

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 473 | Marzo-Abril 2023

ISSN: 2792-8314

**¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?:
entre disuasión y criminalización**

Cristóbal Molina Navarrete

**La reforma de la base reguladora de la jubilación
y el destope de las bases de cotización
¿y de las pensiones?**

Juan Antonio Maldonado Molina

**La mejora de las condiciones de las personas
trabajadoras al servicio del hogar familiar.
¿Oportunidades perdidas?**

María Gema Quintero Lima

**El derecho a la identidad de género.
Los avances en la protección sociolaboral
de las personas trans**

Marta Arrúe Mendizábal

**Las mujeres víctimas de trata
como víctimas de violencia de género
a los efectos de la renta activa de inserción**

Fernando Fita Ortega

**La insuficiente protección normativa
dispensada a becarios y estudiantes
universitarios en prácticas**

Cristina Ramírez Bandera

45 CEF.-
Aniversario

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.

Ahora 

S



Laboral y Recursos Humanos

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO MARZO Y ABRIL 2023

- Curso Avanzado sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales
- Curso de Auditoría Laboral
- Curso de Excel para Recursos Humanos
- Curso de Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos
- Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos (RR.HH.)
- Curso Práctico de Derecho Laboral
- Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones)
- Curso sobre Jubilación y Previsión Social
- Curso sobre Planificación Estratégica de Recursos Humanos
- Curso sobre Práctica en Despidos
- Curso sobre Retribución y Compensación
- Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento
- Curso sobre Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 473 | Marzo-Abril 2023

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Laura Calafá. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ana María Calles Doñate. Profesora titular de Selección y Evaluación de Personal. Universidad Complutense de Madrid (España)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

Ignacio Carvajal Gómez-Cano. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Gerente de Landwell PWC Tax&Legal (Madrid, España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Charo García González. Directora de Recursos Humanos del Grupo Balesol (Madrid, España)

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

María José López Álvarez. Profesora propia ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

María Luisa Molero Marañon. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Álvaro Rodríguez de la Calle. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Director del Área Laboral de KPMG España (Madrid, España)

Juan Sánchez Rodríguez. Vicepresidente de Recursos Humanos de DHL Supply Chain Iberia (Madrid, España)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

Jesús Torres Mateos. Presidente de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos y Chief HR Officer at Food Delivery Brands (Telepizza) (Madrid, España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Evaluación externa

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (6 números) 125 € en papel y digital / 75 € en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

Edición

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistatss@udima.es
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Impresión

Artes Gráficas Coyve
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexación y calidad



DULCINEA



CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Sumario

Editorial

- ¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización 5-23
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones 25-59
The draft reform of the regulatory base for retirement and the increase in the maximum limits of the contribution bases and pensions
Juan Antonio Maldonado Molina
- Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada 61-86
Social Security and the one parent family: the disadvantages of unfinished protection
María Alexandra Díaz Mordillo
- La desprecuarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas? 87-124
The de-precarization of a discriminated group: an urgent rule for the improvement of working conditions and Social Security of workers at the service of the family home. Missed opportunities?
María Gema Quintero Lima
- El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans 125-173
The right to sexual/gender identity and to freedom of gender expression. Advances in the social and labour protection of trans people
Marta Arrúe Mendizábal
- El impulso de la concertación social autonómica en políticas de empleo: institucionalización del diálogo social y régimen legal común para la participación institucional 175-211
The promotion of regional social concertation in employment policies: institutionalisation of social dialogue and common legal regime for institutional participation
Sergio Canalda Criado

Diálogos con la jurisprudencia

La relevancia del deber (profesional) de lealtad constitucional en la enseñanza como medio para la defensa de la Constitución y el orden democrático-liberal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2022, *Godenau vs. Germany*, núm. 80450/17

213-221

The relevance of the (professional) duty of constitutional loyalty in teaching as a means for the defense of the Constitution and the liberal-democratic order. Commentary on the Ruling of the European Court of Human Rights of November 29, 2022, Godenau vs. Germany, Num. 80450/17

Sergio Martín Guardado

La consideración de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como víctimas de violencia de género a los efectos de la percepción de la renta activa de inserción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5654/2022, de 15 de diciembre

222-230

The consideration of women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation as victims of gender violence for the purpose of receiving the active insertion income. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 5654/2022, of 15 December

Fernando Fita Ortega

Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 508/2022, de 1 de junio

231-238

When corporate abuses become a habit: the insufficient protection given by the law to grant holders and trainee university students. Regarding Supreme Court Ruling 508/2022, of 1 June

Cristina Ramírez Bandera

Estudios de Recursos Humanos

Personal comprometido: el papel clave de la dirección de recursos humanos y de la generación de empoderamiento psicológico

239-263

Committed employees: the key role of human resources management and the creation of psychological empowerment

Inmaculada Beltrán Martín, Juan Carlos Bou Llusar, Beatriz García Juan y Alejandro Salvador Gómez

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

Las garantías [primarias y secundarias] [...] son [...] las técnicas previstas [...] para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Por eso, reflejan [su] diversa estructura: las garantías liberales [...] consisten esencialmente en técnicas de [...] anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales [...] consisten [...] en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado [...].

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

1. ¿Un derecho subjetivo sociolaboral vale solo lo que sus garantías jurídicas de efectividad?: hacia un rearme extramuros de la reforma laboral. Conforme a un tópico muy asentado en la cultura jurídica, de origen kelseniano, el reconocimiento normativo de un «derecho subjetivo» vale tanto como las «garantías» jurídicas de cumplimiento de las que venga revestido, desplazando, e incluso reduciendo, su existencia real (como un poder jurídico real individual) a la efectividad de su garantía. Aunque en fechas recientes se han introducido (Ferrajoli, 2004) matices a esa visión fáctica, defendiendo claramente que el derecho existe como tal desde que se reconoce, generando la obligación (jurídica y de coherencia) para las leyes de establecer, mediante nuevos actos normativos (deber ser normativo), las técnicas (garantías) adecuadas para asegurar el cumplimiento de los fines y la satisfacción de las expectativas generadas por las leyes.

Este breve, pero creo no baladí, recordatorio de una clase de teoría jurídica elemental, que está en el trasfondo de la no menos conocida formulación

El derecho existe como tal desde que se reconoce, generando la obligación para las leyes de establecer las técnicas (garantías) adecuadas para asegurar el cumplimiento

de Dworkin sobre «tomar los derechos en serio», parece estar muy presente en algunas, sino en la mayoría, de las más recientes intervenciones legislativas en el ámbito sociolaboral. Algo que destaca más una vez superado un año de la nueva reforma laboral, en la que, quizás, aquellas «lecciones elementales» quedaron algo más relegadas, en aras del (necesario, no solo conveniente) acuerdo de equilibrio transaccional entre razones opuestas (como ha recordado, a otros efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 62/2023, de 24 de enero, las transacciones –en el caso, judiciales– entre razones económicas y sociales persiguen un reparto justo de las garantías y sacrificios en situaciones críticas –en el caso, un despido colectivo, en el que se fijan indemnizaciones de despido mayores para las personas empleadas más jóvenes y menores para las de más edad, porque estas tienen más fácil acceso a la jubilación, por lo que no sería una discriminación por razón de la edad–). Pongamos, como siempre, ejemplos concretos, a fin de evitar derivar en vacías especulaciones doctrinales.

Primero, cabe traer a colación la reforma «deslocalizada» (en virtud de la nueva Ley de empleo), y no consensuada, del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en virtud de la cual se otorga una competencia de información reforzada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Sin perjuicio de lo que posteriormente se comentará con algún –escaso– detalle más, ahora cabe recordar que, acordado dejar fuera de la reforma laboral la institución del despido, también el colectivo, la CEOE puso de relieve su enérgico rechazo a lo que consideraba una reforma desleal respecto de la acordada. No vuelve la autorización para despedir, extinta en 2012, pero sí se hace más rígida, y temerosa para la empresa, la gestión de las causas de regulación extintiva de empleo por razones de interés empresarial.

Se otorga una competencia de información reforzada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

No es la única novedad legal en tal sentido. También en el marco del derecho del empleo (en su dimensión de fuente de reparto unilateral de ingentes fondos públicos), habría que mencionar, en segundo lugar, la obligación de reintegrar las subvenciones y beneficios de Seguridad Social en materia de contratación y empleo en supuestos de deslocalización empresarial (fuera de la Unión Europea –UE– o Espacio Económico Europeo –EEE–). Así lo prevé la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero](#), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (sobre esta protección, *vid.* el [estudio del profesor Juan Antonio Maldonado, en este número](#)). Por supuesto, esta obligación de reintegro ante la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de mantener abierto el establecimiento en España (o en el territorio del derecho de la UE) es compatible con las responsabilidades de tipo administrativo, en su caso ([art. 22.9 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)).

Pero lo que más ha encendido los ánimos de la patronal, en tercer lugar, es la senda de criminalización de ciertos incumplimientos contractuales, no solo contumaces abusos,

empresariales. Así se derivaría del nuevo tipo delictivo incluido en el [artículo 311 del Código Penal \(CP\), apartado 2.º](#). En principio destinado a doblar el pulso a las plataformas digitales, que se resisten a la laboralidad de sus personas repartidoras, pero con un tenor penalista que puede ir mucho más allá de esas conductas ligadas a la era digital.

Lo que más ha encendido los ánimos de la patronal es la senda de criminalización de ciertos incumplimientos contractuales, no solo contumaces abusos

A diferencia de la técnica legislativa, sin duda bastante deficiente, generadora de numerosos problemas para la efectividad de esta nueva norma de punibilidad penal en el ámbito sociolaboral, la fundamentación de esta reforma es plenamente consciente del enfoque de reforzamiento de las garantías de efectividad de los derechos aquí traída a colación. En la exposición de motivos de la [Ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre](#), de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, se dice: «El precepto está concebido para garantizar la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de aquellas conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales [...]» (apdo. V, párr. segundo).

Dudaría, pues, la nueva ley penal de la capacidad de la clásica ley de policía laboral. Se daría la doble condición exigida por la garantía jurídico-penal (la sanción penal como garantía secundaria de efectividad) para legitimar esta intervención en auxilio de la garantía jurídico-administrativa (la sanción administrativa como garantía secundaria de efectividad de la ley sustantiva –norma de reconocimiento y garantías primarias–), ante el carácter fragmentario de esta medida y su subsidiariedad (por ejemplo, [STS, Sala 2.ª, 363/2006, de 28 de marzo](#) –caracterización del principio de intervención mínima–). De nuevo, las palabras explicativas son claras de la voluntad de política del derecho penal del trabajo (luego, la definición técnica fallará, porque el texto penal es laxo e impreciso y, como se verá más adelante, también sucintamente, esa exigencia de intervención mínima no está bien diseñada en absoluto, al prescindir del requisito de la gravedad):

El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento [...] laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales [...]. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta [...] ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como *ultima ratio*, al derecho penal (apdo. V, párr. 4.º).

Como era de esperar, unos sectores de opinión más adherente a los intereses empresariales [han criticado abiertamente esta deriva criminalística de la regulación sociolaboral](#), en claro contraste con el acuerdo que presidió la reforma laboral. Otros comentarios,

más propicios a la posición sindical, alaban esta evolución, considerada una fase más del proceso de rearme jurídico, o «re-regulación» de las relaciones de empleo y de trabajo tras la pandemia. Incluso plantean extender esta nueva orientación criminalista, ahora ex [artículo 315 del CP](#), hacia otras conductas como las antisindicales por parte de la Comunidad de Madrid frente a las huelgas y la acción sindical del personal sanitario ([Baylos Grau y Terradillos Basoco, 2023](#)). Volveremos sobre ello. Pero iremos más allá.

2. De las garantías primarias de derechos sociolaborales, más allá del salario mínimo interprofesional (SMI), a un nuevo tiempo de las garantías secundarias de efectividad, legales y judiciales, sociales y liberales. Como estamos evidenciando, las nuevas partidas jugadas, y en juego, en el tablero de ajedrez político-jurídico de la regulación, en complemento, o incluso en corrección muy parcial, aun silenciosa, de las reformas laborales, están desbordando el campo de las «garantías primarias» (obligaciones legales de protección efectiva) de los derechos fundamentales sociolaborales para afectar también, y de forma creciente, a las «garantías secundarias» (obligaciones de cumplimiento, no solo jurisdiccional). De este modo, no solo se buscaría mejorar su contenido sustantivo (el procedimental, sin embargo, sufre notablemente en estos tiempos de excepcionalidad y apresuramiento continuos de los procesos de producción normativa), sino también el grado efectivo de seriedad en la satisfacción de esos contenidos, con una llamada especial no solo a la función punitiva (administrativa y penal), sino también jurisdiccional. En este proceso de rearme garantista del derecho del trabajo (y de la Seguridad Social), la recuperación del sentido vinculante de los compromisos y límites constitucionales, más los de fondo (intensificación de las obligaciones positivas del Estado) que de forma (crisis liberal del derecho contemporáneo, ante el desprecio de la calidad de técnica legislativa, abusando de las reformas mediante normas de urgencia y tramitaciones parlamentarias anómalas, vía enmiendas deslocalizadas), debe entenderse en un contexto más amplio de favor hacia los condicionantes internacionales, en especial europeos, no solo comunitarios, pero también universales (convenios Organización Internacional del Trabajo –OIT–).

Este proceso de rearme garantista del derecho del trabajo debe entenderse en un contexto más amplio de favor hacia los condicionantes internacionales, en especial europeos

Volvamos a los ejemplos de «rabiosa actualidad normativa sociolaboral» para hacernos entender mejor. Traigamos en primer lugar a colación el SMI. En el [editorial del número anterior](#) analizamos la evolución garantista primaria de este derecho cívico-social humano europeo ex artículo 4 de la Carta Social Europea (CSE) y artículo 31 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (no solo derecho constitucional ex [art. 35 Constitución española](#) –CE–). Durante mucho tiempo, el [artículo 27.1 del ET](#), hoy obsoleto y urgido de reforma a la luz tanto de la CSE como de la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre](#), sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, no supuso ningún compromiso serio, ni procedimental (la consulta a los

interlocutores sociales era más protocolaria que participativa –más garantista es el art. 4.2 [Convenio 131 OIT](#)–) ni sustantivo (la subida quedó siempre al albur de la decisión discrecional de política gubernativa), con la garantía legal prevista (garantía primaria). Hoy, a través del [Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero](#), se da cumplimiento al compromiso europeo ex artículo 4 de la CSE, conforme a la doctrina del –tan injustamente infravalorado– Comité Europeo de Derechos Sociales, de un SMI que sea, al menos, y como regla general –[admite prueba gubernamental sería en contrario, si está por encima del 50 %](#)–, [el 60 % del salario medio neto de un país](#).

Dejando ahora de lado los engorros, también de operatividad para las empresas, que generará su tardía aprobación (buscando el acuerdo sindical –el empresarial hacía tiempo que se vetó–), por sus efectos retroactivos (además de que incrementa de forma automática las bases y cotizaciones en el sistema especial de empleo doméstico –[disp. trans. decimosexta Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS– y [art. 122 Ley de presupuestos generales del Estado para 2023](#)) y al margen igualmente de la falta de novedad reguladora (tampoco la augurada eventual revisión semestral, ante una descontrolada inflación que no termina de domarse), nos parece una buena ilustración de esa evolución hacia un sistema de garantías primarias más eficaz. Tanto es así que serían [varios los convenios colectivos cuya garantía de un SMI habrían quedado por debajo, con lo que la garantía primaria legal mejoraría a la convencional](#). No sería el único caso de evolución en esta dirección garantista del derecho a un SMI tomado en serio.

Así lo probaría el reforzamiento de la garantía legal de inembargabilidad del SMI introducida por otra reforma deslocalizada del ET en la Ley de empleo (disp. final octava). En la versión precedente, el [artículo 27.2 del ET](#) (validado por la Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 113/1989, de 22 de junio](#)) rezaba con el siguiente lacónico tenor: «El SMI, en su cuantía, es inembargable». Una escueta garantía legal primaria (de efectividad de la satisfacción de los fines sociales del SMI a los efectos de garantizar una vida digna) que requería de una integración importante con otras normas procesales civiles, menos garantistas. Es el caso del [artículo 607 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC), de aplicación no solo a los procedimientos civiles, sino también en los administrativos (por ejemplo, [Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central –TEAC– de 17 de mayo de 2022](#)).

[Reforzamiento de la garantía legal de inembargabilidad del SMI](#)

La nueva regulación integra parcialmente ambas regulaciones, la laboral y la civil, a fin de introducir mayor seguridad jurídica y mejorar el blindaje del SMI: «2. El SMI, en su cuantía, tanto anual como mensual, es inembargable». Tras precisar que la garantía afecta tanto a la cuantía mensual como anual, añade:

A efectos de determinar lo anterior se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en

cada caso. En particular, si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre 12 meses.

No es un dechado de claridad. Y ello pese a que formaliza como palabra de ley la jurisprudencial (y administrativa). De especial interés es la [STS, Sala 3.ª, 1340/2022, de 20 de octubre](#) (aun en materia de pensiones, aplica los arts. [607 LEC](#) y [27.2 ET](#)), y el criterio de la Resolución del TEAC de 13 de diciembre de 2022 (RG 6986-2018) ex [artículo 171.3 de la Ley general tributaria](#).

En definitiva, el límite de inembargabilidad del SMI, ex [artículo 27.2 del ET](#) y ex [artículo 607.1 de la LEC](#), en el mes en que se percibe, junto a la mensualidad ordinaria, una gratificación o paga extraordinaria está constituido por el doble del importe del SMI mensual. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el [artículo 607.2](#) de dicha norma. En cambio, en el caso de que en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extras, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual × 14) prorrateado entre 12 meses. Al exceso percibido se le aplicará la referida escala civil. Una garantía individualizada del mínimo salarial vital que, como se sabe, cede respecto del derecho a la pensión de alimentos en procesos civiles ex [artículo 608 de la LEC](#), en porcentajes fijados por la decisión judicial.

En este marco de interacción entre lo laboral y lo civil, pero para un ámbito de garantías de créditos laborales diferente, digamos al paso que la [STS, Sala 1.ª, 1036/2022, de 23 de diciembre](#), determina el carácter ganancial de la indemnización por despido ex [artículo 1.347.1.º del Código Civil](#) (CC). Casando la sentencia de instancia y de apelación, que habían sostenido que este crédito es un bien privativo, por compensar la pérdida de un derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona, el TS distingue entre el derecho al empleo, que sí sería un bien privativo ex [artículo 1.346.5.º del CC](#), y el trabajo, ganancial ex [artículo 1.347 del CC](#). No deja de ser sorprendente esta distinción civil, cuando es bien sabido que, en un plano laboral, la protección por despido es una garantía de estabilidad en el empleo, esto es, una condición de empleo, no propiamente de trabajo (garantía legal primaria de empleo).

Por supuesto, esta nueva fase de revitalización de las garantías primarias (liberales y sociales) de los derechos fundamentales sociolaborales no se agota en el salario, sino que afecta a otras de

Esta nueva fase de revitalización de las garantías primarias de los derechos fundamentales sociolaborales no se agota en el salario, sino que afecta a otras de carácter personal y profesional

carácter personal y profesional. En esta dirección innovadora, o al menos en apariencia, pues a veces la ley se limita a producir-vender humo político, una especial mención merecen las «garantías sexuadas primarias» de Seguridad Social dadas a los derechos de salud reproductiva de las mujeres, con la aprobación de reforma legal en materia de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya constitucionalidad ha anunciado el TC, tras casi 13 años de un silencio elocuente y en cuya solución ha sido definitivo el cambio de mayoría política constitucional. En lo que aquí interesa, a bombo y platillo se «vendió» una garantía primaria social especial de la salud menstrual como parte del derecho fundamental a la salud y que consistiría en el reconocimiento de una baja ex artículo 169.1 a) de la LGSS (incapacidad temporal –IT–), pero con protección reforzada.

¿La verdad jurídica más allá del humo político? Ni es realmente novedosa, ya que se viene reconociendo por centenares anualmente a través de la IT, ni es tan reforzada, pues sí se pagará ahora desde el primer día (novedad ex art. 173.1 LGSS), pero como si fuese común, esto es, tan solo el 60 % de la base reguladora, cuando se dijo en prensa que tendría una mejora económica real. Normativamente ha quedado un oxímoron, una «IT especial», por «contingencia común» (salvo que su origen sea profesional).

No correrán mucha mejor suerte las otras dos «garantías sexuadas» previstas en el nuevo artículo 169.1 de la LGSS (disp. final tercera ley de reforma). Así, en la situación especial de IT por interrupción del embarazo, así como en la situación especial de gestación desde el día primero de la semana trigésima novena (ambas garantías primarias sexuadas –solo para mujeres– de la salud reproductiva), el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo de la empresa el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Como vemos, estas bajas tienen mejor tratamiento económico el primer día que la menstrual. No es posible entrar aquí en un análisis más detenido de este auténtico fiasco garantista, que presenta una loable voluntad político-jurídica, pero una –otra vez– pésima técnica, como el propio Comité Económico y Social de España evidenció, también el Consejo de Estado ([Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023](#)). Tampoco podemos detenernos aquí, pero sí es obligado referir en este ámbito de innovación garantista, más allá de lo sociolaboral, por su dimensión cívica y social general, las principales novedades que incorpora la aún más polémica «Ley trans», también recientemente aprobada. A tal fin remitimos al [estudio realizado, en este mismo número, por la profesora Marta Arrúe](#).

3. De la garantía de estabilidad obligacional a la de estabilidad real en el despido en situación de baja: la readmisión recupera terreno mediante aplicaciones judiciales audaces de nuevas leyes antidiscriminatorias. Entre los principales intentos legislativos de revigorización de las garantías, primarias (liberales y sociales) y secundarias (mayor efectividad administrativa y judicial del cumplimiento laboral –una dinámica que tiende a presentarse, con el típico furor por todo lo anglosajón, bajo el barbarismo «*labour compliance*»–), de los derechos sociolaborales estuvo introducir una «prohibición de despedir»,

a fin de recuperar el modelo de garantismo real (readmisión obligatoria) en detrimento del obligacional (indemnización). Sin embargo, ante la pésima técnica seguida, bien conocida es la frustración de este intento en sede jurisprudencial (por ejemplo, [STS 955/2022, de 13 de diciembre](#), en relación con el [art. 2 RDL 9/2020](#)), tras el intenso «baile judicial». Una vez más, el TS recuerda que, en el ordenamiento sociolaboral español, el despido carente de causa real, el fraudulento, el abusivo, esto es, cualquiera que no vulnere un derecho de rango fundamental, o el procedimiento de despido colectivo, es improcedente, no nulo. Ninguna nulidad de cese sin ley que la explicita.

Pero una nueva oportunidad legal de recuperación de notables espacios para la readmisión obligatoria se ha abierto con las primeras aplicaciones judiciales de la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sería el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 3 de Gijón 350/2022, de 27 de octubre. Aunque se excluyó la nulidad por razones temporales (disp. tran. única), esta decisión ya anunció el cambio de modelo de garantía tras la ley.

Una nueva oportunidad legal de recuperación de notables espacios para la readmisión obligatoria se ha abierto con las primeras aplicaciones judiciales de la Ley 15/2022, de 12 de julio

Precisamente, en la [SJS número 1 de Gijón 419/2022, de 15 de noviembre](#), ya aplica el cambio del panorama patrio (con los arts. 2 y 26 Ley 15/2022), declarando la nulidad del despido injustificada de trabajadora de baja por IT a causa de ser operada (se le comunicó por WhatsApp la intención de volverla a contratar cuando se restableciera –dicho sea de paso, la Agencia Española de Protección de Datos, un campo administrativo-consultivo en el que se juegan nuevas garantías de derechos fundamentales en el trabajo, [ha legitimado que las empresas creen grupos de WhatsApp con sus personas empleadas](#)–). Más aún. Pese a que no se pidió indemnización en la demanda, el órgano judicial, aplicando el [artículo 27 de la Ley 15/2022](#) y el [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), la concede, al presumirse el daño, aunque fijada en 3.500 euros y con un parámetro diferente al tradicional de la LISOS (salario equivalente al tiempo de duración de la baja –3 meses–). Al hilo de esta cuestión, sin duda polémica, ha de recordarse la [STS 7/2023, de 10 de enero](#), que estima el recurso de unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación impugnada por incurrir en incongruencia omisiva al no resolver sobre la reclamación de una indemnización ex [artículo 183 de la LRJS](#), lo que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, [artículo 24.1 de la CE](#), al no pronunciarse sobre una de las pretensiones postuladas en la demanda, produciendo indefensión a la parte. Por su parte, la [STS 214/2022, de 9 de marzo](#), insiste (reiterando la jurisprudencia anterior) en que tal pronunciamiento indemnizatorio es exigible por razones de orden público procesal (también la [STC 61/2021, de 15 de marzo](#), si bien considera una cuestión de legalidad ordinaria la calificación del despido con la violación de derechos fundamentales, lo que se critica en el voto particular, que hoy sería posición mayoritaria con el cambio político-constitucional en su seno).

En la línea de establecer en estos casos la garantía de una sanción de readmisión obligatoria e indemnización adicional se orientan la SJS número 3 de Ourense 632/2022, de 18 de noviembre (nulidad del despido de un trabajador tras su extinción verbal a los pocos días de la renovación de la IT, con reconocimiento de una indemnización adicional de 3.750 €), o la SJS número 1 de Vigo 473/2022, de 13 de diciembre, rebajando en este caso la indemnización pedida de 10.000 a 3.000 euros. En este último caso, si bien no es aplicable la nueva ley por razones temporales, el órgano judicial le otorga valor retroactivo, lo que es criticable jurídicamente. Esta retroactividad favorable es excluida con mejor criterio, a mi juicio, por la fundamentada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid 1027/2022, de 16 de noviembre. ¿Está la partida cerrada en espera de las confirmaciones en suplicación y, en su caso, en unificación? No creo que lo esté la relativa a la aplicación temporal, siendo probable «carne de cañón» en el TS, pero creo que sí lo está tanto en lo que refiere a la calificación como respecto de la indemnización, si bien en este caso será necesario volver a recorrer el camino para una hoja de ruta más previsible y correcta que la actual, donde se ha prescindido a todas luces de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia y que tanto esfuerzo habría hecho por ofrecer unos criterios indemnizatorios razonablemente más seguros.

4. ¿Se abre camino definitivamente la garantía de indemnización adicional con un efecto disuasorio frente a los despidos improcedentes más arbitrarios y baratos, en un sistema de protección multinivel? En este escenario de innovación garantista, con clara mejora de la justicia social resarcitoria aun en detrimento de la seguridad jurídica, por las deficiencias e incertezas aplicativas, tampoco el campo de las indemnizaciones por despidos improcedentes queda huérfano de un nuevo impulso renovador y de refuerzo de la protección de la estabilidad, aunque sea obligacional, en el empleo frente a la arbitrariedad de los despidos. El ejemplo de la más reciente experiencia del foro social español nos lo ofrece ahora la [STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero](#). La primera que, tras decenas de decisiones que amagaban con reconocerla, pero que siempre resultaban fallidas en la práctica, reconoce el derecho de un trabajador, despedido por causas objetivas, pero irreales o inexistentes, a obtener el derecho a una indemnización complementaria a la legal tasada ex [artículo 56 del ET](#), en virtud de la aplicación del [Convenio 158 OIT](#) y del [artículo 24 de la CSE revisada](#) (CSER). Negada la calificación de nulidad (aplica la doctrina de la [STS 358/2022, de 20 de abril](#)), aumenta, desde apenas 1.000 euros, que le hubieran correspondido aplicando estrictamente la ley nacional, hasta los 3.493,3 euros (1.310,1 € mensuales desde el 1 de abril al 20 de junio de 2020), porque: «En el caso de autos, la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo, ni tiene efecto disuasorio para la empresa».

En este escenario de innovación garantista, tampoco el campo de las indemnizaciones por despidos improcedentes queda huérfano de un nuevo impulso renovador

Como puede comprobarse, en esta línea evolutiva de política jurisdiccional del derecho indemnizatorio en caso de despidos sin causa real y seria (injustificado, ilícito o improcedente –eufemismo patrio que encierra diferentes situaciones de arbitrariedad en los ceses empresariales–), y al margen de las incertidumbres que abre (tampoco utiliza como parámetro cuantificador el [art. 281.2 b\) LRJS](#)), convergen dos factores claves de esta renovada lógica de garantismo jurídico-laboral. De un lado, la función crítica y creativa de la interpretación judicial, a partir, de otro, del redescubrimiento del valor de las garantías primarias del orden internacional, europeo y universal, a través de las cuales (juicio de control de la conformidad comunitaria; juicio de convencionalidad) se critica y reinterpretan las leyes vigentes, pero a menudo viciadas de lagunas y/o antinomias. La ratificación de la CSER y el procedimiento de reclamaciones colectivas ha reactivado esta evolución hacia un paradigma en el que el sometimiento de la jurisdicción a la ley no lo es a su letra, sino a su validez sustantiva, esto es, en su valor de coherencia con la Constitución y con el ordenamiento multinivel *ex* artículos 10.2, 93 y 96 de la CE. De ahí la [reclamación colectiva de UGT, ya admitida](#), y la de CC. OO., pendiente de admisión, para que se declare la disconformidad del [artículo 56 del ET](#) con el [artículo 24 de la CSER](#), tanto para la indemnización legal como para la no readmisión obligatoria ([reclamación 218/2022](#)).

5. El derecho (económico) de propiedad como garantía de efectividad del derecho (social) de pensiones: la Seguridad Social, de principio rector a derecho humano. Pero esta dimensión innovadora y crítica se abre otros caminos, más allá del derecho privado o contractual social, en particular también para el derecho de la Seguridad Social. Uno de los derechos sociales más típicos del sistema de Seguridad Social, como la pensión de viudedad, con especial clave de género, acaba de encontrar una *ultima ratio* protectora en la rama civil del derecho del Consejo de Europa, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en virtud del derecho económico (patrimonial) de propiedad. Es el caso de la:

- [Sentencia del TEDH \(STEDH\), Sala 5.ª, de 19 de enero de 2023 \(caso Doménech Arandilla y Rodríguez González c. España\)](#). Dictada por unanimidad de la sala (7 integrantes). Voto concurrente según el cual había también violación del artículo 14 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#).
- [STEDH, Sala 5.ª, de 26 de enero de 2023 \(caso Valverde Digón c. España\)](#). Dictada por mayoría de 4 votos contra 3, contando con bien fundamentado voto particular en el que se alerta de los riesgos de política del derecho al extremar la crítica a la decisión legislativa desde la decisión jurisdiccional.

En su virtud, se vulneró el artículo 1 del protocolo número 1 al Convenio de Derechos Humanos al no reconocerse la pensión de viudedad a la mujer supérstite de sendas parejas de hecho. [No se puede aplicar de forma retroactiva la obligatoriedad de registrar la relación a quienes hayan reclamado la pensión de viudedad antes de 2014](#), cuando el TC fijó dicho requisito, pero tampoco incluso en un periodo inmediatamente después. Aquí emergería

—claramente— la confirmación de la doctrina de la «indivisibilidad de las técnicas de protección» de los derechos fundamentales como derechos humanos en un sistema multinivel de protección, de modo que las garantías de derechos patrimoniales (como la propiedad) se ponen al servicio de derechos sociales (como las pensiones).

Las garantías de derechos patrimoniales (como la propiedad) se ponen al servicio de derechos sociales (como las pensiones)

6. Insuficiencia del garantismo colectivo y garantismo administrativo: ¿retorno a un sucedáneo de «ERE»? Aunque el derecho de la UE en materia de control de los despidos colectivos y la reforma de 2012, en este punto mantenida en la de 2021, son una clara apuesta por las técnicas denominadas de «garantismo colectivo», eliminando la autorización administrativa (control público) en aras de los procesos de negociación con la representación laboral, la referida reforma del artículo 51.2 del ET, con la Ley de empleo, ha vuelto a levantar una intensa polémica al propiciar un mayor papel inspector laboral. En lo que aquí más interesa, conforme al nuevo artículo 51.2 del ET: «el informe de la Inspección se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas en la comunicación inicial y constatará si la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta para despedir».

La interpretación auténtica del grupo parlamentario (nacionalista) que introdujo la enmienda, su voluntad creadora, no dudó en ver en ella el retorno de la autorización administrativa. El exceso es evidente. ¿Por qué tal revuelo? El «miedo empresarial» aquí no lo es tanto a la decisión de la ITSS, sino al plus de judicialización que experimentará esta cuestión, porque la inspección se desenvolverá en una dimensión garantista que servirá como ariete impugnatorio, sindical e individual. Por tanto, en realidad, actúa como una técnica de presión (efecto disuasorio) a las empresas para que alcancen acuerdos de despido colectivo, si estos son realmente una *ultima ratio*, y, en otro caso, que opten por la técnica alternativa del expediente de regulación temporal de empleo.

Vemos, pues, un nuevo efecto de reforma silenciosa laboral, llegando a puntos (el despido) que habían sido descartados de reforma expresa. Todo ello, claro está, en un escenario de la propia lucha del colectivo de ITSS con quien es su «empleador», el ministerio del ramo, ante la insuficiencia de recursos personales para hacer frente a nuevas cargas de trabajo, incluso a las actuales. Al margen de los problemas de técnica legal, ¿se trata de otra reforma legal típica de estrés de la función inspectora?

No sería la primera vez. Piénsese en la —en su día muy— innovadora, pero difusa, garantía primaria del derecho social fundamental al descanso basada en la obligación de registro horario (art. 34.9 ET —y art. 14 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia—), cuya efectividad se confía a la garantía convencional. Cuatro años después adolece de un altísimo porcentaje de incumplimiento, pese a seguir siendo España uno de los países con

más horas extras no remuneradas (casi 9 millones el año 2022). Sin embargo, pese a que apenas 1 de cada 2 empresas en España cumplen con esta obligación, apenas se habrían impuesto unas 3.700 sanciones por su incumplimiento. De ahí la difusión mediática que ha tenido la «redada de la policía laboral» a las llamadas «Big Four» (Deloitte, PwC, EY y KPMG) para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre jornada de trabajo (registro horario y desconexión digital ex [art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre](#)) y que ha motivado ese célebre eslogan de la ministra del ramo según el cual «ninguna empresa queda al margen de la ley» (principio de legalidad normativa versus inefectividad).

La operación no tuvo su origen en una denuncia concreta, sino que habría sido fruto de una actuación inspectora programada a partir de la recopilación de datos acerca del funcionamiento de estas compañías durante meses. Como se sabe, la Administración laboral utiliza ahora un *software* que automatiza las inspecciones de trabajo. Aunque desde ciertos sectores tratan de justificar el incumplimiento por el pretendido «laberinto normativo», lo cierto es que la norma es relativamente clara y si no aumentan más las sanciones de la ITSS es por su límite material para abarcar el ámbito de incumplimiento.

La [STS 41/2023, de 18 de enero](#) (validez del acuerdo colectivo sobre registro de jornada y desconexión digital del Grupo Zurich), parece facilitar un cumplimiento suave, confirmando la validez de un sistema de registro de jornada fundamentalmente basado en la declaración unilateral de la propia persona trabajadora (autodeclaración, mediante una aplicación informática, tanto sobre la duración de la jornada de trabajo como la naturaleza de su actividad, laboral o de descanso). Aunque existan otros sistemas más automatizados y, por ello, más objetivos y fiables (por ejemplo, [STS 299/2022, de 5 de abril](#)), sigue siendo válido, si no se prueba la ausencia de fiabilidad. Sin duda, el TS se hace aquí eco de las dificultades de gestión del tiempo de trabajo en un buen número de empresas, por su complejidad organizativa para sus dimensiones y lo elevado del estándar de protección comunitaria; otra cosa es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de ser preguntado, asuma este «capote» jurisprudencial nacional.

7. La disuasión llega a las garantías de la función promocional del Estado en materia de empleo: la obligación de reintegro de los incentivos estatales en supuestos de deslocalización productiva. Esta política legislativa del derecho del empleo favorable a las garantías disuasorias está presente también en la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero](#). El citado deber de reintegro de los incentivos estatales busca prevenir la «deslocalización empresarial»: «traslado de su actividad industrial, productiva o de negocio a territorios» distintos a la UE o del EEE.

[Valorada positivamente por un autorizado sector doctrinal](#), la nueva obligación legal (que es tanto disuasoria de la deslocalización como una garantía

El deber de reintegro de los incentivos estatales busca prevenir la «deslocalización empresarial»

de efectividad de la función promocional del Estado en materia de empleo) genera no pocas dudas, tanto interpretativas (la delimitación genérica contrasta con el principio de proporcionalidad que debe regir este sector jurídico) como de eficacia real. En última instancia, no se trata sino de una mejora de un tipo de medidas ya ensayadas en otras leyes, como las de las industrias electrointensivas, y donde han resultado un estrepitoso fracaso. En todo caso, no siendo la panacea, ensayaría nuevas formas de intervención normativa (garantías) que, sin condicionar directamente la decisión de relocalización extracomunitaria, sí actuaría de presión o influencia para disuadir aquellas especialmente arbitrarias o más «salvajes», por el mayor coste que tendría para las empresas.

8. ¿La prevención del fraude derivado del alto índice de ineffectividad inherente a la norma laboral mejora con su criminalización? Con todo, tampoco la nueva política legislativa de favor por las técnicas de cumplimiento (garantías) de la norma laboral, para tutelar de forma efectiva los derechos en este ámbito, parece contentarse con reforzar las garantías público-administrativas, incluyendo las de policía laboral y sanción administrativa social. Consciente de la persistencia de viejas, y el desarrollo de nuevas, prácticas de fraude y/o abuso empresarial en la contratación laboral, busca ir más allá en su potestad sancionadora. De ahí la revitalización de la garantía penal.

La experiencia diaria y la frecuente visita a los repertorios de jurisprudencia y de doctrina jurisdiccional sociales nos ofrecen un interminable catálogo de confirmaciones de lo extendido de las prácticas de fraudes o abusos en el ámbito laboral (aunque, como siempre, no resulte noticioso el inmenso número de empresas que sí cumplen). Volvamos a la senda de los ejemplos conocidos y

actualizados en el día a día. Piénsese, en primer lugar, en la propia doctrina jurisprudencial que hace de la técnica del levantamiento del velo (el abuso de personalidad jurídica) la única vía para dar relevancia, en el ámbito laboral, a las garantías de solidaridad obligacional entre las empresas con estructura de grupo (últimamente, [STS 311/2022, de 6 de abril](#)). O, en este mismo ámbito mercantil, el uso abusivo/fraudulento de las estructuras societarias, sean o no unipersonales, como cuando estas actúan ocultando el verdadero empleador laboral, perjudicando los derechos laborales ([STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 1109/2011, de 22 de diciembre](#)), o como estructura creadora de una aparente relación civil o mercantil, que realmente oculta una genuina relación laboral, es decir, una «falsa autonomía» (por ejemplo, [STSJ de Madrid 633/2022, de 3 de noviembre](#) –aplica la [STS 127/2018, de 8 de febrero](#)–).

Cierto, conviene precisarlo, este típico «pensamiento de la sospecha de fraude» que anida en el código genético del derecho (social y tuitivo) del trabajo no siempre se ve corroborado en la práctica judicial, mucho más matizada, casuística y prudente. Es el

La experiencia nos ofrece un interminable catálogo de confirmaciones de lo extendido de las prácticas de fraudes o abusos en el ámbito laboral

caso, por poner un ejemplo reciente e importante, de la [STS 33/2023, de 17 de enero](#). Estima (dando firmeza a la demanda de oficio para determinar la naturaleza de la relación) el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Ambar Odontológica, SL, contra la STSJ de Madrid 431/2019, de 30 de mayo, de modo que considera no laboral la prestación de servicios de personal de odontología para la conocida franquicia Vitaldent. Eso sí, la sala advierte, con un enfoque de clara prudencia, o aviso a navegantes, que:

Dada la necesidad de atender a las [...] circunstancias de cada caso [...] conviene advertir que esta doctrina no puede considerarse generalizable a todos los casos de clínicas dentales franquiciadas, ni siquiera siendo idéntica la franquiciadora (Vitaldent), sino solo a aquellos en que concurren las mismas características que en el presente [...].

A lo que habría que sumar los nuevos yacimientos de riesgo de fraude sociolaboral ínsito en la transformación digital de la economía, en especial en el mundo del trabajo en plataformas de reparto de bienes y servicios, no solo de comida rápida. Justamente, en fechas recientes hemos conocido que también la «amazonización» (que se desarrolla en paralelo a la –de momento en España inmune– «uberización») de la organización del trabajo ha recibido un severo correctivo sancionador. La [SJS número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero](#), ha estimado la demanda de oficio seguida por la Tesorería General de la Seguridad Social contra Amazon Spain Fulfillment SL (ASF). En consecuencia, se confirma el acta de liquidación por falta de alta en el régimen general de la Seguridad Social y falta de cotizaciones a dicho régimen de más de 2.100 personas, que habían venido realizando tareas de reparto de paquetes como pretendidos «colaboradores independientes» a través de la *app* Amazon Flex.

A lo que habría que sumar los nuevos yacimientos de riesgo de fraude sociolaboral ínsito en la transformación digital de la economía

Por supuesto, Glovo sigue acumulando sanciones administrativas multimillonarias (ya más de 200 millones), resistiéndose a la laboralidad de la mayor parte del personal de reparto que emplea (en el sector apenas el 25 % del personal se contrata mediante la relación laboral, permaneciendo la gran mayoría en la falsa autonomía). No extraña que se instaran proposiciones no de ley para requerir al Gobierno que adoptara cuanto estuviese en sus competencias y poderes al objeto de que «las compañías del *delivery* cumplan escrupulosamente con (la) Ley *riders*»), sin perjuicio de reforzar tanto el servicio de inspección laboral como el diálogo, a fin de «garantizar una competencia equilibrada, justa y adecuada a la nueva normativa». Sorprendentemente, la respuesta de la «mente-dirección» empresarial de la plataforma ha sido [anunciar el despido de 250 personas empleadas \(6,5 %\) de su plantilla](#) (no afecta al personal de sus supermercados ni al de reparto). ¿Reacción-represalia de la empresa frente a la «persecución inspectora»?

Difícil saberlo, tampoco importa. Lo objetivable normativamente es que el Gobierno de España, en un escenario de renovación legal comunitaria ([el Parlamento Europeo dio luz verde](#) al inicio de las negociaciones con los Estados para aprobar la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales), que implicará cambios en la regulación española, impulsa un salto jurídico cualitativo en esta pugna por el cumplimiento laboral de las plataformas. El citado nuevo apartado 2 del artículo 311 del CP reivindica el poder público frente a los poderes económicos privados. De la técnica (función) de policía laboral (fiscalización administrativa) actual pasaría a la punitiva penal, *ultima ratio*. La contumacia contra la ley laboral se sancionará más allá de las multas millonarias, e incluso de las suspensiones de actividad y cierre (sanciones administrativas accesorias), para incluir las penas privativas de libertad a quienes las dirigen ([art. 318 CP](#)). No así a las personas jurídicas que se benefician, por el «olvido» de incluirlo en el inventario del [artículo 31 bis del CP](#) (STS, Sala 2.^a, 162/2019, de 26 de marzo).

Pese al intento de acotamiento y precisión que se realiza en el preámbulo de la ley, lo cierto es que el texto del nuevo [numeral 2.º del artículo 311 del CP](#) es expansivo y, en consecuencia, en sí, suscita grandes interrogantes aplicativos. A su tenor, se considerarán reos de delito contra los derechos de las personas trabajadoras quienes: «[...] impongan condiciones ilegales a sus trabajadores [sigue ausente el lenguaje inclusivo de género] mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

El preámbulo de la [Ley orgánica 14/2022](#) explica la razón de esta nueva –y errática– vuelta de tuerca en «el tipo central del derecho penal del trabajo»: una «laguna de punibilidad» (imperativo de plenitud penal) por la transformación digital del mundo de la economía y del trabajo. Pero ¿dónde se refleja este condicionante tecnológico en el tipo penal?

No podemos entrar aquí en un análisis detenido del nuevo delito, pero es claro que en ninguno de los dos subtipos penales (la imposición de condiciones ilegales por una contratación no laboral cuando es esta modalidad la requerida jurídicamente, de un lado; la contumacia empresarial en sostener esa contratación inadecuada pese a mediar requerimiento administrativo para su corrección, de otro) se establece esa vinculación con los entornos digitales, por lo que su interpretación se abre a comprensiones diversas a la hora de ser, en su caso, aplicados. [En sede doctrinal](#) ya podemos hallar posiciones de un signo (expansivo) y otro (restrictivo), augurando polémica jurisprudencial, lo que no redundará en su eficacia práctica, más bien sucederá lo contrario, tenderá a lecturas minimizadoras, en aras del principio de derecho penal del trabajo «mínimo». Apenas se repasen los repertorios de jurisprudencia penal en esta materia, se comprobará que ni en el plano del discurso la jurisdicción penal acepta que la ley penal sirva para proteger los derechos laborales sin más, limitándose a los ataques más graves (gravedad que no se integra en el tipo penal), ni en su aplicación práctica las situaciones ahora incluidas han recibido esa respuesta penal (por ejemplo, [Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP– de A Coruña 221/2021, de 4 de mayo](#): rechaza que hubiera reproche penal en una contratación mercantil en el sector de la construcción, cuando se trataba de relaciones de trabajo).

Estaríamos, pues, ante un notable cambio de enfoque jurídico, devaluando el principio de intervención mínima penal en el otrora llamado delito social, que no requería la constatación de perjuicios, solo el incumplimiento laboral (por ejemplo, [STS, Sala 2.ª, 247/2017, de 5 de abril](#)). De esta forma, las personas empleadas que no contratan de forma adecuada podrían llegar a tener penas de hasta 6 años de prisión (el nuevo delito de malversación o desvío de fondos tiene una pena de 4 años). A la crítica jurídica (contaminación entre las técnicas de tutela penal y las administrativas), se une la crítica por ineficacia, porque los «delitos a la carta» sobre «normas penales en blanco» tienden a provocar en los tribunales penales el efecto contrario, reducir su ámbito. Si algo nos enseña la experiencia previa (en asuntos como los accidentes de trabajo o el acoso moral) es que el orden penal tiene aversión a convertir los conflictos laborales en penales, así como a la ITSS en una suerte de nuevo Ministerio Fiscal laboral (como existe en otros países –por ejemplo, Brasil–), porque, en última instancia, sería mutar los juzgados penales en sociales, lo que multiplicaría no solo su carga de trabajo, creciente, sino sus tasas de frustración. De ahí que, aun ausente en el tipo nuevo, los tribunales penales exigirán un plus notable de gravedad en el incumplimiento contractual (por ejemplo, [SSTS, Sala 2.ª, 554/2019, de 13 de noviembre](#) –para la explotación sexual en el trabajo–, [792/2022, de 29 de septiembre](#) –chicas de alterne sin dar de alta–, o [639/2017, de 28 de septiembre](#) –aprovechamiento de la situación de necesidad de una persona inmigrante, negándole el derecho al descanso–). En suma, la garantía penal exige constatar gravedad y vulnerabilidad específicas (por ejemplo, [SAP de Navarra 30/2021, de 26 de enero](#), o [SAP de Valladolid 5/2021, de 11 de enero](#), etc.).

Estaríamos, pues, ante un notable cambio de enfoque jurídico, devaluando el principio de intervención mínima penal

En tanto este escenario se aclara en la práctica, ¿mejor prevenir que curar o si las barbas del vecino ves pelar, pon las tuyas...? Seguramente no tendrá nada que ver, pero hemos conocido que los servicios jurídicos de la CEOE han recomendado, para evitar todo riesgo regulador con la Seguridad Social, que [el presidente de la patronal deje de ser persona que factura como autónoma para ser alto directivo](#). ¿Prudente recurso a la lógica preventiva del riesgo de regulación contractual profesional? Aunque, levantada la «liebre» (sospecha), se abre su «veda» (inspectora), recordó la ministra del ramo.

9. Pese a todo..., la realidad sociolaboral es más tozuda que la ley y evidencia las limitaciones de las técnicas de garantía penal y administrativa para el cumplimiento: la garantía social de los «fondos de compensación» de daños (laborales, ambientales) del desarrollo. Se atribuye al emperador estoico por antonomasia, Marco Aurelio, decir: «Todo lo que escuchamos [y leemos] es una opinión, no un hecho. Todo lo que vemos [y leemos] es una perspectiva, no es la verdad». Con ello evidenciaba la complejidad, la relatividad y la ambivalencia de los enfoques con los que afrontamos los retos vitales.

En un tiempo en el que vemos que la ley reactiva la garantía penal para afrontar las resistencias económico-empresariales al cumplimiento de las normas sociolaborales, en la confianza de que será más eficaz, la vida se empeña en mostrarnos sus limitaciones, y la necesidad de recurrir a garantías típicas de socialización de la responsabilidad por daños ligados al desarrollo industrial. Ni las técnicas públicas (penales y administrativas) ni las clásicas privadas (responsabilidad civil) resultan

suficientes para satisfacer de una forma adecuada los derechos. Sería el caso, siguiendo la estela ya iniciada antes en más de un país europeo (Francia, Bélgica, Holanda, etc.), de la técnica de garantía basada en la creación y dotación de «fondos de compensación sin culpa» a las personas víctimas de los daños derivados del desarrollo económico, cuando estos daños (profesionales, ambientales) se convierten en «masivos». Así se refleja claramente en la importante [Ley 21/2022, de 19 de octubre](#), de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto (personas trabajadoras, sus mujeres y personas vecinas, al contaminarse el entorno), a su vez modificada por la disposición adicional octava de la nueva Ley de empleo.

Como sostiene su preámbulo, controlado (no superado, como afirma con exceso idealista o ausencia de realismo) actualmente el problema preventivo, la cuestión social radicaría en la reparación eficaz de los daños por las enfermedades derivadas de las antiguas exposiciones «que afloran y seguirán aflorando aún con más intensidad». De este modo, a la multiplicación de los litigios judiciales (coste institucional) se sumarían las dificultades para el resarcimiento, ante el calvario que puede suponer la prueba judicial (desaparición de las empresas originarias, dificultad de los informes de causalidad, etc.), así como un alto «coste emocional» para las personas afectadas, sus familias y entorno vecinal. La gestión de este fondo de compensación sin culpa corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 1).

No es tampoco momento ni lugar para analizar tan significativa, y necesaria, ley, que presenta más de una limitación; algunas de las cuales pretenden superarse con la reforma indicada (apenas unos meses después de su aprobación, evidenciando más de un problema de técnica legislativa, no solo de política jurídica resarcitoria). Por ejemplo, dice perseguir una finalidad (la «reparación íntegra» de daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona en su ámbito laboral, doméstico o ambiental en España –art. 2–), que traiciona de inmediato, al acotar la responsabilidad socializada a las cuantías «determinadas reglamentariamente» (art. 3) y en atención a recursos económicos limitados (art. 4). Ahora bastará con realizar tres observaciones.

Primero, destaca su utilidad, pues estos fondos indemnizan a mayor número de víctimas, de una manera más rápida y a costes de gestión inferiores que en el derecho de daños

En un tiempo en el que vemos que la ley reactiva la garantía penal, la vida se empeña en mostrarnos sus limitaciones. Así se refleja claramente en la Ley de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto

basado en la judicialización y prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil (*vid.* [Azagra Malo, 2007](#)). Segundo, conviene advertir que, finalmente, se ha descartado toda contribución empresarial, pese a tener, como actores beneficiarios principales de la utilidad mercantil de la fuente del problema (el desarrollo basado en materiales nocivos como el amianto), una manifiesta incidencia (por no decir responsabilidad objetivada, aun sin culpa), por lo que el coste principal es desplazado al Estado (que ha aportado 25 millones de €). Tercero, mucho nos tememos que no será el último que haya que crear al respecto, si se tiene en cuenta que hay otras situaciones análogas que seguramente ameritarán una solución de la misma guisa, sea en el futuro inmediato, sea a más largo plazo. Piénsese en la contaminación de miles de personas por silicosis debida a la exposición al cuarzo (aglomerado) empleado para hacer decenas de miles de cocinas, marca Silestone.

Destaca su utilidad, pues estos fondos indemnizan a mayor número de víctimas, de una manera más rápida y a costes de gestión inferiores que en el derecho de daños

Al respecto, en fechas recientes hemos conocido que la multinacional española Cosentino (empresa familiar múltiplemente premiada por excelencia y ejemplaridad en el emprender) había reconocido su responsabilidad por la silicosis de 5 personas empleadas del mármol de una empresa viguesa: tendrá que pagar 1,1 millones de euros y una condena de 6 meses de prisión para su titular, que no cumplirá, remontándose el *facto* del asunto 15 años atrás, cuando «la legislación era [dice la empresa] más imprecisa». ¿Qué resaltó la prensa de esta situación? Paradójicamente, en vez de enfatizar que se trata de un problema con mayores repercusiones, se centró en poner de manifiesto que ese acuerdo en sede judicial de reconocimiento de responsabilidad tendría un elevado «coste reputacional» (el grupo industrial –con una valoración de 3.000 millones de €– es líder mundial en la fabricación de superficies de cuarzo). La [Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo 35/2023, de 30 de enero, coincidió con el \(amargo\) anuncio de salida a bolsa](#), tambaleándose su cotización. ¿Acaso son más eficaces las sanciones del propio mercado que las del Estado, al ponerse en riesgo uno de los principales estrenos bursátiles del año?

Se dice –por la empresa– que esta resolución judicial dictada de conformidad no es extrapolable a otros procedimientos, pasados y futuros. Veremos. Los repertorios de doctrina judicial evidencian que estamos tan solo en la punta del iceberg (por ejemplo, de riesgo emergente y masivo habla la [STSJ de Madrid 233/2022, de 11 de marzo](#)).

10. ¿Hacia un nuevo tiempo de garantías en detrimento de la primacía de los costes de empresa?: el rearme del derecho social del trabajo como un sistema artificial, pleno y coherente de garantías multinivel dirigidas a la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. La breve pero atenta mirada miscelánea a la actualidad legislativa y jurisprudencial de las relaciones sociolaborales evidencia, sin duda, tendencias de política del derecho sociolaboral en clave de renovado garantismo jurídico

laboral, después de un largo tiempo de reformas laborales de desregulación y que, en parte, fueron mantenidas con la actual reforma laboral, fruto del consenso.

En esta dirección hallamos novedades en el interior de las garantías jurídico-laborales, primarias y secundarias, tanto contractuales (readmisión obligatoria en los casos de los despidos en situaciones de baja; indemnizaciones complementarias de efecto disuasorio en despidos improcedentes con escasa indemnización legal y alta arbitrariedad) como en el ámbito público-administrativo (intensificación del control de la ITSS a la hora de la justificación de las causas de despido colectivo; obligaciones de reintegro de incentivos estatales en caso de deslocalizaciones productivas). Pero lo que más ha encendido los ánimos empresariales, y abierto la crítica doctrinal, es la apuesta gubernativa por la intensificación de la garantía penal frente a conductas que desafían contumazmente el cumplimiento de leyes laborales como la «Ley *riders*». Pese a las mejoras normativas y de gestión digital de la función inspectora (no ocurre lo mismo con su personal, que vive un tenso conflicto con la ministra del ramo por la negativa a una mejora sustancial de estas plantillas), el Gobierno ha decidido saltar a la vía penal para hacer frente a las prácticas de obstaculización empresarial del cumplimiento de ciertas leyes, ante la insuficiencia de la disuasión administrativa, y eso pese a subir la cuantía de las multas (por ejemplo, la [Sentencia de la Audiencia Nacional 171/2022, de 23 de diciembre](#), ha convalidado una multa de más de 125.000 € a una empresa por obstrucción de la acción inspectora, en aplicación del [art. 50.4 b\) LISOS](#)).

Una vez más, al margen del debate sobre su eficacia o no (nos tememos que se hará un uso muy escaso), hay que lamentar que una decisión de política legislativa del derecho penal del trabajo tan relevante se efectúe con tan mala técnica legislativa, insistiendo en un proceso errático que cuenta con más de 25 años. En paralelo, asistimos a la propia evidencia de los límites de estas garantías, como prueba la puesta en práctica de las técnicas de los fondos de compensación sin

culpa de los daños del desarrollo. En todo caso, al margen del mayor o menor acierto en cada opción técnica, debe saludarse positivamente este movimiento hacia una visión más equilibrada y justa del derecho del trabajo, de manera que no se ponga el énfasis solo en la norma laboral como una fuente de coste para las empresas, sino también como un sistema de garantías para las personas trabajadoras y la sociedad.

Al margen del mayor o menor acierto en cada opción técnica, debe saludarse positivamente este movimiento hacia una visión más equilibrada y justa del derecho del trabajo como un sistema de garantías

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). ¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 5-23. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18647>

El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones

Juan Antonio Maldonado Molina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada (España)

jmaldo@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

Extracto

El segundo bloque de reformas previstas en el Pacto de Toledo ha resultado difícil de consensuar con los agentes sociales, por orientarse más al cumplimiento del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España que a la letra del Pacto de Toledo, en especial en lo relativo a la ampliación de la base reguladora de la jubilación. En todo caso, las medidas propuestas no son rupturistas respecto a las acometidas hasta ahora en nuestro país, sino que son un paso más en la senda que desde los años ochenta del siglo pasado se viene caminando, que es el fortalecimiento del principio de contributividad. No obstante, sí introducen elementos innovadores, tanto en lo relativo a la base reguladora (la flexibilidad en su determinación, aunque recuerda a lo que había antes de 1985 y sigue existiendo en la base reguladora de la incapacidad permanente por accidente no laboral) como en los incrementos adicionales previstos para las bases y pensiones máximas, con una acertada diferencia en los tiempos de efectividad de ambos porcentajes adicionales, que hay que valorar positivamente por ser una solución imaginativa que permite eludir incrementos extraordinarios por pensiones máximas a buena parte de la generación del *baby boom*. E incorpora notables mejoras en orden a la solidaridad y la perspectiva de género, con importantes reformas de la integración de lagunas en caso de trabajo a tiempo parcial y para las mujeres.

Palabras clave: jubilación; pensiones adecuadas; brecha de género en pensiones; Pacto de Toledo; base reguladora; integración de lagunas; bases de cotización.

Recibido: 03-02-2023 / Aceptado: 17-02-2023 / Publicado (en avance online): 28-02-2023

Cómo citar: Maldonado Molina, J. A. (2023). El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 25-59. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18595>

The draft reform of the regulatory base for retirement and the increase in the maximum limits of the contribution bases and pensions

Juan Antonio Maldonado Molina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada (España)

jmaldo@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

Abstract

The second block of reforms envisaged in the Toledo Pact has proved difficult to reach a consensus with the social partners, as they are more oriented towards compliance with the Spanish Recovery and Resilience Facility Plan than to the letter of the Toledo Pact, especially with regard to the expansion of the regulatory base of retirement pensions. In any case, the proposed measures are not disruptive with respect to the attacks hitherto in our country but are one more step on the path that has been followed since the eighties of the last century, which is the strengthening of the principle of contributivity. However, they do introduce innovative elements, both in relation to the regulatory base (flexibility in its determination, although it is reminiscent of what existed before 1985 and continues to exist in the regulatory base of permanent disability due to non-work accidents), and in the additional increases foreseen for the bases and maximum pensions, with a correct difference in the times of effectiveness of both additional percentages, which must be valued positively as it is an imaginative solution that allows avoiding extraordinary increases for maximum pensions for a large part of the generation of the baby boom. And it incorporates notable improvements in terms of solidarity and the gender perspective, with important reforms to the integration of loopholes in the case of part-time work and for women.

Keywords: retirement; adequate pensions; gender gap in pensions; Pact of Toledo; regulatory base; integration of periods without contributions; contribution bases.

Received: 03-02-2023 / Accepted: 17-02-2023 / Published (online preview): 28-02-2023

Citation: Maldonado Molina, J. A. (2023). The draft reform of the regulatory base for retirement and the increase in the maximum limits of the contribution bases and pensions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 25-59. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18595>

Sumario

1. Introducción
2. El borrador de reforma de 28 de noviembre de 2022
3. Incremento de los máximos de las bases de cotización y de las pensiones
 - 3.1. Previsiones al respecto en el Pacto de Toledo y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
 - 3.2. Reforma proyectada
 - 3.2.1. Incremento básico
 - 3.2.2. Incremento adicional
 - 3.3. Valoración del incremento de bases máximas de cotización y topes máximos de las pensiones
4. Incremento y flexibilidad en el cálculo de la base reguladora
 - 4.1. Previsiones al respecto en el Pacto de Toledo y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
 - 4.2. Reforma proyectada
 - 4.2.1. La nueva base reguladora
 - 4.2.2. Valoración de la nueva base reguladora
 - 4.2.3. Novedades en la integración de lagunas
 - 4.2.3.1. Periodo sobre el que integrar las lagunas de cotización
 - 4.2.3.2. Integración de lagunas en el trabajo a tiempo parcial
 - 4.2.3.3. Integración de lagunas en el trabajo autónomo
 - 4.2.3.4. Integración de lagunas de mujeres, y hombres en caso de brecha de género
 - 4.2.4. Otras reformas con perspectiva de género
 - 4.2.4.1. Otras reformas con paramétricas en el cálculo de las prestaciones de acción positiva en favor de las mujeres
 - 4.2.4.2. Ampliación de los años reconocidos como cotizados en caso de excedencia por cuidado de familiares
 - 4.2.4.3. Ampliación de los años reconocidos como cotizados en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos/as u otros/as familiares
 - 4.2.4.4. Incremento adicional del complemento para la reducción de la brecha de género

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 28 de noviembre de 2022, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones presentó a los agentes sociales el segundo bloque¹ de reformas de las medidas previstas en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020², con el que además se pretende dar cumplimiento al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, de 16 de junio de 2021.

Se centra en la modificación del régimen de la base reguladora (incluyendo la integración de lagunas de cotización) y una elevación de pensiones máximas y bases máximas de cotización.

Era una reforma anunciada en su filosofía en el Pacto de Toledo de 2020, pero pendiente de concreción. Y pese a que tenía una fecha máxima de aprobación (final de 2022), el año avanzaba sin que por parte del ministerio se presentara propuesta alguna por escrito, limitándose a proposiciones verbales y declaraciones a los medios de comunicación en septiembre de 2022³, en las que de forma categórica se negó que se planteara una ampliación a 35 años, desmintiendo –una vez más– el supuesto informe que se habría preparado a final de 2020 en ese sentido⁴, enfatizando que el segundo bloque de reformas buscaba hacer «pequeños ajustes en pos de un sistema más equitativo», adelantando que propondría una subida suave tanto de la base máxima de cotización como de la pensión mínima.

Este segundo bloque comprende tres cuestiones (base reguladora de la jubilación, bases máximas de cotización y pensiones máximas) que tienen en común la sostenibilidad económico-financiera del sistema, dejando en un segundo plano la sostenibilidad social y la suficiencia, aunque no se obvia (sobre todo desde el punto de vista de género), y debe tenerse en cuenta que –en última instancia– la sostenibilidad financiera redundará a largo plazo en la suficiencia, en tanto que toda propuesta que se haga debe pasar por el tamiz de garantizar la viabilidad del sistema, que es lo que permitirá mantenerlo eficiente. Busca, por tanto, el reforzamiento de la equidad y contributividad del sistema y, por ende, su sostenibilidad.

¹ En estas dos etapas lo estructuró el Gobierno. Cfr. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/120421-Comparecencia%20PdT.pdf>

² <https://documentacion.eu/informes/informe-comision-pacto-toledo-2020.pdf>

³ <https://www.rtve.es/noticias/20220912/jose-luis-escriba-precios-cesta-compra/2401783.shtml>

⁴ <https://www.rtve.es/noticias/20210121/gobierno-planteo-elevar-computo-pensiones-35-anos/2068260.shtml>

En todo caso, a diferencia del primer bloque, el acuerdo social y político no se presentaba tan fácil, ya que la reforma se resume en incrementar las cotizaciones de las rentas más altas y (*a priori*) reducir las futuras pensiones, por lo que –respectivamente– patronal y sindicatos no estarían en esa línea, ni el socio minoritario de gobierno. Esa es una de las razones por las que las reformas se abordaron en dos fases, no solo por su diferente complejidad, incluyendo «en la primera fase las medidas de mayor consenso, [y] dejando para la segunda las más difíciles» (Molina Navarrete, 2022, p. 29).

Sea como fuere, hay que advertir que –actuarialmente– hay estimaciones diferentes sobre si la ampliación del periodo de cómputo de la base reguladora acarreará una reducción generalizada del importe de las pensiones; y si la produce, en qué porcentaje se verían minoradas. Así, el equipo ministerial, en la reunión del 28 de noviembre de 2022, presentó a los agentes sociales unos datos que sorprendieron a las personas reunidas, ya que chocaban con la idea general de que una ampliación del periodo a computar de la base acarrea sí o sí una reducción del importe. En concreto, se informó de que la reforma –de media– acabaría elevando un 0,42 % las bases reguladoras, mejorando las pensiones de las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo ante carreras laborales menos lineales (carreras cada vez más frecuentes). Estos datos generales tan positivos lo son a costa de la brecha de género, cosa que reconoce el ministerio, que señaló que esta medida beneficiaría más a los hombres que a las mujeres: en concreto, las bases de los hombres subirían un 0,63 %, mientras que las de las mujeres solo un 0,01 % de media. Por ello, la ampliación de la base reguladora viene acompañada de otras medidas para reducir la brecha de pensiones. Unas cifras muy distintas a las recogidas en un supuesto documento que el Gobierno presentó a Bruselas en 2020 en el que apostaba por una ampliación a 35 años con una reducción del 5,5 % de las nuevas pensiones⁵.

Sin embargo, otras investigaciones sostienen que sí conllevaría una reducción, aunque algunos de estos estudios se han hecho contemplando variables que finalmente no se corresponden a la propuesta ministerial⁶. Y cuando ese mismo grupo de investigadores del IVIE proyecta los efectos sobre el periodo de 30 años, eligiendo los 28 mejores, las cifras sí se aproximan a las del ministerio, aunque sin tener en cuenta las nuevas reglas sobre integración de lagunas, lo cual hace que el resultado no sea preciso. Así, con este importante matiz, concluyen que el efecto «es prácticamente neutral, una disminución de la pensión

⁵ <https://elpais.com/economia/2020-12-21/la-propuesta-de-reforma-de-escriba-bajaria-una-media-del-55-las-nuevas-pensiones.html>

⁶ Así, José Enrique Devesa y otros investigadores del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE) partieron de tres escenarios: uno, ampliar hasta los 35 años, lo que supondría una disminución de la cuantía inicial de las pensiones de casi un 9 %; otro, a 35 años, pero permitiendo la elección de los mejores 25 años, lo que haría aumentar las nuevas pensiones un 5,6 %; y tercero, elegir los mejores 25 años, que mejoraría las pensiones iniciales, pero aumentaría el gasto. *Vid.* Devesa, Devesa, Domínguez, Encinas y Meneu (2022).

media del 0,04 %», y precisamente por no tener en cuenta las nuevas reglas relativas a la integración de lagunas, lo que subrayan es que «podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de género, ya que la pensión inicial de las mujeres disminuiría en promedio en un 0,86 %, frente al incremento de la pensión de los hombres que sería de un 0,44 %» (Devesa, Devesa, Domínguez, Encinas, García Díaz *et al.*, 2022).

Sea como fuere, y pese a estar comprometida con la Unión Europea (UE) esta reforma antes de la finalización de 2022 (Plan de Recuperación), no fue hasta el 28 de noviembre cuando se presentó una propuesta por escrito (hasta entonces no hubo documentos en la mesa de concertación), con un escaso margen temporal para la negociación, y el resultado fue la no aprobación de la reforma en plazo, confiando el ministerio en que dicho incumplimiento temporal no sea relevante para la UE, prevaleciendo el que la reforma se ajuste a lo comprometido⁷. Ciertamente, para los fondos Next Generation EU (al igual que los derivados de la crisis financiera de 2008), la reforma de las pensiones actúa como una «condicionalidad vinculante», «condición contractual para la adquisición de los sucesivos tramos de fondos económicos» (Molina Navarrete, 2022, pp. 26 y 29), que vincula respecto de los objetivos a conseguir «y no tanto en concreto las medidas concretas a adoptar para alcanzarlo» (Monereo Pérez, 2022, p. 81).

La propuesta de 28 de noviembre no fue aceptada por los agentes sociales, por lo que se introdujeron ligeras modificaciones en la reunión de 12 de diciembre, en especial en lo relativo al impacto de género, con nuevas mejoras en las reglas de integración de lagunas de cotización. Todo ello sin acuerdo nuevamente.

La reforma debe ajustarse a lo previamente acordado en la revisión del Pacto de Toledo de 2020 y el Plan de Recuperación. Por ello, antes de analizar las reformas propuestas, partiremos de lo recogido en tales documentos.

2. El borrador de reforma de 28 de noviembre de 2022

El documento entregado el 28 de noviembre de 2022 (y que a la fecha de este estudio es el único texto entregado) está compuesto de un solo artículo, intitulado «Artículo primero. Modificación del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre» (al ser un borrador abierto a la negociación, es comprensible que se numere como «Primero», aunque realmente sea «Único»); y

⁷ En palabras del secretario de Estado de Seguridad Social, Borja Suárez Corujo, «[l]o relevante aquí es que la reforma llegue a buen puerto. Un retraso de unos días o unas semanas no es lo relevante» (<https://www.lavanguardia.com/economia/20230109/8671049/escriba-insiste-ampliar-computo-pese-rechazo-agentes-sociales.html>).

una disposición final «primera» (y única en el borrador) relativa a la «entrada en vigor», que diferencia la entrada en vigor de la reforma del tope máximo de la base de cotización (2025), y de la base reguladora (2027).

Este artículo primero (y único) del borrador a su vez se estructura en 10 ordinales, que modifican 6 artículos de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y añaden a la misma 4 nuevas disposiciones transitorias. En atención a la materia sobre la que versan, podemos agruparlos en dos bloques:

- a) Preceptos que modifican la actualización del tope máximo de las bases de cotización y pensión máxima:
 - Artículo 1.1: modifica el artículo 19.3 de la LGSS (pasando el actual 19.3 a ser el 19.4) (tope máximo base de cotización).
 - Artículo 1.2: modifica el artículo 58.2 y 4 de la LGSS (pensión máxima).
 - Artículo 1.7: introduce una nueva disposición transitoria (tope máximo base de cotización).
 - Artículo 1.8: introduce una nueva disposición transitoria (pensión máxima).

- b) Preceptos que cambian la base reguladora de la pensión de jubilación:
 - Artículo 1.3: modifica el artículo 209.1 de la LGSS (base reguladora jubilación).
 - Artículo 1.4: modifica el artículo 248.2 de la LGSS (integración de lagunas tiempo parcial).
 - Artículo 1.5: modifica el artículo 322 de la LGSS (integración de lagunas autónomos).
 - Artículo 1.6: modifica la disposición adicional trigésima séptima de la LGSS (otras medidas lucha brecha género).
 - Artículo 1.9: introduce una nueva disposición transitoria (base reguladora jubilación).
 - Artículo 1.10: introduce una nueva disposición transitoria (integración lagunas y brecha de género).

En su conjunto, todas estas modificaciones abarcan dos vectores, que tienen en común el reforzamiento de la equidad y contributividad del sistema (lo que en última instancia alude a la sostenibilidad), contempladas dentro del componente 30 (dedicado –como es sabido–

a la «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo»⁸, bajo las rúbricas:

- a) «Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación» (C30.R2-C).
- b) «Adecuación de la base máxima de cotización del sistema» (C30.R6).

Como valoración general, hay que indicar que no pueden considerarse reformas rupturistas respecto a las acometidas hasta ahora en nuestro país, sino que son un paso más en la senda que desde los ochenta del siglo pasado se viene caminando⁹, y que ya en el Pacto de Toledo de 6 de abril de 1995¹⁰ se recogían dentro de las recomendaciones números 3 («Mejora de las bases») y 9 («Equidad y contributividad del sistema»), bajo el calificativo de «contributividad», entendiéndose por tal «la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador»¹¹.

No obstante, sí introduce elementos innovadores, tanto en lo relativo a la base reguladora (la flexibilidad en la elección, aunque recuerda a lo que había antes de 1985 y sigue existiendo en la base reguladora de la incapacidad permanente por accidente no laboral) como en los incrementos adicionales previstos para las bases y pensiones máximas, con una acertada diferencia en los tiempos de efectividad de ambos porcentajes adicionales, que hay que valorar positivamente por ser una solución imaginativa que permite eludir incrementos extraordinarios por pensiones máximas a buena parte de la generación del *baby boom*. E incorpora notables mejoras en orden a la solidaridad y la perspectiva de género, con importantes reformas de la integración de lagunas en caso de trabajo a tiempo parcial y para las mujeres. Adelantamos que la principal carencia la detectamos en la integración de lagunas de las personas autónomas, que resulta del todo insuficiente.

⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>

⁹ El Acuerdo nacional sobre el empleo, de 1981-1982, marcó el punto de partida, con una cláusula relativa a la conveniencia de «proceder a un examen de conjunto del actual sistema de Seguridad Social, orientado a su mejora y racionalización». En su desarrollo, el Gobierno elaboró un documento –el llamado «libro rojo» (verde)– remitido para su estudio a la Comisión Tripartita para la Reforma de la Seguridad Social, que entre otras medidas recomendaba que «la base de cálculo de las pensiones se determinaría tomando el salario medio individual actualizado correspondiente a un amplio periodo de tiempo (6 años al menos)» (un periodo que con el tiempo puede ser calificado de cualquier forma menos «amplio», aunque en aquel contexto sí era así).

¹⁰ https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF

¹¹ Recomendación 11 del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020.

3. Incremento de los máximos de las bases de cotización y de las pensiones

3.1. Previsiones al respecto en el Pacto de Toledo y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Manteniendo el fortalecimiento del principio de contributividad que desde hace décadas inspira las reformas del sistema, la recomendación número 5 del Pacto de Toledo de octubre de 2020 (bajo el título «Adecuación de las bases y periodos de cotización») conecta ambas cuestiones (tope máximo de las bases de cotización y pensión máxima), en tanto que:

[...] la relación entre las bases máximas de cotización y la pensión máxima debe guardar el necesario equilibrio entre aportaciones realizadas y prestaciones percibidas para garantizar la contributividad, pero sin menoscabo de la dimensión solidaria del sistema. La Comisión considera que la relación entre ambas variables debe establecerse legalmente de forma clara y estable, siendo objeto del oportuno seguimiento.

Y añade la recomendación número 15 («Solidaridad y garantía de suficiencia»): «En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia».

Para fundamentar la reforma propuesta, además de en las renovaciones previas del Pacto de Toledo, el informe de 27 de octubre de 2020 se apoya en el Pilar europeo de derechos sociales (principio 15), en tanto que establece (bajo la rúbrica «Pensiones y prestaciones de vejez») que: «Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada».

Por su parte, el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España propone la «Adecuación de la base máxima de cotización del sistema» (C30.R6); reforma consistente en un: «Incremento gradual de la base de cotización máxima del sistema, acompañada de una adaptación de la pensión máxima», que se indica «se elevará al diálogo social, y si bien debe estar aprobada antes de la finalización de 2022, se implementará a lo largo de las próximas tres décadas».

Por tanto, y como elemento positivo a subrayar, el plan demuestra eso, que es una «planificación de la reforma de las pensiones de largo alcance» (Monereo Pérez, 2022, p. 81), más allá de otras reformas cortoplacistas que ha sufrido el sistema, muchas veces de contenido populista, que por su mala formulación han acabado siendo un lastre económico para el sistema, como ocurrió con el complemento por aportación demográfica. Veamos en concreto la reforma prevista.

3.2. Reforma proyectada

El borrador presentado el 28 de noviembre de 2022 se ajusta perfectamente a todas las consideraciones anteriores, tanto las relativas al Pacto de Toledo como al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España.

Resumidamente, podemos decir que en principio liga el incremento tanto del tope máximo de las bases de cotización como de las pensiones máximas al porcentaje en el que se actualicen las pensiones, por lo que pasarían a ser proporcionales los incrementos básicos de ambos elementos de la relación jurídica de Seguridad Social, mejorando la contributividad. Ahora bien, a continuación añade unos incrementos adicionales que en una primera fase son diferentes en uno y otro caso (siendo muy superiores en cuanto a los topes máximos de las bases de cotización), pero que en una segunda fase (a partir de 2050) se irán equiparando, consiguiendo de este modo diferir en el tiempo el incremento en la subida de las pensiones máximas, pero no en las cotizaciones, de forma que, una vez jubilado el grueso de la generación del *baby boom*, será cuando se apliquen estos porcentajes adicionales a las pensiones máximas.

Una fórmula imaginativa, que da como resultado un sistema más equitativo, evitando que dejen de perderse ingresos vía cuotas (que en algunos casos se derivaban al aseguramiento privado, por la teoría de los «vasos comunicantes» –Monereo Pérez, 2022, p. 135–), sumando ingresos en los próximos 25 años, y sin que la elevación de las bases máximas pueda argumentarse que es confiscatoria por no acompañarse de un incremento de las pensiones máximas, aunque eso se conseguirá tras el transcurso de tres décadas. Hasta entonces, lo que habrá es un notable incremento de las bases máximas de cotización frente a un tímido aumento de la pensión máxima.

Las reglas nuevas, en efecto, distinguen dos incrementos. Uno derivado de la actualización de las pensiones (que podemos denominar incremento «básico») y otro «adicional», que se aplicará a partir de 2025, y hasta 2050 en el caso de las bases de cotización, y más allá de esa fecha en la pensión máxima. Una meta común, pero con ritmos de implementación totalmente diferentes, que hará que durante décadas se incremente la brecha entre el tope máximo de las pensiones y la base máxima de cotización, pero convergiendo cuando ya hayan pasado los momentos más críticos para la sostenibilidad del sistema.

3.2.1. Incremento básico

El tope máximo de las bases de cotización se incrementará conforme se revaloricen las pensiones, y ello a partir de 2025 (según prevé la disp. final primera del texto presentado). En efecto, manteniendo incólume el artículo 19.2 de la LGSS (que establece que el tope máximo de las bases de cotización se fijará anualmente en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado –LPGE–), el artículo 1.1 de la proyectada reforma añade un nuevo número 3 (pasando el actual 3 a ser el 4), en el que se precisa que:

El tope máximo establecido para las bases de cotización de la Seguridad Social de cada uno de sus regímenes se actualizará anualmente según lo dispuesto en la Ley de presupuestos generales del Estado en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas de acuerdo con el artículo 58.2.

Por su parte, las pensiones máximas también lo deben hacer conforme a ese parámetro. Ya el actual artículo 58.2 de la LGSS indica que las pensiones, incluyendo las mínimas, lo harán en ese porcentaje, añadiendo el artículo 1.2 del texto presentado una aclaración respecto de la pensión máxima, y es que al igual que las mínimas y demás pensiones, lo hará conforme al índice de precios al consumo (IPC) en los términos aprobados por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Así, se precisa que tal revalorización afecta a todas las pensiones, incluido *tanto* el importe de la pensión mínima *como el importe de la pensión máxima* (en cursiva lo añadido).

Esta regla hubiera entrado en vigor en 2023, y realmente no hay un gran cambio, ya que el límite máximo se incrementaba en los mismos términos que la actualización. La novedad será que el incremento queda al margen de la decisión gubernativa anual, al venir garantizada por ley. En 2023 no hubiera habido cambio alguno, ya que el importe máximo de las pensiones se ha incrementado en idéntico porcentaje al de la revalorización, esto es –como es sabido– un 8,5 % –revalorización que debe valorarse muy positivamente, aunque ciertamente tiene «algunos efectos de regresividad» (Molina Navarrete, 2023, p. 18), al subir por igual a todas las pensiones, cosa que siempre ha sucedido, pero al incrementarse este año en un porcentaje tan elevado ha evidenciado que el efecto Mateo sigue implacable en la Seguridad Social contributiva–.

Por tanto, la LPGE anual tendrá que fijar el importe del tope máximo de las bases y del límite de la pensión máxima en función de lo que se revaloricen las pensiones. Se «acompanan» ambos incrementos «básicos» de los importes máximos en relación con el IPC, sin que el incremento quede pendiente de la decisión que año a año se adopte: debe ser igual al porcentaje de actualización de las pensiones.

Por otro lado, el artículo 1.2 modifica el artículo 58.4 de la LGSS, suprimiendo la regla prevista para el tope de la revalorización en caso de pensiones concurrentes¹² (habrá que estar a lo previsto anualmente en el real decreto de revalorización de pensiones), añadiendo

¹² El actual artículo 58.4 (58.7 hasta la Ley 21/2021) establece que:

El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a *la cuantía establecida en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular* (en cursiva la parte que se suprime en la reforma proyectada).

un límite adicional al importe máximo calculado conforme a la regla general, y es que la revalorización no podrá determinar para las pensiones, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior al resultado de aplicar al importe *de la pensión vigente en el ejercicio anterior el incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los 12 meses previos al mes de diciembre del ejercicio anterior* (en cursiva el apdo. novedoso).

3.2.2. Incremento adicional

Junto a ese punto de partida simétrico («incremento básico»), se añade un porcentaje de «incremento adicional», que acabará siendo también simétrico, pero en un futuro, ya que hasta 2050 (y algo más) van a ir desfasados entre sí. Así:

- Al tope máximo de las bases de cotización, desde 2025 hasta 2050, a ese incremento básico (igual a la subida de las pensiones) hay que añadir anualmente 1,154 puntos; regla que es independiente de la revalorización de las pensiones, de modo que se aplica incluso cuando el IPC fuese negativo. Por tanto, las LPGE que se aprueben de 2025 a 2050 (debería aclararse que el 2050 es incluido, serían 26 años) recogerían ese porcentaje adicional que en total determinará un incremento del 30 % en la base máxima de cotización (1,154 por 26 años)¹³.
- A la pensión máxima, por su parte, se le añadirá un incremento adicional de 0,115 puntos porcentuales, de 2025 a 2050 (con independencia también de que el IPC fuese negativo). Si lo multiplicamos por 26 años, resultaría un incremento adicional de solo el 3 %, frente al 30 % del incremento de cuotas¹⁴.

¹³ En concreto, el borrador presentado señala (art. 1.7):

Disposición transitoria XXX1. Norma transitoria para la aplicación del tope máximo de la base de cotización desde 1 de enero de 2025.

Desde el año 2025 hasta el año 2050, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado fijarán el tope máximo de las bases de cotización de los distintos regímenes de Seguridad Social conforme a lo establecido en el artículo 19.3, más un incremento anual adicional fijo de 1,154 puntos porcentuales.

En el supuesto de que algún año se produzca la situación prevista en el artículo 58.3, para la determinación de la base máxima de cotización procederá, en todo caso, aplicar el incremento adicional de 1,154 puntos porcentuales.

¹⁴ El borrador presentado señala (art. 1.8):

Disposición transitoria XXX2. Norma transitoria para la determinación de la pensión máxima inicial desde 1 de enero de 2025.

1. Desde el año 2025 hasta el año 2050, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado determinarán el importe de la pensión máxima inicial para las pensiones causadas durante su periodo de vigencia, aplicando a la revalorización del artículo 58.2 un incremento adicional inicial de 0,115 puntos porcentuales.

En consecuencia, anualmente habrá un diferencial del 1,039 % en el incremento de las bases máximas de cotización que no se refleja en la pensión máxima. Ahora bien, a partir del año 2050, la norma prevé que (en el marco del diálogo social) se aplique cada año un incremento adicional a la pensión máxima (y no a la base de cotización), que se establecerá en la LPGE, hasta alcanzar un incremento real acumulado del 30 %. En ese momento (que no será en 2050, sino bastante más adelante, según lo que se acuerde con los agentes sociales), ya sí se habrán equiparado los incrementos, aunque en muchos casos no habrá coincidencia entre los sujetos que soportaron el incremento de bases y los que se beneficiarán del aumento adicional de las pensiones máximas.

Por tanto, como hemos adelantado, los incrementos adicionales son asimétricos en tanto se jubila la generación del *baby boom* (los nacimientos entre 1958 y 1977), siendo muy superior el de las bases frente al de las pensiones. Y una vez que haya pasado el tsunami demográfico que supone la jubilación de ese grupo etario, y pase el momento crítico desde el punto de vista financiero, se igualarán estos porcentajes adicionales en la segunda mitad del siglo XXI.

3.3. Valoración del incremento de bases máximas de cotización y topes máximos de las pensiones

Respecto de las nuevas reglas para el incremento de las bases máximas de cotización y pensiones máximas, globalmente, la valoración es positiva, ya que se logra cohonestar el incremento de las bases máximas de cotización (una exigencia derivada no solo del principio de contributividad, sino de la equidad y sostenibilidad del sistema) con un correlativo incremento del importe máximo en las pensiones (respetando el art. 31 de la Constitución española –CE–, que proclama la no confiscatoriedad de los tributos), pero sin que suponga una carga excesiva al sistema en los años críticos de la jubilación del *baby boom*. Se recauda más a corto y medio plazo, y se difieren los incrementos adicionales del pago al momento en el que haya pasado el tsunami demográfico. El objetivo principal es encontrar el equilibrio entre la solidaridad de las cotizaciones que inspira el sistema de Seguridad Social, las aportaciones de los salarios más altos con las futuras prestaciones que recibirán, y respetando el artículo 31.1 de la CE, que –recuérdese– dispone que la justicia de nuestro sistema tributario debe estar inspirada «en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

2. En el caso del artículo 58.3, se aplicará igualmente el porcentaje adicional que corresponda a cada año.

3. Las pensiones máximas determinadas para cada año conforme a lo dispuesto en el apartado 1 se revalorizarán en años sucesivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 58.2.

4. A partir del año 2050, y en el marco del diálogo social, para determinar el importe de la pensión máxima inicial se aplicará cada año un incremento adicional, que se establecerá en la ley de presupuestos generales del Estado, hasta alcanzar un incremento real acumulado del 30 %.

Con ello, adicionalmente, se conseguirá que las personas que cotizan por bases elevadas no tengan que recurrir a la protección complementaria, fortaleciendo los ingresos del sistema y la propia confianza en el mismo, dado que seguirá siendo el que cubre a la mayor parte de la población trabajadora, evitando que se convierta en un sistema de mínimos, que por insuficiencia deba complementarse. Ello redundará igualmente en una mejora en la confianza en el sistema; cuestión en absoluto baladí, ya que su principal cometido no es otro que dar seguridad (social) al individuo.

Habrá que comprobar sus efectos respecto de la prolongación de la vida activa. Para ponderarlos respecto de las jubilaciones anticipadas, hay que partir de que, en 2020, de quienes se jubilaban voluntariamente a los 63 años, el 9 % percibe la pensión máxima¹⁵; datos que se tuvieron presentes a la hora de configurar las reformas introducidas por la Ley 21/2021. Recuérdese que si bien tradicionalmente las personas con bases de cotización más altas que las pensiones máximas recurrían a las jubilaciones anticipadas al neutralizarse la penalización del adelanto del retiro con el tope de la pensión máxima, tras la Ley 27/2011 y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, sí se penalizó, pero solo un 2 % por año sobre la pensión máxima (porcentaje muy inferior al coeficiente más bajo existente en jubilaciones anticipadas voluntarias, que era 6,5 % anual). Era socialmente injusto, porque facilita dejar de trabajar antes a las personas que tienen unas rentas más elevadas, y que normalmente no son las que hacen más esfuerzos físicos. Por ello, la Ley 21/2021 modificó el sistema para la jubilación anticipada voluntaria, de modo que, si la base reguladora de la pensión es superior al tope máximo de las pensiones, los coeficientes reductores se aplican directamente sobre el límite de la cuantía máxima. No obstante, su aplicación efectiva se retrasó a 2034, con un generoso periodo transitorio (Maldonado Molina, 2022b, pp. 161 y 162). Pues bien, hasta esa fecha, las personas trabajadoras maduras con bases de cotización superiores a la pensión máxima experimentarán un incremento en sus bases del 1,039 anual respecto de la pensión máxima (incremento adicional), lo que agudizará la sensación de que la jubilación anticipada seguirá siendo una buena opción, máxime teniendo en cuenta que las penalizaciones son menores tras la Ley 21/2021 (salvo si aprovecha todo el margen de adelanto).

Por tanto, la brecha entre las bases máximas y las pensiones máximas aumentará hasta 2050, por lo que hasta 2034 (año de entrada en vigor plenamente del nuevo sistema de penalización) las jubilaciones anticipadas voluntarias de este perfil seguirán viéndose beneficiadas por un sistema que lo penaliza poco (más allá del importante recorte derivado del tope máximo de las pensiones).

¹⁵ La pensión media de las mujeres jubiladas con esta modalidad es superior en un 4 %, pero en la involuntaria es 18 % inferior (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021, pp. 68 y 92).

Respecto de la jubilación a la edad ordinaria, el único incentivo sería que un aumento de la pensión máxima permitiera que las personas trabajadoras maduras vieran reflejadas sus retribuciones en la futura pensión (suelen ser las de edad avanzada las que perciben retribuciones más elevadas), lo cual indirectamente desincentivaría su jubilación, pero, dado que el incremento adicional es casi testimonial hasta 2050, no es de prever que incentive el mantenimiento en el trabajo. Será con la jubilación demorada como vengan los incentivos para ello, tras el novedoso modelo implementado con la Ley 21/2021, con incentivos más inmediatos y tangibles, ya que junto con el porcentaje adicional se ofrece el cobro de una cantidad a tanto alzado (una suerte de «premio por jubilación demorada») (Maldonado Molina, 2022a, p. 84).

4. Incremento y flexibilidad en el cálculo de la base reguladora

4.1. Previsiones al respecto en el Pacto de Toledo y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

La recomendación número 5 del Pacto de Toledo de octubre de 2020 apuesta por una contributividad más equitativa. Así, pese a que la ampliación a 25 años del tiempo utilizado para el cálculo de la base reguladora ya ha supuesto un reforzamiento de la contributividad, añade que:

La Comisión considera importante evaluar, a la mayor brevedad posible, su impacto en función del tipo de carrera profesional del trabajador, a menudo marcada por periodos de desempleo y de precariedad. Dicha evaluación debe contemplar, también, otras medidas como la facultad de elección de los años más favorables en la determinación de la base reguladora de la pensión. En particular, esta solución puede resultar interesante en supuestos como el de personas que, a partir de una determinada edad y durante un largo periodo de tiempo, hayan experimentado una reducción significativa de las bases de cotización. Igualmente se evaluará la progresiva ampliación del periodo cotizado necesario para alcanzar el cien por cien de la base reguladora, prevista por ley. Por último, dentro de este proceso de evaluación se pondrá especial cuidado en contemplar y paliar las consecuencias negativas que dichas ampliaciones podrían tener para la brecha de género en materia de pensiones.

Es una relevante novedad frente a lo contemplado en revisiones anteriores del Pacto de Toledo, y es que la –permanente– búsqueda de la equivalencia entre esfuerzo de cotización y prestación debe hacerse con un mecanismo flexible que sea válido para un nuevo tipo de personas trabajadoras, con carreras profesionales irregulares. Con esa lógica, expresamente apuesta por contemplar la facultad de elección de los años más favorables e incluir mecanismos que atemperen dicha ampliación desde una perspectiva de género.

Igualmente, tiene su referente en la recomendación número 11 (contributividad), que a su vez debe «combinarse con el principio de solidaridad» evitando «las consecuencias negativas sobre la brecha de género en materia de pensiones a través de las fórmulas recogidas en la recomendación "Mujer y Seguridad Social"». Respecto del periodo de cálculo de la base reguladora, señala:

La Comisión ya puso de relieve en 2011 que el principio de contributividad también ampara que los trabajadores de mayor edad que vean extinguida su relación laboral no vean mermados sus futuros derechos de Seguridad Social, como consecuencia del reparto desigual de sus cotizaciones en el tiempo. Sin perjuicio del objetivo de mantener una proporcionalidad adecuada entre el esfuerzo contributivo como cotizante y la pensión como jubilado, la Comisión insiste en la recomendación de arbitrar en cada momento las medidas transitorias oportunas que salvaguarden esa proporcionalidad, mediante el pertinente diálogo social y respetando el principio de suficiencia.

Singularmente, en los casos de vidas laborales muy prolongadas, y siempre que ello no ocasione un quebranto grave sobre la sostenibilidad financiera del sistema, cabría valorar la posibilidad de la inclusión de medidas que, con carácter excepcional, reconozcan la capacidad de la persona beneficiaria para descartar algún año concreto del periodo de cálculo ordinario o para escoger el específico tramo de la carrera de cotización sobre el que va a aplicarse la fórmula de cálculo para la determinación de su pensión.

Esta última recomendación se sitúa en otra lógica, en el plano de las reglas transitorias que desde 2012 (disp. transitoria octava LGSS y RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social) se han implementado permitiendo extender el periodo de cálculo por encima del previsto con carácter general en cada momento, pero que en parte han servido de inspiración a la elección de mejores años propuesta en 2022 (aunque con la propuesta de 28 de noviembre no hay elección, sino que de oficio a todas las personas se le omiten los 24 peores meses). Repárese en que el Pacto de Toledo lo recogía como algo excepcional: «singularmente» en casos de vidas laborales muy prolongadas; «con carácter excepcional», casos en los que el sujeto pudiera descartar o escoger. Claramente no es la medida prevista con la ampliación de la base reguladora, sino que evoca a lo que desde 2012 se aplicaba para casos puntuales¹⁶.

¹⁶ La disposición transitoria octava de la LGSS (desarrollada por el art. 2 RD 1716/2012) fijó reglas específicas para los supuestos de personas trabajadoras (por cuenta ajena y propia) que perdieran involuntariamente el empleo y a partir de los 55 años vieran reducida su base de cotización respecto de la que tenían previamente. La ventaja consistía en la posibilidad de optar por una base reguladora más amplia que la que correspondería conforme a las reglas generales en cada momento.

Por otro lado, y en relación con las nuevas reglas sobre integración de lagunas de cotización, reconocimiento como cotizado de un mayor tiempo en caso de excedencia o reducción de jornada, así como la mejora del importe del complemento para la reducción de la brecha de género, para buscar su fundamento en el Pacto de Toledo hay que estar –obviamente– a la recomendación número 17, relativa a «Mujeres y Seguridad Social», que alude específicamente a tres aspectos que se reflejan en esta reforma:

[...] 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.

Se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias.

[...] trabajadores/as a tiempo parcial, un colectivo que está integrado principalmente por mujeres, en un alto porcentaje no por libre elección.

En todo caso, la filosofía del Pacto de Toledo era la de la flexibilidad, en aras de una fórmula más equitativa. Ciertamente, como se ha reprochado desde algunos agentes sociales, no se recoge una ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora. Cuando se habla de una progresiva ampliación es «del periodo cotizado necesario para alcanzar el cien por cien de la base reguladora», lo cual alude al porcentaje de la jubilación, no a la base reguladora, y como medida a evaluar.

Tampoco en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España se explicita una ampliación de la base reguladora, sino una flexibilización en la elección de bases. Así, bajo la rúbrica «Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación» (C30.R2-C), la reforma comprometida consistiría en:

[...] adecuar a la realidad actual de las carreras profesionales el periodo de cómputo para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, contemplando la posibilidad de elección de los años a integrar en la base reguladora en las carreras más largas, junto con una revisión del procedimiento de integración de lagunas en la carrera profesional.

Como se comprueba, en este punto, el plan no detalla la propuesta de modificación. En el ámbito mediático y político, el rumor apuntaba a una ampliación de 25 a 35 años (Chavannes, 2022, p. 351). No se concreta porque «[l]os términos en los que se concrete serán analizados en la mesa de diálogo social con los interlocutores sociales», según se recoge en el apartado «Involucración de *stakeholders*». Pero la filosofía que recoge sí es la de una ampliación, ya que en el apartado «Evidencia, análisis y datos que motiven la necesidad de la reforma» parte de que todas las reformas previas han aumentado el periodo a tomar

para el cálculo de la base reguladora, lo cual tiene un aspecto positivo (ajustarse al principio de contributividad), pero unas consecuencias obviamente negativas, que hacen que sea «importante complementarla con medidas que modulan sus efectos como la posibilidad de elección de años o la mejora del sistema de integración de lagunas de cotización». Por tanto, como «complemento», alude a la elección de años e integración de lagunas, pero sin renunciar a la reforma que fortalece la contributividad (y que preside todo el componente 30: sostenibilidad del sistema de pensiones), que es la extensión de la base reguladora.

Es más, a continuación, enfatiza en negrilla que la finalidad sigue siendo la misma que las reformas acometidas desde 1985, que es reforzar «el carácter contributivo del sistema», además de la «progresividad», lo que exige dos líneas de actuación: hacer «que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales».

Por tanto, pretende diferenciarse de las reformas previas en que quiere que sea más «progresiva» (lo que se explica en el contexto del principio de progresividad de la protección de Seguridad Social del art. 12.3 Carta Social Europea)¹⁷; «progresividad» que debe reflejarse en la «existencia de un avance» (Salcedo Beltrán, 2022, p. 542) (según la interpretación que realiza el CEDS), y eso se materializa en la mejora de la integración de lagunas e introduciendo como novedad la posibilidad generalizada de «la elección de años». Pero no renuncia a la ampliación de la base reguladora; cosa que se infiere, pero no explicita.

Ahora bien, el que fuera una ampliación de la base reguladora sí se explicitó en el anexo que recogía el «Acuerdo operativo» (*Operational Arrangements*) entre la Comisión Europea y España, que, pese a ser un documento interno calificado como «sensible», se hizo público en noviembre de 2021, y que en el cuadro correspondiente a esta medida, bajo la rúbrica «Ajuste del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación», en la descripción del objetivo se indica que es «ampliar el periodo de cómputo del cálculo de la pensión de jubilación»¹⁸. Por tanto, implícitamente se infiere en el plan que se ampliará; cosa que se explicita en el anexo, pero no el cuánto.

4.2. Reforma proyectada

A diferencia del objetivo anteriormente expuesto, el borrador incluye medidas no previstas en las recomendaciones del Pacto de Toledo y concreta la ampliación inferida del Plan de Recuperación.

¹⁷ Conforme a la interpretación realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), implica el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (Molina Navarrete, 2022, p. 67).

¹⁸ Exactamente, «*extending the computation period for the calculation of the retirement pension*», según se indica en la página 314 del anexo (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Documents/2021/101121-CountersignedESFirstCopy.pdf>).

No se trata solo de una mera ampliación temporal de la base reguladora, sino que las modificaciones contemplan tres cuestiones, que están conectadas, pero que presentan entidad propia: las nuevas reglas de cómputo de la base reguladora propiamente dichas, la reforma de la integración de lagunas, y medidas y nuevas acciones para reducir la brecha de género en pensiones.

4.2.1. La nueva base reguladora

Al contrario de otras reformas operadas en la materia, en las que el objetivo fue simplemente aumentar progresivamente el tiempo a considerar para la base reguladora, la novedad es que la ampliación es a 360 meses, pero permitiendo dejar fuera 24 meses (que se excluirán de oficio), por lo que el periodo efectivo a considerar sería realmente de 336 meses (28 años). En todo caso, son 30 años los que se tienen en cuenta, no 28. La fórmula recogida no deja lugar a dudas: se calcula sobre 30 años, pero se recalcula sobre 28, y a continuación se divide por una cifra que permite prorratear las pagas correspondientes a lo cotizado en 28 años.

Así, el artículo 1.3 del texto presentado propone una nueva redacción del 209.1 de la LGSS, sustituyendo las referencias temporales anteriores (300:350) por las nuevas (336:392), pero introduciendo el marco temporal de 30 años, lo que hace que la fórmula de la base reguladora no se calcule sobre 336 meses, sino sobre 360, si bien los 24 meses descartados tomarán el valor cero.

Ello da lugar a que por primera vez el dividendo de la fórmula no se corresponda exactamente con el divisor más 2 meses por año, porque, como de oficio se omitirán 24 meses, el divisor corresponde a un dividendo de 28 años.

En efecto, el nuevo artículo 209.1 de la LGSS (en cursiva lo propuesto que se modifique) pasaría a indicar que la base reguladora:

[...] será el cociente que resulte de dividir entre 392, *la suma* de las bases de cotización del interesado durante 336 meses anteriores al mes previo al hecho causante de la siguiente forma:

- a) *Se seleccionarán los 360 meses consecutivos e inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante.*
- b) Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora, según lo dispuesto en el apartado a), aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento y el resto de las mensualidades con el 50 % de dicha base mínima.

Es decir, el cálculo inicialmente se realiza sobre lo cotizado en 30 años (360 meses), dentro de los cuales se procederá a la integración de las lagunas si las hubiere, en principio como hasta ahora (aunque se añaden algunos matices que analizaremos en el epígrafe correspondiente). Y de esos 30, finalmente se computan 28 años (336 meses), en todos los casos (de oficio los 24 peores meses se eliminan), dividiendo por 392, que es la cifra que permite prorratear 2 pagas por 28 años que se toman en consideración.

El nuevo algoritmo matemático en esencia es similar al precedente, salvo la sustitución de 300 por 360 en la segunda sumatoria del dividendo; y 350 por 392 en el divisor. Como hemos indicado, es novedoso que el divisor no sea el que equivaldría a añadir al periodo usado para el dividendo 2 meses más por año (al ser 360, lo normal hubiera sido dividir por 420). Ello deriva de la necesidad de adaptar la fórmula a la gran innovación incorporada por la reforma: tras la suma y actualización de las cotizaciones correspondientes a 360 meses, deben suprimirse 24. De lo contrario, la fórmula no permitiría hacer una correcta distribución de las pagas extraordinarias, ya que se dividiría 360 entre 392, cuando a 30 años habría que sumar 60 meses, es decir, se debería dividir por 420; cosa que no procede al eliminar de oficio 24 meses.

Matemáticamente, la fórmula se expresa del siguiente modo:

$$BR = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{360} \frac{B_i I_{25}}{I_i}}{392}$$

La lectura del algoritmo tiene, lógicamente, novedades (las remarcamos en cursiva), aunque alguna de las incorporadas no corresponde a un cambio derivado de la reforma actual, sino que se aprovecha para explicitar una regla clásica, como es el índice de actualización de bases anteriores al mes 25, que se hace conforme al IPC del mes 25 (I_{25}).

BR = base reguladora.

B_i = base de cotización del mes i -ésimo anterior al mes previo al del hecho causante (tomará valores entre 25 y 360).

I_{25} = *índice general de precios al consumo del mes 25 anterior al mes previo al del hecho causante* (remarcar que esta explicación se recoge como algo novedoso en el sentido de que se omitía en la norma anteriormente, pero la regla no es nueva, obviamente).

Las 24 bases de cotización B_i , descartadas tomarán valor 0 en la fórmula.

Siendo $i = 1, 2, \dots, 360$.

De las 360 bases actualizadas conforme al apartado c), se eliminarán de oficio las bases de cotización de menor importe hasta alcanzar un total de 24.

La secuencia del cálculo no se compone de dos fases, como hasta ahora (suma de bases del periodo en cuestión, actualizadas previamente todas salvo las últimas 24; y división entre los meses computados añadiendo 2 meses por año), sino de tres fases. A saber:

- Suma de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos 30 años (360 meses); bases a las que se les aplicarán las reglas correspondientes a la actualización (actualizadas las anteriores al mes 25, y por su valor nominal las 24 más recientes) y las reglas que procedan para integrar las lagunas que eventualmente existan.
- A esas bases (360), de oficio se les omiten las 24 mensualidades con importes más reducidos, de modo que nos quedaríamos con 336.
- Y a continuación se divide por 392.

Respecto de su entrada en vigor, no hay coincidencia entre lo prevenido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (conforme al que sería a partir de 2023) con lo previsto en el borrador, que sería –progresivamente– en 2027 (disp. final primera texto presentado). Y sería progresivo, como desarrollamos a continuación, porque no será hasta 2038 cuando se tomen los 30 años y se puedan descartar 24 meses.

Como toda reforma que amplía el periodo de cómputo de la base reguladora, se acompaña de unas normas transitorias (art. 1.9 borrador). Ahora bien, a diferencia de las reformas precedentes (*v. gr.*, disp. transitoria octava LGSS), la disposición transitoria no explicita cuáles son las bases reguladoras correspondientes a cada anualidad, sino que se limita a indicar los meses en los que se extiende el periodo del que se «pueden» («deben», tendría que decir) seleccionar los mejores meses, y los de efectiva extensión del periodo de cómputo; ambas extensiones de modo paralelo. Así:

- Los meses que se irán sumando a la base reguladora (partiendo de los actuales 300, sumando 3 en 2027 –303– hasta llegar a 336 en 2038): 3 meses por año, a partir de 2027.
- Y los meses a tomar para el cálculo de los mejores: 5 meses por año, a partir de 2027.

Por tanto, en los 12 años que van desde 2027 a 2038, cada año podrán descartarse 2 meses hasta llegar a los 24.

No se hace mención de cuál será el divisor durante el periodo transitorio, que entendemos deberá ser el equivalente al número de meses efectivos tomados para la base, dividido entre 12 y multiplicado por 2. El resultado de este incremento de 3 meses es que el divisor tendría decimales en la mitad de los años que comprenden el periodo de aplicación gradual.



Por otro lado, hay que subrayar que la aplicación gradual es muy suave, a razón de 3 meses por año (5 si contamos el total, no solo el efectivo), lejos de los 12 meses por año que se contemplaron en la Ley 27/2011 (10 años en un periodo de 10 años, de 2013 a 2022), aumentando la base 3 años en un periodo de 12 años (de 2027 a 2038). Y a ello se le suma una *vacatio legis* importante, porque hasta 2027 –según hemos señalado– no se aplicaría la nueva base.

El artículo 1.9 del borrador presentado recoge un cuadro con la aplicación gradual de la nueva base reguladora:

Año	Meses de extensión del período de cómputo	Meses de extensión del período del que se pueden seleccionar los mejores meses
2027	3	5
2028	6	10
2029	9	15
2030	12	20
2031	15	25
2032	18	30
2033	21	35
2034	24	30
2035	27	45
2036	30	50
2037	33	55
2038	36	60

Fuente: artículo 1.9 texto presentado.

Si calculamos la base reguladora (BR), recogiendo el divisor, durante ese periodo transitorio sería la siguiente:

Año	BR	Meses para la selección de bases	Meses a descartar	Meses a computar
2027	305 – 2/353,5	305	2	303
2028	310 – 4/357	310	4	306
2029	315 – 6/360,5	315	6	309
2030	320 – 8/364	320	8	312
2031	325 – 10/367,5	325	10	315
2032	330 – 12/371	330	12	318
2033	335 – 14/374,5	335	14	321
2034	340 – 16/378	340	16	324
2035	345 – 18/381,5	345	18	327
2036	350 – 20/385	350	20	330
2037	355 – 22/388,5	355	22	333
2038	360 – 24/392	360	24	336

Fuente: elaboración propia.

4.2.2. Valoración de la nueva base reguladora

La ampliación del tiempo para el cálculo de la base reguladora (28 años –336 meses– dentro de los últimos 30 años) consideramos que ha de valorarse en la perspectiva de las ampliaciones acaecidas desde 1985 hasta la fecha, y en esa secuencia es la más reducida de las acometidas, y la más equitativa. Y puede vaticinarse sin temor a errar que no será la última en ampliar el marco temporal de la base reguladora, culminando con la totalización de la vida laboral cotizada, como se recogió expresamente en el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, firmado en Madrid el 9 de abril de 2001 por

el Gobierno, CC. OO. y CEPYME¹⁹, si bien con posterioridad no se ha vuelto a explicitar tan rotundamente. En la perspectiva de las reformas racionalizadoras, en 1985 se inició un camino hacia destino claro, pero que no se implementó de inmediato para evitar la contestación social, aunque socialmente nadie duda que acabará computándose toda la vida laboral, sobre todo a medida que se acerca la jubilación de la generación del *baby boom*. El que sea un hecho asumido social y políticamente hará que las reformas se vayan aprobando sin gran contestación.

La más reducida. En efecto, recordemos las etapas transitadas en este camino, en las que se ha pasado de computar hasta 1985 los 24 meses ininterrumpidos elegidos por la persona beneficiaria dentro de los 7 últimos años, pasando con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, a los 8 últimos años (96 meses); 15 tras la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (180 meses); y 25 con la Ley 27/2011 (300 meses) (en todos los casos con una aplicación progresiva). Por tanto, el periodo a considerar para la base reguladora se incrementó respecto a la situación precedente un 300 % con la reforma de 1985; un 87,5 % con la de 1997; un 66,5 % con la de 2011; y un 12 % con la propuesta en noviembre de 2022. En consecuencia, el presentado ahora es un incremento comedido, casi lo justo para cumplir el compromiso adquirido con la UE.

Y la más equitativa. Si lo dejáramos en el aspecto cuantitativo, no ponderaríamos en su justa medida la novedad propuesta, y es que lo destacable es que si bien se amplía el periodo de cómputo, lo hace abriendo un marco temporal en el que hay un margen (estrecho, eso sí) para la exclusión de los peores meses: 24 meses. Es una flexibilización con la que se busca dar respuesta a la diversidad de carreras profesionales existentes, en las que no necesariamente hay una evolución ascendente en lo profesional. De las diferentes alternativas que había, se enmarca en la que algunos autores consideraron como «asumibles», porque sería posible «que no fuera necesariamente negativo respecto de la cuantía final de las pensiones» (Monereo Pérez, 2022, p. 167).

Además, viene acompañada de unas reglas transitorias absolutamente generosas en relación con las aprobadas en 2011 (que recordemos eran de incrementar 12 meses por año), y ahora será de 3 meses por año (5 si sumamos el periodo sobre el que se eliminarán 2 meses), a lo que se añade una *vacatio legis* que difiere hasta 2027 su implementación.

Una opción podría haber sido ampliar el cómputo de la base a toda la vida laboral (por ejemplo, 37 años, que es lo que actualmente da lugar al 100 % del porcentaje aplicable,

¹⁹ El apartado V señalaba que:

Manteniendo el actual método de actualización de las bases de cotización, se revisará el sistema de cálculo de la base reguladora, de manera que se tenga en cuenta, de forma progresiva, el esfuerzo realizado por el trabajador a lo largo de su vida laboral.

lo que dotaría de coherencia al sistema, al tener una misma referencia temporal de qué se considera la vida laboral completa) y dentro de esa horquilla dejar fuera unos años. Quizá hubiera sido una opción más atrevida y definitiva, evitando nuevas entregas que realmente solo generan incertidumbre. Pero en su contra habría dos obstáculos: uno, su aprobación por los agentes sociales y la opinión pública (basta ver la reacción que ha provocado incluso dentro del Gobierno esta medida, y la falta de acuerdo social aún); y otro, que el concepto de «vida laboral completa» no está cerrado en nuestro sistema, como se pone de manifiesto por el hecho de que la recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 2020 indica que «[i]gualmente se evaluará la progresiva ampliación del periodo cotizado necesario para alcanzar el 100 % de la base reguladora, prevista por ley».

La voluntad del ministerio, expresada por su titular y recogida en el Plan de Resiliencia, no era la de reducir el importe de las jubilaciones, sino la «adecuación a las nuevas carreras profesionales» del cálculo de la base reguladora, señalando que:

La medida pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales. Se ha de tener en cuenta que el efecto medio de calcular la pensión sobre un determinado periodo de referencia no es uniforme en las cuantías de las pensiones, pues depende de las características concretas de cada carrera de cotización.

En esta línea, recordemos que, en la reunión del 28 de noviembre de 2022, el equipo ministerial indicó a los agentes sociales que esta reforma acabaría elevando un 0,42 % de media las bases reguladoras, y protege mejor las pensiones de las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo ante carreras laborales menos lineales, cada vez más frecuentes.

El ministerio asume que el trabajo atípico no solo es cada vez más frecuente, sino el más típico (en la línea de la propia Organización Internacional del Trabajo –OIT–²⁰). De lo contrario no tendría sentido implementar una medida generalizada, habiendo podido recurrir a otros mecanismos, como los que se contemplaban en el Real Decreto 1716/2012 para las personas mayores de 55 años que hubieran visto reducida su base de cotización respecto de la

²⁰ Como advierte el informe OIT (2015):

Las nuevas tecnologías y los cambios en la forma en que las empresas organizan la producción son factores determinantes de [...] la extensión de las nuevas formas de trabajo. De ahí que la consecución del modelo de empleo estándar para la mayoría de los trabajadores sea cada vez más difícil. Por consiguiente, las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También se debería tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo (OIT, 2015, p. 4).

que tenían previamente (que podían optar por una base reguladora más amplia que la que correspondería conforme a las reglas generales en cada momento). Con esa lógica, podría haberse articulado un periodo de cálculo alternativo, a elección de la persona trabajadora. Pero se ha optado por un sistema general ampliado moderadamente y acompañado de reglas que suavizan el impacto entre las mujeres trabajadoras, que son las que más lagunas presentan en su carrera de seguro. Y es que las fórmulas empleadas en los países de nuestro entorno reflejan que el periodo temporal español sigue lejos de los vigentes en la mayoría²¹.

4.2.3. Novedades en la integración de lagunas

El Plan de Resiliencia parte de que, lógicamente, el aumento del periodo para el cálculo de la base reguladora «puede tener efectos negativos, por eso es importante complementarla con medidas que modulan sus efectos como la posibilidad de elección de años o la mejora del sistema de integración de lagunas de cotización».

Aquí es donde encontramos la principal manifestación de solidaridad de esta reforma, con notables mejoras de la integración de lagunas, tanto en una perspectiva de género como para las personas trabajadoras a tiempo parcial en general (no así para las personas trabajadoras autónomas). No obstante, ya adelantamos que no se han recuperado todos los derechos suprimidos con la Ley 27/2011 en la materia, y la regulación propuesta para las personas trabajadoras por cuenta propia es extremadamente insuficiente.

Recuérdese que el mecanismo de la integración de lagunas se prevé para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación en los artículos 197 y 209 de la LGSS, al ser las prestaciones que tienen unas bases reguladoras más extensas y que por tanto hay más posibilidades de presentar lagunas, además de que en las pensiones por muerte y supervivencia las bases son o bien las 24 mejores en los últimos 15 años (en caso de contingencia común), o el salario real anual (contingencias profesionales).

También era restrictivo en su ámbito subjetivo, dado que hasta 2023 (y tras diversas prórrogas) no se ha extendido al sistema especial del hogar²², y las personas trabajadoras autónomas siguen sin tenerlo, hasta lo previsto por esta propuesta, que tampoco puede ser considerada una equiparación en absoluto.

²¹ Austria: los mejores 34 años, si bien está previsto que en 2028 alcancen los 40 años; Bélgica, toda la vida laboral; Francia, los 25 mejores años; Alemania, toda la vida laboral (35 años); Italia, toda la vida laboral para quienes se incorporaron al mercado de trabajo con posterioridad a 1 de enero de 1996 (35 años); Portugal, 40 años (si excede esta cifra, los mejores 40 años); la mayoría del resto de Estados: toda la vida laboral. Datos recogidos en Grupo Interuniversitario de Estudios sobre Pensiones Públicas, Seguridad Social Universal y Democracia Sustantiva. Fundación Largo Caballero (2022, p. 27).

²² Número 4 de la disposición transitoria decimosexta de la LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre.

Respecto del contenido de la integración de lagunas, el borrador no revierte los recortes introducidos con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, conforme con la que –desde 2013– la integración de lagunas dejó de ser del 100 % de la base mínima en todas las lagunas, siendo del 50 % desde la laguna número 49. Como veremos, esto solo se ha reformado en caso de mujeres y con limitaciones temporales y sin recuperar el 100 %. Analicemos los cambios propuestos por el ministerio.

4.2.3.1. Periodo sobre el que integrar las lagunas de cotización

Dado que en el cálculo de la nueva base reguladora hay dos periodos temporales (28 años dentro de los últimos 30), el número 1 del artículo 209 aclara que las lagunas se integrarán en los 30 años: en los 360 meses consecutivos e inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante. Debemos valorarlo como una opción positiva para la persona asegurada, al posibilitar que sean algunos de los meses que finalmente se omitan para el cálculo de la base reguladora.

Junto a ello, se introduce una precisión para los supuestos en los que la laguna no abarca todo el mes. En esas situaciones, como hasta ahora, la integración será solo por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer periodo no alcance la cuantía de la base mínima mensual *establecida para el régimen en el que se efectuó la cotización*. Este último matiz (en cursiva lo añadido en el borrador) es la novedad, ya que en la redacción precedente se hablaba de la «base mínima mensual señalada», sin diferenciación por regímenes. La explicación de la novedad reside en que –como ya hemos adelantado– el borrador prevé que la integración de lagunas también sea de aplicación en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

4.2.3.2. Integración de lagunas en el trabajo a tiempo parcial

Como se sabe, en nuestro derecho de la Seguridad Social, el cálculo de la base reguladora de la relación laboral a tiempo parcial presenta particularidades en cuanto a la integración de lagunas, en el sentido de que no se hará conforme con la base mínima general, sino conforme con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término (art. 248.2 LGSS). Pues bien, recuérdese que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en la Sentencia de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, Lourdes Cachaldora) como el Tribunal Constitucional (Sentencia 110/2015, de 28 de mayo) declararon que las normas españolas que regulan la integración de lagunas no discriminan por razón del sexo²³.

²³ Consideró que, dado que estas reglas no se aplican a todas las personas trabajadoras a tiempo parcial, sino únicamente a aquellas cuyas cotizaciones se hayan visto interrumpidas, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de personas trabajadoras a tiempo parcial considerados en su totalidad

Criticando que la integración dependiera del tipo de relación existente antes de la laguna (por ser algo meramente azaroso), la doctrina venía reclamando un nuevo tratamiento de la integración de lagunas en tales casos, sin que dependiera del azar el que se integren con bases a tiempo completo o parcial, pues no puede calificarse sino de «azar» el que la integración solo tome en cuenta el mes anterior a la laguna (*cf.* Maldonado Molina, 2018, pp. 47-49 y 51).

Por ello, saludamos que el artículo 1.4 del borrador proponga modificar esta importantísima cuestión, dando una nueva redacción al último inciso del artículo 248.2 de la LGSS, señalando que en tales casos la integración se realizará con la base mínima de cotización de *todas las existentes en el régimen que reconozca el derecho a la pensión*. Por tanto, las primeras 48 mensualidades al 100 % y el resto al 50 % (salvo que se trate de mujer, como veremos en el epígrafe 4.2.3.4). Se materializa, en consecuencia, una reivindicación importante, que iguala en derechos a las personas trabajadoras a tiempo parcial y completo; cuestión que –pese a los datos ofrecidos en su momento– es evidente que tiene también una notable dimensión de género.

4.2.3.3. Integración de lagunas en el trabajo autónomo

Otra asignatura pendiente en nuestro derecho de la Seguridad Social era la cobertura de las lagunas de los trabajadores/as autónomos. La disposición final cuadragésima cuarta de la LPGE para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre) dispuso que:

El Gobierno iniciará, a la mayor brevedad, los trabajos y consultas necesarios para emprender las reformas normativas que supriman la situación discriminatoria que sufren autónomos y trabajadores agrarios [...] respecto de la integración de lagunas de cotización, cuando tal obligación no existe, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación aplicadas en el régimen general, implantando para estos los mismos o equivalentes mecanismos a los previstos para la integración de lagunas de cotización en el régimen general de la Seguridad Social.

Con el borrador presentado se contempla esta regulación, aunque muy lejos de introducir un mecanismo equivalente al régimen general de la Seguridad Social, por lo que –tal y como se recoge en el borrador de noviembre de 2022– sigue siendo una cuestión pendiente de abordar. En efecto, el artículo 1.5 del texto presentado propone añadir un segundo párrafo al artículo 322 de la LGSS, señalando:

no serán pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. De hecho, no puede descartarse que algunas personas trabajadoras a tiempo parcial pudieran verse igualmente favorecidas por la norma: así, los datos estadísticos en los que el órgano jurisdiccional remitente basó sus apreciaciones no permiten considerar que el colectivo de personas trabajadoras perjudicadas por aquella disposición adicional esté mayoritariamente compuesto por personas trabajadoras a tiempo parcial y, más concretamente, por mujeres trabajadoras. En consecuencia, esta disposición no se calificó de medida indirectamente discriminatoria.

En los supuestos en que en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, periodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes 6 meses de cada uno de dichos periodos con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento en el régimen.

Como se ve, nos encontramos ante una integración mucho más escueta, limitada a 6 meses (en los que la integración es con la base mínima), y solo tras la extinción de la prestación económica por cese de actividad, lo cual reduce las eventuales lagunas integradas a la mínima expresión y por un tiempo muy reducido. Téngase en cuenta que estamos hablando de una prestación muy reciente (Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que entró en vigor el 6 de noviembre de 2010), de la que no empezó a haber personas beneficiarias hasta 2012 (al requerirse un periodo de carencia de 1 año, siendo necesario además un desarrollo reglamentario que no tuvo lugar hasta noviembre de 2011²⁴), y caracterizada por ser extraordinariamente restrictiva, de forma que el número de personas autónomas beneficiarias de esta prestación (salvo las procedentes de la prestación extraordinaria por cese de actividad derivada de la pandemia de la COVID-19) ha sido casi simbólico²⁵ y por unos tiempos mucho más reducidos que la cobertura equivalente del régimen general de la Seguridad Social.

Esta regla (exigir haber percibido la prestación por cese de actividad) se aparta de la lógica de la integración de lagunas, que solo exige que no exista obligación legal de cotizar en tales periodos, lo cual abarca tanto las situaciones de alta o asimilada al alta para las que no se exija tal obligación como aquellas otras situaciones en que no hubiera existido tal obligación simplemente por encontrarse la persona trabajadora en situación de no alta (esa era la diferencia respecto del supuesto de hecho del que deriva la doctrina del paréntesis).

4.2.3.4. Integración de lagunas de mujeres, y hombres en caso de brecha de género

Con la ampliación del periodo a considerar para la base reguladora, la brecha por género de las pensiones se incrementa; cuestión que reconoce tanto el Pacto de Toledo como el Plan de Resiliencia. Así, la recomendación número 17 (titulada «Mujeres y Seguridad Social») del Pacto de Toledo indica:

²⁴ Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre.

²⁵ Los datos recogidos en las estadísticas de la Seguridad Social (de 2013 a 2020) reflejan la poca eficacia que tendrá la integración de lagunas condicionada a haberse extinguido el cese de actividad. Así, 2.721 (año 2013); 2.854 (año 2014); 3.372 (año 2015); 2.165 (año 2016); 1.938 (año 2017); 1.976 (año 2018); 1.497 (año 2019); 1.978 (año 2020) (<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2562>).

Deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales. Se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias.

Por ello, para amortiguar dicho impacto, el artículo 1.10 del texto presentado propone introducir una nueva disposición transitoria XXX4, titulada «Integración de lagunas en tanto la brecha de género sea igual o superior al 5 %», que señala:

1. En el régimen general, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 209.1, para la integración de lagunas en la cotización debido a la incidencia que la brecha de género tiene en las pensiones contributivas, en el supuesto de las mujeres, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la mensualidad cuadragésima novena a la septuagésima segunda, se integrarán con el 60 % de la base mínima de cotización de entre todas las existentes en cada momento.

En el supuesto de los hombres se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, siempre que en relación con alguno de los hijos concurren los requisitos establecidos en las reglas 1.^a y 2.^a del artículo 60.1 b), tengan o no derecho al complemento.

2. Esta previsión quedará sin efecto en el momento en el que, conforme a lo previsto en la disposición adicional trigésima séptima.⁴, se deroguen las medidas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas de Seguridad Social.

3. La financiación de la integración de lagunas en la cotización para la reducción de la brecha de género se realizará mediante transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

Ahora bien, en la reunión de 12 de diciembre de 2022, el ministerio mejoró la propuesta en aras de conseguir el ansiado acuerdo, aunque fue en vano. En concreto, se propone que de los meses 49 a 72 la integración de lagunas sea el 80 % de la base mínima correspondiente, pero solo a mujeres (u hombres en caso de interrupción laboral por nacimiento) cuyas lagunas tuvieran lugar cuando tenían entre 35 y 45 años²⁶.

De modo resumido, las medidas sugeridas tanto el 28 de noviembre como el 12 de diciembre de 2022 quedarían como sigue:

²⁶ <https://elpais.com/economia/2022-12-12/escriva-ofrece-mejoras-en-las-lagunas-de-cotizacion-pero-los-sindicatos-las-consideran-insuficientes.html>

- Las mujeres que tengan que recurrir a la integración de lagunas, desde los meses 49 a 72, no las verán integradas con el 50 % de la base mínima de cotización (como sería aplicando la regla general), sino con el 60 %; porcentaje que sería el 80 % si la laguna se produce entre los 35 y 45 años.
- Los hombres podrán beneficiarse de las mismas reglas, pero únicamente si con alguno de sus hijos/as concurren los requisitos previstos para el complemento por brecha de género para ellos, aunque no se requiere que tengan derecho al mismo.
- Estas reglas, al igual que sucede con el propio complemento por brecha de género, se condicionan a que la brecha de género sea igual o superior al 5 %.
- Su entrada en vigor, sin embargo, se pospone hasta 2027 (disp. final primera borrador de reforma); cuestión que no se comprende.

El balance globalmente es positivo. Entre la medida que integra al 100 % las lagunas de las personas trabajadoras a tiempo parcial (las 48 primeras mensualidades) y esta que hace que el resto se integren 10/30 puntos más que la regla general (que queda para los hombres, salvo excepciones), se compensa en buena parte la brecha de género. Junto a estas medidas (y el complemento por brecha de género), el documento presentado propone añadir nuevas medidas con perspectiva de género.

En definitiva, se produce una notable reforma de la integración de lagunas, que, si bien no las sitúa en el escenario anterior a 2013 (integración con el 100 % de las bases, cualquiera que sea la laguna), sí avanza en la cobertura de las personas trabajadoras a tiempo parcial y en las mujeres. Por el contrario, es frustrante en el caso de los autónomos/as.

4.2.4. Otras reformas con perspectiva de género

Además de la importante reforma relativa a la integración de lagunas de cotización, y conscientes de la necesidad de amortiguar el impacto que en la brecha de género en materia de pensiones tiene la ampliación del periodo que comprende la base reguladora, se propone una batería de medidas. Son las siguientes:

4.2.4.1. Otras reformas con paramétricas en el cálculo de las prestaciones de acción positiva en favor de las mujeres

El artículo 1.6 del borrador propone modificar el número 2 de la disposición adicional trigésima séptima de la LGSS, que pasaría a quedar redactado como sigue:

2. Además del complemento por brecha de género del artículo 60, en el marco del diálogo social, se podrán fijar con carácter temporal otras medidas paramétricas en el cálculo de las prestaciones de acción positiva en favor de las mujeres.

Queda abierta la incorporación de nuevas medidas en el marco del diálogo social (algo que hay que poner en valor igualmente, ya que es la vía adecuada para la aprobación de reformas de esta naturaleza). Solo cierra dos cuestiones. Una, que deberán ser medidas temporales, en tanto la brecha de género sea igual o superior al 5 %. Otra, que actuarán sobre el cálculo de las prestaciones (no necesariamente, por tanto, las pensiones) y medidas paramétricas, como pueden ser el porcentaje aplicable a la pensión u otras prestaciones.

Junto a esta medida abierta contenida en el borrador del 28 de noviembre de 2022, en la reunión del 12 de diciembre de 2022 se añadieron nuevas propuestas con perspectiva de género. Son las que siguen.

4.2.4.2. Ampliación de los años reconocidos como cotizados en caso de excedencia por cuidado de familiares

Se propone ampliar el periodo que se considera como asimilado a cotizado en caso de excedencia laboral para el cuidado de familiares hasta el segundo grado (por consanguinidad o afinidad), distintos de los hijos/as, que pasaría de 1 a 3 años, equiparándose, por tanto, la excedencia por cuidado de hijos/as menores (o incapacitados) con los/las familiares hasta el segundo grado que no puedan valerse por sí mismos (por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad) y no desempeñen actividad retribuida (art. 237.2 LGSS). Recuérdese que esta excedencia es la prevista en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, que como regla general es un máximo de 2 años, salvo que la negociación colectiva contemple una duración mayor, por lo que la asimilación a cotizada solo alcanzará el periodo máximo en caso de que se contemple dicha extensión de la excedencia en la negociación colectiva.

4.2.4.3. Ampliación de los años reconocidos como cotizados en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos/as u otros/as familiares

Igualmente, en caso de reducción de jornada para cuidado de menor de 12 años o familiar, el periodo se computa como cotizado al 100 % en la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal. En caso de hijos/as se ampliaría de 2 a 3 años, y si se trata de familiares, de 1 a 3 años (art. 237.3 LGSS).

4.2.4.4. Incremento adicional del complemento para la reducción de la brecha de género

Y, por último, se prevé una mejora del complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 de la LGSS, cuya cuantía se fija anualmente en la LPGE. Se propone que, además de la revalorización anual²⁷, sea objeto de un incremento del 10 % en el periodo comprendido entre 2024 y 2025.

Recuérdese que, respecto de la cuantía, frente al desafortunado «complemento por aportación demográfica», el complemento para la reducción de brecha de género pasó de ser un porcentaje a un importe fijo, lo cual hace que ya no se favorezca especialmente a las mujeres con rentas altas (como ocurría con su precedente) (Rodríguez Cardo, 2016, p. 12), mientras que «con la nueva fórmula se logra el efecto contrario, favoreciéndose las pensiones medias o bajas» (Gala Durán, 2021, p. 146).

Es una medida positiva, de la que el propio sistema puede verse beneficiado, ya que contribuirá a que la brecha de género se reduzca antes, lo que, a la par de ser una conquista social, para el sistema determinará un importante ahorro, no solo porque desaparecerá este complemento, sino por las demás reglas que se condicionan a la existencia de brecha de género en pensiones, como es la relativa a la integración de lagunas de cotización del mes 49 al 72.

Por lo demás, esta medida se enmarcaría dentro del Plan estratégico para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 2022-2025²⁸, que en su punto 217 propone:

[la] consolidación del reconocimiento y abono del complemento para la reducción de la brecha de género con el que se persigue compensar el perjuicio causado, mayoritariamente a las mujeres, en sus carreras laborales, al considerar la maternidad como una de las principales causas de la existencia de la brecha de género en la pensión, y estará en vigor mientras la brecha de género de las pensiones sea superior al 5 %.

²⁷ En 2021 fue 27 euros mensuales (14 pagas), pasando en 2022 a 28 euros, incrementándose a 29,30 euros en 2023 (la subida ha sido el incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los 12 meses previos a diciembre de 2022, conforme a la disp. adic. trigésima sexta de la LPGE para el año 2023 –Ley 31/2022, de 23 de diciembre–).

²⁸ https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/planesprogramas.htm?id=PLANESPROGRAMAS_1030&lang=es. Sobre el mismo, Ballester Pastor (2022, pp. 968-969).

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, I. (2022). Mujeres y pensiones: la «brecha de género» de las pensiones contributivas. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. Tomo II* (pp. 955-990). Ediciones Laborum.
- Chavannes, M. (2022). Los fondos europeos *NextGenerationEU* y las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones en los Planes de Recuperación y Resiliencia de España, Italia, Francia y Alemania. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. Tomo I* (pp. 337-366). Ediciones Laborum.
- Devesa, J. E., Devesa, M., Domínguez, I., Encinas, B. y Meneu, R. (2022). *Efectos de la ampliación a 35 años del cálculo de la base reguladora, eligiendo los 25 mejores, en el sistema de pensiones de jubilación español*. Working Papers IVIE, 2022-06. http://doi.org/10.12842/WPIVIE_0622
- Devesa, J. E., Devesa, M., Domínguez, I., Encinas, B., García Díaz, M. A. y Meneu, R. (2022). *Efectos de la ampliación a 30 años del cálculo de la base reguladora, eligiendo los 28 mejores, en el sistema de pensiones de jubilación español*. https://www.uv.es/pensiones/docs/pensiones-jubilacion/BR30_28+.pdf
- Gala Durán, C. (2021). El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba? *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 121-159.
- Grupo Interuniversitario de Estudios sobre Pensiones Públicas, Seguridad Social Universal y Democracia Sustantiva. Fundación Largo Caballero. (2022). *Condiciones y alternativas de ampliación del periodo de cálculo de la pensión de jubilación: ¿hacia un nuevo concepto de «pensión pública integralmente sostenible (económica y socialmente)»?* [Documento de trabajo interno, inédito].
- Maldonado Molina, J. A. (2018). El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 25-53. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1538>
- Maldonado Molina, J. A. (2022a). La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 30, 63-89. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/560>
- Maldonado Molina, J. A. (2022b). Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 149-188. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.4047>
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021). *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*. https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_27/pdfs/2.pdf
- Molina Navarrete, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2023). Garantías salariales y de rentas sociales sustitutivas en clave europea: ¿lo «político-económico» por encima de lo «jurídico-social»? *Revista de*

- Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 5-19. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11471>
- Monereo Pérez, J. L. (2022). *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*. Atelier.
- OIT. (2015). *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación* [Resumen ejecutivo]. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368643.pdf
- Rodríguez Cardo, I. A. (2016). El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (y II). *La Ley*, 2713/2016.
- Salcedo Beltrán, C. (2022). La reforma del sistema de pensiones y el compromiso de elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social: vidas paralelas. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. Tomo I* (pp. 522-548). Ediciones Laborum.

Juan Antonio Maldonado Molina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, especializado en pensiones. Investigador principal en diversos proyectos sobre envejecimiento y autor de más de 200 publicaciones. Dirige el Máster en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Granada (UGR), así como el Máster Universitario en Gerontología, Dependencia y Protección de los Mayores de la UGR. Miembro del Grupo de Estudios «Pensiones Suficientes, Seguridad Social Universal y Democracia Sustantiva» de la Fundación Largo Caballero. Secretario del departamento desde 2014. <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada

María Alexandra Díaz Mordillo

*Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cáceres (España)*
maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Molero Marañón, don Ignacio Carvajal Gómez-Cano, don Eduardo López Ahumada, doña María José López Álvarez y don Álvaro Rodríguez de la Calle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La familia monoparental es una realidad social muy extendida en España, puesto que existen casi 2 millones de hogares en esta situación según el último dato publicado. Se da la circunstancia, además, de que en el 81 % de ellos la titularidad es femenina. A pesar de concurrir esta condición en un número tan importante de personas, no existe una definición oficial del concepto que sirva para agrupar núcleos familiares de muy diferente índole, alcanzando incluso a la convivencia con otros familiares más alejados de la relación paternofamiliar.

La falta de regulación normativa, fuera de lo dispuesto por alguna comunidad autónoma, provoca desigualdad. Hasta ahora, las medidas de protección social y económica articuladas en torno a este modelo adolecen de una regulación estatal integral y se han ido configurando según necesidad. En materia de Seguridad Social, se ha utilizado un sistema de protección reforzada similar al dispensado para la familia numerosa, pero otorgando un tratamiento diferente según la ayuda de la que se trate y de la entidad que la gestione.

A lo largo del texto se analizarán las medidas que, de manera directa (intencionada) o indirecta, afectan a estos núcleos familiares y su acción protectora, incluyendo posibles actuaciones correctoras según la naturaleza de cada una de ellas.

Palabras clave: familia; monomarental; monoparental; acción protectora; protección social; ingreso mínimo vital; prestaciones.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Revisado: 21-11-2022 / Publicado (en avance *online*): 08-02-2023

Cómo citar: Díaz Mordillo, M. A. (2023). Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 61-86. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3319>



Social Security and the one parent family: the disadvantages of unfinished protection

María Alexandra Díaz Mordillo

*Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cáceres (España)*
maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

This paper has won a finalist in the **Financial Studies 2022 Award** in the Labour and Social Security Law. The jury members were: Mrs. María Luisa Molero Marañón, Mr. Ignacio Carvajal Gómez-Cano, Mr. Eduardo López Ahumada, Mrs. María José López Álvarez and Mr. Álvaro Rodríguez de la Calle. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

The one parent family is a widespread social reality in Spain, since there are almost 2 million households in this situation according to the latest data published. It also happens that in 81 % of them the ownership is female. Despite this condition occurring in such a large number of people, there is no official definition of the concept that serves to group family nuclei of very different nature, even reaching coexistence with other relatives further away from the paternal-filial relationship.

The lack of regulatory regulation, outside the provisions of some autonomous community, causes inequality. Until now, the social and economic protection measures articulated around this model suffer from comprehensive state regulation and have been configured as needed. In the area of Social Security, a reinforced protection system similar to that provided for large families has been used, but providing different treatment depending on the aid in question and the entity that manages it.

Throughout the text, the measures that, directly (intentionally) or indirectly, affect these family nuclei and their protective action will be analyzed, including possible corrective actions according to the nature of each of them.

Keywords: family; monomarental; single parent; protective action; social protection; minimum vital income; benefits.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Revised: 21-11-2022 / Published (online preview): 08-02-2023

Citation: Díaz Mordillo, M. A. (2023). Social Security and the one parent family: the disadvantages of unfinished protection. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 61-86. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3319>



Sumario

1. La monoparentalidad como concepto
 2. La cobertura actual en materia de Seguridad Social. Antecedentes
 - 2.1. La pensión de viudedad con cargas familiares
 - 2.2. La pensión de orfandad absoluta
 - 2.3. Bonificaciones por ostentar la condición de familia numerosa
 3. Las prestaciones familiares de naturaleza no contributiva y el uso del concepto de monoparentalidad
 4. Prestaciones por nacimiento
 5. Subsidio por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave y monoparentalidad
 6. La monoparentalidad en la regulación del ingreso mínimo vital
 7. Los retos pendientes
- Referencias bibliográficas

1. La monoparentalidad como concepto

Aunque no existe una definición legal única del concepto de familia monoparental (Avilés Hernández, 2015, p. 213), suelen agruparse bajo este término aquellos núcleos familiares en los que solo existe un progenitor (Barrón López, 2002, pp. 13-14), sea cual sea la razón: de origen, por defunción, por desaparición o por pérdida de la patria potestad de uno o de los dos progenitores¹. También se incluyen aquellos en los que existen dos progenitores, pero la guarda y custodia de los hijos recae en exclusiva sobre uno de ellos, la progenitora ha sido víctima de violencia de género por parte del progenitor o se produce una ausencia temporal o forzada de uno o de los dos padres (Iglesias de Ussel, 1988).

Históricamente ya se habían utilizado diferentes términos para designar este tipo de familias², pero no será hasta mediados de los años setenta del pasado siglo cuando el movimiento feminista introduce en Francia el término *famille monoparentale*, herencia de las *one parent families* anglosajonas, que posteriormente se exportará al resto de países en contraposición al modelo familiar hegemónico basado en la familia nuclear *parsoniana* (Avilés Hernández, 2013, p. 265). En este momento pierde su carácter estigmatizante (Légaré y Desjardins, 1991, p. 1.678), y sirve para visibilizar la realidad social emergente (González Ortiz, 2011, p. 66). La diversidad de colectivos monoparentales forma realidades multidimensionales (Fernández Córdón y Tobío Soler, 1998, pp. 56 y ss.) mucho más amplias que la simple clasificación del estado civil de los progenitores (Almeda Samaranch y Di Nella, 2008, p. 45).

Se trata de un término dotado de muchos matices. El propio Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de octubre de 2011 (2011/2049(INI))³, sobre la situación de las madres solteras en Europa, ya indicaba que las familias monoparentales no son un grupo homogéneo, pues bajo este concepto se engloban situaciones sociales de diversa índole; hecho que dificulta el establecimiento de una definición uniforme (Becerril Ruiz, 2004). No obstante, se insta a los Estados a que adapten sus políticas públicas para dar respuesta a la realidad de las madres solteras, que conforman un grupo poblacional cada vez más numeroso en los países de la Unión. La resolución se centra en la mejora del empleo, el riesgo de pobreza y de exclusión social y la conciliación/corresponsabilidad de la vida familiar y profesional.

¹ Definición acuñada en 2018 por la Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS) a través de uno de los proyectos que desarrolla en la Red Estatal de Entidades de Familias Monoparentales.

² Como, por ejemplo, familias rotas, incompletas, sin padre; todos ellos nombres claramente estigmatizantes y repletos de prejuicios.

³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0458_ES.html

Por su parte, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019⁴, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores (en la línea del Pilar europeo de derechos sociales), recoge la monoparentalidad como parte de la diversidad familiar.

En el año 2020, la Comisión Europea publicaba la Estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025 en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030. En ella se mencionan expresamente las familias monoparentales como objeto de políticas de conciliación, ya que se encuentran encabezadas mayoritariamente por una mujer⁵.

A pesar de lo indicado por la Unión Europea, en España sigue sin existir una definición normativa uniforme de lo que supone la familia monoparental o la propia condición de monoparentalidad. La Constitución española (CE) nombra a la familia como objeto de protección en su artículo 39, pero sin definirla expresamente más allá de la relación maternofilial. Por su parte, el Tribunal Constitucional indica al respecto que esta ausencia de definición permite proteger cualquier tipo de familia y no solo aquellas que tienen su origen en el matrimonio⁶. También es común en el Pacto de Toledo, versión original y reformas, explicar las transformaciones de los ámbitos familiares tradicionales y en el propio concepto de familia, mencionando, entre otros supuestos, a las familias monoparentales (Sánchez-Urán Azaña, 2021).

Ni siquiera la Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023 ha desarrollado el concepto, a pesar de considerar este modelo familiar como de especial vulnerabilidad. Esto supone un problema que dificulta la correcta aplicación de políticas públicas en condiciones de igualdad (Frades Pernas, 2011, p. 80), máxime si tenemos en cuenta que algunas comunidades autónomas sí que han legislado al respecto, incluyendo ayudas económicas y un tratamiento similar al de la familia numerosa.

Pero nuestro país no es una excepción. Partiendo de la idea de que el concepto de familia monoparental es único y no complejo, la mayoría de los Gobiernos europeos no han elaborado políticas específicas para estas familias, sino que han abordado la situación dentro de políticas más amplias relacionadas con el trabajo o la inclusión social (Pumar Beltrán, 2012).

Parece claro que, en ningún caso, puede obviarse una realidad social tan extendida. Según el último dato publicado por el Instituto Nacional de Estadística⁷, en el año 2020

⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81171>

⁵ https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEstudiosInvestigacion/docs/Estudios/Familias_monoparentales_en_Espana.pdf

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre.

⁷ Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor (ine.es): <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/I0/&file=01017.px>. Según los datos de la Encuesta continua de hogares (ECH) publicada por el Instituto Nacional de Estadística: en 2020, los hogares monoparentales eran 1.944.800 (362.700 hombres y 1.582.100 mujeres).

existían en España casi 2 millones de hogares monoparentales. Llama la atención que en el 81 % de ellos la titularidad es femenina. Este modelo familiar ha ido creciendo (Becerril Ruiz, 2004, p. 222) a lo largo del tiempo de manera progresiva, en un proceso de pluralización de las estrategias de convivencia (Rodríguez Sumaza y Luengo Rodríguez, 2003), por lo que resulta más adecuado hablar de la monoparentalidad como un fenómeno social (Avilés Hernández, 2013) insertado dentro de una realidad más compleja, que presenta especiales dificultades (Carrillo Expósito, 2016) de conciliación de la vida familiar (Vela Sánchez, 2005) y laboral y una singular volatilidad en sus ingresos⁸. Por este motivo debe ser objeto de especial protección (Santibáñez *et al.*, 2018).

Las políticas familiares han ido adaptándose y contribuyendo a los cambios sociales, siempre con un marcado trasfondo ideológico que también ha evolucionado con el paso de los años, modulándose según la necesidad social (Almeda Samaranch y Di Nella, 2008). No obstante, los avances en cuestión de monoparentalidad todavía son precarios y fragmentados⁹. Al igual que ya ocurrió con las parejas de hecho, una vez más las comunidades autónomas se han adelantado al Estado estableciendo medidas de protección y reconocimiento del colectivo, pero provocando desigualdad territorial. Por ello, resulta necesario y urgente acometer una tarea de armonización de toda la normativa dispersa¹⁰ y el desarrollo de una ley estatal.

2. La cobertura actual en materia de Seguridad Social. Antecedentes

Hasta ahora, las medidas de protección social y económica articuladas en torno a este modelo familiar no han conseguido llegar al pleno reconocimiento legal y adolecen de falta de regulación estatal integral. Se han ido elaborando a partir de un modelo de protección reforzada similar al dispensado para la familia numerosa¹¹, pero otorgando un tratamiento diferente según la ayuda de la que se trate y de la entidad que la gestione.

⁸ Preámbulo de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

⁹ Nuestro sistema de Seguridad Social no puede ser igual al creado en 1967, puesto que ni el matrimonio puede considerarse indisoluble, ni es la única forma de familia (Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, 2016).

¹⁰ La primera norma que habla en sus páginas de este fenómeno familiar es el Real Decreto (RD) 195/1989, de 17 de febrero (BOE de 25 de febrero). Esta norma tiene por objeto establecer los procedimientos que deben seguirse para solicitar ayudas destinadas a fines de interés social, derivadas de la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas. La legislación española tiende a emplear el término «monoparental» en relación con el de «familia». En escasas ocasiones se habla de «hogar monoparental» o «núcleo monoparental». Tampoco se usa con frecuencia la expresión «monoparentalidad» (Avilés Hernández, 2015).

¹¹ La disposición adicional sexagésima octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010, amplía la condición de familia numerosa a las familias monoparentales con, al menos, dos hijos a cargo.

Esta falta de armonización se deja notar en el ámbito de protección de la Seguridad Social, cuyas prestaciones podemos clasificar como de efecto directo (nacen específicamente para lograr un objetivo de protección al colectivo concreto) o indirecto (aquellas que, sin ser su fin principal, consiguen de rebote un efecto protector).

2.1. La pensión de viudedad con cargas familiares

Hasta el año 2007, la única situación relacionada con la monoparentalidad (aunque de manera indirecta) en el ámbito de protección del artículo 42 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), era la pensión de viudedad con cargas familiares¹².

En estos casos, siempre que el pensionista reúna los requisitos establecidos, el importe ordinario de la pensión (52 %) alcanzará el 70 % si presenta cargas familiares, es decir, que el pensionista conviva con hijos menores de 26 años, hijos de cualquier edad con una discapacidad igual o mayor al 33 %, o menores de 18 años en régimen de acogimiento familiar o sujetos a guarda con fines de adopción, aunque no lo sean del causante de la pensión¹³.

Además, los rendimientos del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no deben superar, en cómputo anual, el 75 % del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. La pensión de viudedad tiene que constituir la principal o única fuente de ingresos del núcleo familiar y la suma de todas las percepciones no sobrepasará el límite previsto anualmente para el reconocimiento de los complementos a mínimos. Esta subordinación a un determinado límite de ingresos supone que el resguardo a la familia monoparental quede restringido, pues solo podrá beneficiarse una parte poco significativa de los potenciales beneficiarios.

No se trata, por tanto, de una protección directa a la monoparentalidad en general, sino, debido a su carácter puramente asistencial, únicamente a los núcleos más vulnerables (no accederán aquellas parejas sin derecho a viudedad, ni aquellos perceptores de viudedad que no reúnan los requisitos).

¹² Reforma introducida de manos del denominado «Acuerdo para la mejora del sistema de protección social», que fue firmado el 5 de abril de 2001 por el Gobierno, CC. OO., la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, y se materializó en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y en el RD 1465/2001, de 27 de diciembre (Rodríguez Iniesta, 2019).

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de octubre de 2008 (rec. 3642/2007).

2.2. La pensión de orfandad absoluta

Otra medida de protección indirecta se introduce mediante el RD 296/2009, de 6 de marzo, cuando amplía la definición del artículo 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, para los supuestos en que será posible incrementar la orfandad con el porcentaje de la viudedad asimilándola a una orfandad absoluta a pesar de la existencia de un progenitor (de manera ordinaria se percibe cuando a la muerte del causante no quede sobreviviente o este falleciese estando en el disfrute de la pensión de viudedad)¹⁴.

Por tanto, pueden equipararse a la inexistencia de cónyuge sobreviviente los supuestos en los que exista un progenitor desconocido (art. 38.2 Decreto 3158/1966); cuando el progenitor superviviente haya perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley orgánica (LO) 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (Ramón Fernández, 2019, p. 16); o abandono del hijo por el progenitor sobreviviente que se encuentra en paradero desconocido, independientemente de que el abandono se produjera antes o después del fallecimiento del causante. Igual consideración tendrá la existencia de un progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme (STS 3490/2022, de 7 de septiembre). En el supuesto de hijos extramatrimoniales, solo cabe la consideración de estos como huérfanos absolutos si el abandono se produjo con anterioridad al fallecimiento del causante (en estos dos últimos supuestos, la situación de abandono debe haber sido declarada judicialmente mediante la correspondiente declaración judicial de ausencia o rebeldía).

Quedan pendientes de resolver aquellos casos de familia monoparental en la que el superviviente no es beneficiario de viudedad por no existir nexo de unión, y la posibilidad de hacer absoluta la orfandad de los hijos (Barreiro González, 1995). Esto se recogía en el Acuerdo de 13 de julio de 2006, pero no llegó a materializarse en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Otros supuestos que pueden darse son el de separados, divorciados, matrimonio nulo o disolución de pareja de hecho en los que el progenitor superviviente no genera derecho a pensión de viudedad por no ser titular de pensión compensatoria que se extinga con el deceso. En este caso, tampoco se asimilan a orfandad absoluta amparados en que la pérdida patrimonial del huérfano (en la que se sustenta el incremento de la pensión) no se ha producido al no existir pensión compensatoria.

En los supuestos de orfandad absoluta asimilada, si bien no se protege específicamente a la familia monoparental, el legislador reconoce la inexistencia de progenitor por abandono, falta de filiación o violencia de género.

¹⁴ Si sobrevive uno de los padres, aunque no perciba pensión de viudedad por no tener derecho o por perderlo por causa distinta al fallecimiento, no se trata de orfandad absoluta.

2.3. Bonificaciones por ostentar la condición de familia numerosa

Por su parte, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, estableció en su artículo 9 una bonificación del 45 % de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador en el sistema especial de empleados del hogar¹⁵, en los casos de familia numerosa tanto de carácter general como especial. Esta medida también impacta de manera indirecta en las familias monoparentales cuando en el año 2010 se produce la equiparación en situaciones especiales: constituyen familia numerosa a efectos de esta bonificación aquellas integradas por un ascendiente con tres o más hijos, sean comunes o no; un ascendiente con dos hijos, comunes o no, siempre que al menos uno de estos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica aunque no vivan en el domicilio conyugal, y el padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor (incorporado por disp. adic. decimotercera Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

No obstante, se trata de un derecho con limitaciones importantes en su aplicación, ya que del literal del precepto se desprende que quedan fuera aquellos casos en los que el desarrollo de la actividad laboral o profesional se realice en el ámbito del hogar familiar, como podría ser el trabajo a domicilio, excedencia por cuidado de hijos o el teletrabajo. Resultaría aconsejable adaptar la normativa a las realidades laborales acontecidas tras la crisis sanitaria de 2020, sobre todo en materia de teletrabajo. El Real Decreto-Ley (RDL) 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, ha derogado, con efectos del 1 de abril de 2023, este beneficio, aunque la disposición transitoria tercera prevé un régimen transitorio de mantenimiento hasta su extinción efectiva. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional tercera del RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

3. Las prestaciones familiares de naturaleza no contributiva y el uso del concepto de monoparentalidad

Cuando hablamos de la hoy decadente prestación familiar por hijo a cargo, si bien no existe una mención explícita a las familias monoparentales, sí que el legislador había previsto la exclusión del cómputo de ingresos de aquellos progenitores que no convivieran en el núcleo familiar, siempre que el solicitante aportara el correspondiente documento de guarda y custodia (separados, divorciados o solteros no convivientes). En este caso, más que una medida de protección específica a la familia monoparental, se trataría de una medida

¹⁵ Si sobrevive uno de los padres, aunque no perciba pensión de viudedad por no tener derecho o por perderlo por causa distinta al fallecimiento, no se trata de orfandad absoluta.

correctora que intentaría reflejar la realidad familiar a efectos de calcular el impacto de las cargas familiares sobre su renta.

Pero la primera vez que una norma de Seguridad Social abordó abiertamente el concepto de familia monoparental fue en el año 2007¹⁶. La Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, define la familia monoparental como aquella constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.

Incluye como medida protectora una prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y de madres o padres con discapacidad, consistente en un pago único de 1.000 euros para compensar los gastos generados por el nuevo hijo, siempre que se reúnan el resto de los requisitos establecidos y, además, no se perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a la cuantía que anualmente se establezca en la ley de presupuestos generales del Estado (art. 185 LGSS de 1994, hoy art. 357 LGSS). Esta prestación sustituye al anterior pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos, incrementando los supuestos y el importe.

El legislador justifica la medida por el mandato constitucional que el artículo 39 impone a los poderes públicos para que aseguren una adecuada protección a la familia en los ámbitos social, económico y jurídico, en la línea del resto de principios programáticos de otros instrumentos internacionales, entre los que se encuentran la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o la Carta Social Europea, que consideran la familia como elemento esencial de la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta la tendencia demográfica futura y el importante envejecimiento poblacional.

En cuanto a la monoparentalidad, la Ley 35/2007 establece, por tanto, que deben concurrir tres requisitos para que exista: que se trate de un solo progenitor, que este sea el sustentador único de la familia y que exista convivencia.

En la práctica, la protección alcanzará a los nacimientos y adopciones de hijos, cuando solo exista un único progenitor, descartándose aquellas familias en las que existan dos progenitores, aunque no convivan y aunque uno de ellos carezca de ingresos. Sí que se incluyen las familias en las que se haya producido la defunción de un progenitor en el momento del nacimiento o la adopción y los casos en los que el otro progenitor sea desconocido por falta de determinación de la filiación. También a aquellos supuestos de abandono de familia debidamente acreditados.

¹⁶ A nivel estatal, es la primera vez que una norma define el concepto. A nivel autonómico, la primera fue la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias (BOE de 8 de agosto), de Cataluña (Avilés Hernández, 2015, p. 214).

Por el contrario, no podemos hablar de familia monoparental cuando se ha producido la ruptura de la pareja (divorcio, nulidad y separación de hecho o de derecho), ya que, si bien tras la disolución existe una unidad de convivencia monoparental, ello no excluye que el hijo tenga dos progenitores, ambos con obligación de sustento. Solo cabría en este caso alegar el abandono probado (no basta con la mera presentación de una denuncia, sino que debe aportarse una resolución judicial en la que se declare esta situación).

El segundo requisito es el de la convivencia entre el progenitor único y el hijo, aunque convivan con otras personas (salvo que se trate del cónyuge o pareja de hecho del progenitor, debidamente acreditada¹⁷). Esta salvedad se justifica en la especial vulnerabilidad de estas familias que, debido a la escasez de recursos, pueden verse obligadas a convivir con otros familiares o amigos (Assiego Cruz *et al.*, 2019, p. 19). No obstante, el hecho de que la convivencia se exija únicamente en el momento del parto o la adopción no garantiza el cuidado del menor o la permanencia de este dentro del seno familiar. Además, el progenitor debe ser el único sustentador de la familia, aunque otros familiares o amigos coadyuven a sus cargas económicas.

Curioso resulta el Criterio del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) 14/2008 que analiza el supuesto de una madre, menor de edad, en situación de desamparo y bajo la tutela administrativa, y su hijo, en idéntica situación, cuando la solicitud es presentada por el representante de la entidad pública que tiene atribuida la tutela. En estos casos, se considerará que se trata de un único progenitor, aunque el otro aparezca en el libro de familia, asimilándolo a la situación de abandono familiar tipificado en el artículo 226 del Código Penal y contemplado en el artículo 172, apartado 1, párrafo segundo, del CC, teniendo en cuenta la asunción por la autoridad de la tutela del progenitor menor de edad por ministerio de la ley. Salvado el primer requisito, el hecho de que la madre y el hijo se encuentren desamparados y sujetos a tutela de entidad pública hace que no pueda hablarse de convivencia familiar ni de sustento del hijo por el progenitor ingresado en un centro de acogida, por tanto, no podrán percibir la prestación.

En general, se trata de una prestación revisable, pues en aquellos casos en los que quede demostrado el reconocimiento e inscripción registral de la filiación paterna después de que a la madre se le reconociera y abonara la prestación, la entidad gestora procederá a revisar de oficio el acto declarativo de derecho en perjuicio de la interesada e instar el reintegro de lo abonado, salvo prescripción (art. 146.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), por entender que la demora en dicho reconocimiento paternal resulta una actuación premeditada y fraudulenta de los progenitores para obtener la prestación.

¹⁷ Estos casos deben exceptuarse del concepto de familia monoparental si se tiene en cuenta que entre cónyuges existen deberes de ayuda y de actuación en interés de la familia, debiendo ambos compartir responsabilidades domésticas y el cuidado de ascendientes y descendientes (arts. 67 y 68 Código Civil –CC–). Además, los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad (art. 9.3 RD 1647/1997, de 31 de octubre). En cuanto a las parejas de hecho, debidamente constituidas, procede adoptar el mismo criterio, por analogía con la relación conyugal.

4. Prestaciones por nacimiento

La LO 3/2007, de 22 de marzo, tuvo por objeto hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres. Se trataba de una ley pionera en el desarrollo de los derechos de igualdad de género en España, que vendría a iniciar una corriente legislativa de protección reforzada que perdura hasta nuestros días.

Su disposición adicional decimoctava incorporó un nuevo artículo 133 *sexies* a la LGSS de 1994 (hoy art. 181 LGSS). Con el fin de fomentar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, se inicia la protección de las trabajadoras que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 178 de la LGSS. La prestación original otorgaba un descanso para la recuperación biológica de la madre de 42 días naturales a contar desde el parto. Con efectos desde el 1 de enero de 2009, la disposición final tercera. Cuatro de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2009, amplía la duración en 14 días naturales cuando el nacimiento se produzca en el seno de una familia numerosa, monoparental, en supuestos de parto múltiple o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de esta duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas. Se indica, en la línea del pago único por nacimiento, que se entiende por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Por otro lado, la disposición adicional decimoctava. Siete de la LO 3/2007 también incluyó en la acción protectora española el permiso de paternidad, cuya duración ha ido incrementándose desde los 13 días iniciales hasta la plena equiparación al permiso maternal. Actualmente, las prestaciones de maternidad (contributiva) y paternidad convergen en una única prestación con la publicación del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Con la finalidad de equiparar los derechos de hombres y mujeres en cuanto a ejercer su corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, los artículos 2 y 3 igualan la duración de los permisos por nacimiento del hijo o hija de ambos progenitores, justificándose, por un lado, en la existencia de una clara voluntad y demanda social (López Aniorte, 2018), y, por otro, en la exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la CE; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la CDFUE para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar.

En un principio, surgieron dudas sobre cómo aplicar la ampliación de los descansos por parto múltiple, hijo con discapacidad y hospitalización entre ambos padres. El Criterio del

INSS 13/2019¹⁸ indica que, en caso de hospitalización, ambos progenitores tendrán derecho a la ampliación, ya que el artículo 48 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), no hace distinción entre progenitores. Sin embargo, el subsidio por parto múltiple deberán repartirlo. Para el periodo de ampliación por discapacidad, se establecía el reparto de 1 semana para cada progenitor a la luz de la literalidad del artículo 48.6 del ET. Después, el Criterio de gestión del INSS 16/2019¹⁹, justificado por la necesidad de proteger el derecho del menor, establece el disfrute íntegro cuando exista una única suspensión del contrato de trabajo (aplicable tanto para parto múltiple como para los supuestos de discapacidad). Se protege así la monoparentalidad, pero de una manera indirecta, pues también es válido para familias biparentales con un único beneficiario (Barrios Baudor, 2021).

La equiparación de permisos se lleva a cabo de forma progresiva hasta culminar en 2021²⁰ con un permiso de 16 semanas de duración para cada progenitor en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o, en su caso, acogimiento familiar (art. 177 LGSS, que, a su vez, remite al art. 48 ET, en la redacción dada por RDL 6/2019).

El contrato de trabajo quedará suspendido durante esas 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa y estarán destinadas a la protección de la salud en el caso de la madre biológica y de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC cuando se trate del otro progenitor. El resto de los periodos podrán disfrutarse hasta el cumplimiento de los 12 meses del hijo o hija, debiendo comunicar a la empresa cada periodo semanal o acumulado, con una antelación mínima de 15 días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. Aquí es donde radica precisamente el objeto litigioso en el caso de familias con un único progenitor. Según lo dispuesto en los artículos 183 y 318 de la LGSS, la naturaleza de esta prestación, configurada como un derecho único, implica que, si solamente existe un progenitor, no cabe la posibilidad de que concurra ninguna otra prestación, y esto, en principio, no debe suponer ningún elemento de discriminación, ya que el integrante de una familia monoparental, sea hombre o mujer, disfrutará del mismo beneficio individual.

¹⁸ <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/c0472992-1469-44c1-8efd-12e3ca64fce9/CRITERIO+DE+GESTION+13-2019.pdf?MOD=AJPERES>

¹⁹ <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b543deb1-2ac3-47d7-b3a6-c8aa9b324ca1/CRITERIO+DE+GESTION+16-2019.pdf?MOD=AJPERES#:~:text=%E2%80%9CEn%20el%20supuesto%20de%20discapacidad,cada%20uno%20de%20los%20progenitores>

²⁰ Disposición transitoria decimotercera del ET que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

En contraposición a la postura oficial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre²¹, resuelve el conflicto planteado por la madre (biológica) de una niña, titular de familia monoparental, que ha percibido la prestación de nacimiento durante 16 semanas y recurre en suplicación la denegación, primero en vía administrativa y segundo en primera instancia, la continuidad de la prestación durante las 8 semanas adicionales que le hubieran correspondido, de haber existido, al otro progenitor (prestación transitoria vigente en el momento del hecho causante, 2019). Alega para ello que la negativa del INSS y del juzgado de instancia a reconocer esta prolongación de subsidio significa privarlos de un derecho que podrían disfrutar en caso de que sí existiera el otro progenitor. Concretamente se entienden vulnerados, además de los artículos 1, 3, 8, 10, 14 y 44 de la LO 3/2007, en materia de igualdad, los artículos 2, 3, 12 y 18 del RDL 6/2019 y, en términos generales, el artículo 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, de atención y protección a la infancia y la adolescencia; la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016, sobre la creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de vida privada y vida profesional; la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; la cláusula 1 de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE; el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea; los artículos 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la CDFUE; los artículos 10, 14 y 39 de la CE; el artículo 4.2 c) del ET y, finalmente, el artículo 3 del CC.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por su parte, revoca la sentencia de instancia y estima la demanda, declarando el derecho de la madre a disfrutar de las 8 semanas adicionales que reclama, entendiendo vulnerado el derecho fundamental del menor regulado en el artículo 26.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a aplicar plenamente los derechos nacionales de Seguridad Social, debiendo concederse, cuando corresponda, las prestaciones necesarias, teniendo en cuenta los recursos y la situación del hijo y de las personas que sean responsables de su cuidado (prevaleciendo esta norma reguladora de derechos fundamentales sobre cualquier otra de derecho interno). Además, entiende que el artículo 177 de la LGSS (que remite al art. 48 ET) vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la CE; quiebra que pudiera suponer el inicio de una cuestión de inconstitucionalidad, incluso.

Entiende el tribunal que el hecho de ser familia monoparental no puede ser motivo para ver mermado el derecho del menor al tiempo de cuidados que tiene garantizado por ley. El

²¹ En la misma línea: STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2021 (rec. 620/2021), que sigue la doctrina de la anterior; STSJ de Aragón de 27 de octubre de 2021 (rec. 141/2021), que cita además el artículo 24 de la CDFUE o las Sentencias del Juzgado de lo Social de Santander de 31 de enero de 2022 (rec. 875/2021), de Córdoba de 13 de enero de 2022 (rec. 801/2021) o la STSJ de Zaragoza de 27 de diciembre de 2021 (rec. 846/2021), entre otras. Respecto a esta cuestión, véase Andrade Santana (2023).

progenitor demandante no está haciendo suyo el derecho del otro progenitor, puesto que este no existe, por tanto, no hay transferencia de derechos que pudiera vulnerar lo dispuesto en el RDL 6/2019.

En postura contraria, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021 (rec. 1563/2021), en la línea del criterio marcado por la entidad gestora, entiende que los permisos para la madre biológica y para el otro progenitor tienen fines diferentes. En el caso de la maternidad biológica, se pretende garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, mientras que el permiso destinado al otro progenitor obedece a favorecer la vida personal, familiar y laboral al buscar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos, siendo este un derecho individual e intransferible (art. 48.4 ET).

Además, los permisos para las familias biparentales se encuentran condicionados a que ambos progenitores reúnan los requisitos necesarios y sus correspondientes bases reguladoras son, generalmente, diferentes entre sí. Aunque reconoce la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso, no debe usarse una ficción del derecho del progenitor demandante para cubrir esta carencia. Por último, no comparte la supuesta existencia de vulneración del derecho del menor al que equipara al nacido en una familia biparental en la que uno solo de los progenitores reúne requisitos para causar la prestación, haciendo a estas familias, de manera indirecta, de peor condición que las monoparentales.

En esta línea, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de 22 de febrero de 2022 (rec. 2907/2021) entiende que estamos ante la concesión de una prestación tras el cumplimiento de unos requisitos y no de un regalo. Además, no resulta aplicable al caso lo establecido en la disposición transitoria decimotercera, punto 2, cuando habla de la transferencia del permiso de la madre biológica fallecida al otro progenitor, ya que, en este caso, la propia LGSS no exige la condición de ser madre trabajadora; cosa que no ocurre en el permiso ordinario.

En caso de extenderse el concepto entre los juristas de que la actual disposición del permiso conculca derechos fundamentales que afectan a la igualdad de género (como se ha indicado, la mayor parte de los núcleos monoparentales están formados por mujeres) o protección del menor (que tendrá unos derechos diferentes dependiendo del modelo de familia en que se encuadre), será necesario que la normativa se adapte a estos nuevos requerimientos, aunque debería acometerse, en primer lugar, la regulación específica de lo que supone el término monoparental a efectos de prestaciones, buscando la máxima homogeneidad.

Debe comprenderse que la familia monoparental no presenta desigualdad frente a una familia biparental en la que uno solo de sus progenitores reúne los requisitos para acceder a la prestación por nacimiento, ya que, actualmente, tampoco todas las familias biparentales tienen posibilidad de acceder al subsidio duplicado, porque se trata de una prestación

de carácter contributivo y no de naturaleza universal (Ballester Pastor, 2021, p. 8). Lo que resulta inconcebible es que, a estas alturas, todavía no exista una definición inequívoca de este modelo familiar que sea común a todas las prestaciones (Goñi Sein, 2005).

Compartiendo la idea de que la normativa actual está diseñada para la protección de la familia formada por dos progenitores, y de que el legislador del RDL 6/2019 hubiera debido adaptarse a la realidad familiar y al interés del menor más que a la propia corresponsabilidad de los progenitores (Ballester Pastor, 2019, p. 27), resulta necesario rediseñar el permiso incorporando una ampliación excepcional del mismo, destinada exclusivamente a aquellos modelos familiares con especiales necesidades de cobertura, como son las familias monoparentales.

5. Subsidio por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave y monoparentalidad

Al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, introducido por el RD 1148/2011, de 29 de julio, tendrán derecho las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 % de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso²².

Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o solo una de ellas, si la otra, debido al ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. El subsidio se extingue cuando uno de los progenitores, adoptantes o acogedores del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando esta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por el beneficiario el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.

El problema surge en las unidades familiares en las que se produce una separación judicial, nulidad, divorcio o ruptura de la unidad familiar basada en análoga relación de afectividad a la conyugal en las que la custodia del menor se atribuye a una sola persona. El Criterio de gestión del INSS 22/2018, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 614/2018, de 12 de junio, indica que el subsidio se extinguirá aun cuando la persona que deja de estar en situación de alta es la que no tiene otorgada la custodia del menor,

²² Artículo 4.2 del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Disposición adicional vigesimosegunda del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

avocando a la excedencia por cuidado de hijos no remunerada al progenitor encargado del cuidado. El Alto Tribunal interpreta la norma de una manera estricta, entendiendo que, de no trabajar uno de los progenitores, este dispondrá del tiempo suficiente para cuidar y atender directamente al menor, siendo innecesario que el otro progenitor reduzca su jornada laboral y que, de hacerlo, será una decisión voluntaria que exime de responsabilidad al sistema.

Esta postura es comprensible desde el punto de vista de la custodia compartida y la custodia en exclusiva cuando se presupone una correcta relación interparental que, siendo lo deseable, muchas veces no es posible (y ello a pesar de las obligaciones legales de los arts. 96 y 154 CC). Por contra, no resulta comprensible extinguir el subsidio sin plantearse la idoneidad del progenitor desempleado o las dolencias del menor²³. La normativa prescinde de toda excepción a la condición de que ambos progenitores trabajen, olvidándose de situaciones como el fallecimiento, abandono o inexistencia de otro progenitor, además de los supuestos de incapacidad de alguno de los progenitores de cumplir con las obligaciones legales inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Sería aconsejable que el legislador adaptara la normativa a aquellas situaciones de abandono de cuidados por parte de uno de los progenitores (el que pierde el empleo y no está en predisposición de dar atenciones al menor), que obliga al otro, que sí conserva su empleo, a reducirlo mediante una excedencia por cuidado de hijos no remunerada.

6. La monoparentalidad en la regulación del ingreso mínimo vital

El RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (IMV), introdujo en la acción protectora del sistema de Seguridad Social español el derecho subjetivo a la no pobreza, configurado como una prestación de naturaleza económica destinada a garantizar un nivel mínimo de renta a quienes presenten una situación de vulnerabilidad económica, garantizando la mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias. El legislador entiende que esta falta de ingresos se ve agravada en los hogares monoparentales, particularmente vulnerables a la volatilidad de ingresos (Sastre Campo, 2015, p. 12), en medio de una realidad evidente de pobreza estructural en España, agravada por la crisis de la COVID-19 (Gala Durán, 2020).

El IMV protege tanto a beneficiarios individuales como a unidades de convivencia (Monereo Pérez, 2021). Se introduce, además, un complemento adicional equivalente al 22 % de la cuantía mensual establecida con carácter general para los supuestos de familia monoparental, partiendo de la idea de que no es posible hablar de un único tipo de unidad de convivencia (Barcelón Cobedo, 2020, p. 179).

²³ Interesante el voto particular de la STS 798/2021, de 20 de julio.

En la redacción inicial del RDL 20/2020, se entendía por unidad de convivencia monoparental (término más restrictivo que el de familia monoparental, al que se permite convivencia con otras personas) la constituida por un solo adulto con uno o más hijos menores con los que conviva, o uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción a su cargo, cuando constituye el sustentador único de la unidad de convivencia. Por tanto, la prestación no se concederá cuando se constate la existencia de dos progenitores, aunque no convivan y aunque uno de ellos carezca de ingresos. El párrafo se redactó en términos similares a los que la Ley 2/2008 lo hizo para ampliar la maternidad no contributiva y la Ley 35/2007, a su vez, para la prestación familiar de pago único (padre desconocido, fallecimiento del otro progenitor o supuestos de abandono), aunque el RDL 20/2020 incluye el acogimiento como situación protegida a efectos del IMV, cosa que no ocurre en el caso de maternidad no contributiva (solo parto) ni en la prestación familiar de pago único (parto o adopción).

En un momento posterior, la disposición final quinta. Seis del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, amplía el concepto que hoy se mantiene en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV, indicando que se entenderá por unidad de convivencia monoparental la constituida por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a 1 año (Sempere Navarro y García Gil, 2020).

En el supuesto de que los descendientes o menores referidos en el párrafo anterior convivan exclusivamente con sus progenitores o, en su caso, con sus abuelos o guardadores o acogedores, se reconocerá el mismo complemento, cuando uno de estos tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez.

También se entenderá como unidad de convivencia monoparental, a efectos de la percepción del indicado complemento, la formada exclusivamente por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la LO 1/2004, y uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

En la práctica, se romperá este concepto de monoparentalidad cuando alcance uno de los hijos o menores acogidos la mayoría de edad o cuando el núcleo familiar conviva con otros adultos en los términos del artículo 6.1 de la Ley 19/2021 (al contrario de lo que sucede con la prestación de pago único por nacimiento).

Esta modalidad de protección reforzada para colectivos concretos ya se había observado previamente en las rentas mínimas que todas las comunidades autónomas tienen consolidadas

en la actualidad como derecho subjetivo, en calidad de prestación garantizada. Es más, aunque no ha sido la tónica predominante, alguna comunidad como Cataluña estableció de 2011 a 2017 la necesidad de que los solicitantes presentasen una dificultad social añadida a la mera situación de desempleo, con objeto de reducir el coste económico del programa durante la etapa más dura de recortes presupuestarios; dicha dificultad añadida hacía referencia a problemas demostrables de salud física o mental, monoparentalidad, exclusión social, indigencia o violencia de género (Noguera, 2019, p. 46). En estos casos, la situación de monoparentalidad protegible no sirve para otorgar un mejor derecho, sino que es, en sí misma, condición *sine qua non* para poder acceder a él.

7. Los retos pendientes

El uso genérico de la monoparentalidad como criterio para la concesión de prestaciones está ocasionando una protección fraccionada, dejando a muchas familias fuera del sistema. Resulta urgente que el legislador establezca una definición clara y uniforme de lo que supone la familia monoparental que conforma un hogar independiente, y el hogar monoparental que se produce cuando la familia convive con otras personas (Flaquer *et al.*, 2006, p. 20).

Atendiendo a las especiales condiciones de estas familias, debe permitirse que el titular de la unidad monoparental pueda ser el sustentador único de su prole o de todos los convivientes, familiares o no. Por tanto, no debería romper la monoparentalidad el hecho de convivir con otras personas, familiares o no. Por ello, será necesario definir cuáles serán los vínculos familiares que unen a sus miembros (filiación, afinidad, grado de consanguinidad, pareja de hecho, acogimiento, adopción...), pues normalmente se confunden convivencia con filiación y unidad de convivencia con el vínculo familiar.

En cuanto al nexo de unión, el IMV comprende el parto, el acogimiento o la adopción; sin embargo, la prestación de nacimiento, solo el parto y la adopción, y la maternidad no contributiva, explicado por la propia naturaleza de la prestación, únicamente el parto.

Tampoco puede olvidarse la diversidad familiar cuando existen dos progenitores no convivientes en aquellos casos en los que deban equipararse a una realidad monoparental (monoparentalidad de hecho frente a la legal). No se trata, por tanto, de hacer concesiones, sino de reflejar un modelo concreto. No es lo mismo la persona que ha decidido ejercer su maternidad en solitario y que vive en un entorno socioeconómico medio-alto (cuya necesidad principal será, presumiblemente, la de conciliar el mundo profesional con el familiar) que aquellos supuestos de disolución de la pareja, abandono, violencia de género o similar, cuando las condiciones económicas son vulnerables (cuya necesidad principal estará orientada a la lucha contra la precariedad laboral). Lógicamente, las situaciones de necesidad protegibles son diferentes y la respuesta del sistema deberá ajustarse (Flaquer, 2004; Flaquer *et al.*, 2006).

Además de las causas tradicionales (de origen, defunción, separación o pérdida de la patria potestad), debe prestarse especial atención a la monoparentalidad surgida por la migración de los progenitores (madres que cruzan la frontera teniendo a sus hijos en solitario en suelo español o familias que esperan la reagrupación); situaciones que duplican la vulnerabilidad (Goñi Sein, 2005, p. 16).

Actualmente, solo el IMV contempla la monoparentalidad de hecho en el caso de hospitalización o pena de prisión superior a 1 año, pero deberían incorporarse otros supuestos como la emigración de larga duración, la psiquiatrización o los trabajos específicos con largos cambios de residencia²⁴ (ejército, marineros de ultramar, trabajos de temporada, etc.). Se propone que la duración de la ausencia sea, igualmente, superior al año.

Estos supuestos de monoparentalidad de hecho deberían hacerse extensibles al resto de prestaciones, por ejemplo, para la prestación de pago único por nacimiento.

Faltaría también por definir el requisito de convivencia y en qué supuestos la separación transitoria no rompe la unidad familiar (ausencias por periodos inferiores a 90 días al año o justificadas en caso de estudios o enfermedad); también el límite de edad²⁵ de los hijos (Corral García, 2008), como se establece para la familia numerosa, que actualmente está prefijado en 21 años (Fernández Martínez y Avilés Hernández, 2020, p. 148). Incluso la manera de abordar los supuestos de nuevo matrimonio cuando el cónyuge no adopta a los hijos monoparentales.

Dentro del ámbito de Seguridad Social, esta falta de definición está ocasionando que, por ejemplo, para la prestación de nacimiento o la maternidad no contributiva se tengan en cuenta los hogares monoparentales, pero para el IMV, solo las unidades de convivencia monoparental.

Teniendo en cuenta la amplitud de la definición del concepto introducida por el RDL 30/2020 para el IMV, resulta aconsejable que se haga extensiva para el resto de las prestaciones. No tiene sentido, por ejemplo, que una víctima de violencia de género no pueda ser considerada familia monoparental a efectos del pago único por nacimiento o la maternidad no contributiva y sí para el IMV. Aunque el análisis debería recaer más bien en el origen de la monoparentalidad que en los nombres o denominaciones (Almeda Samaranch y Di Nella, 2011, p. 45).

²⁴ Interesante la idea de que el sistema social nacional debe proteger al trabajador migrante por el esfuerzo que supone el traslado y las necesidades familiares que su situación pueda ocasionarle (Moreno de Vega y Lomo, 2021, p. 40).

²⁵ Cuando el hijo adulto soltero convive y cuida de los padres viudos y de avanzada edad, sería más apropiado interpretarla como familia monofilial, pues el cuidado y mantenimiento del hogar y sus miembros recae sobre el hijo o la hija (Durán Heras, 1988).

Es necesario, además de la nomenclatura, estudiar cuáles son los modelos de familia, sus particularidades individuales y los posibles problemas comunes que constituyen la realidad de la diversidad de estas familias. También se debe analizar el fenómeno de la temporalidad, ya que estos núcleos son cambiantes por las circunstancias civiles, sociales o económicas que los rodean.

No tiene sentido que una familia sea monoparental en una provincia y en otra no. Estas diferencias de trato terminarían con una ley estatal de familias monoparentales, al modo de la de familias numerosas (conceptualización, ámbito objetivo, finalidad, requisitos para el reconocimiento de la condición y su mantenimiento, pérdida del derecho, beneficios sociales a la contratación laboral, otros beneficios públicos generales y particulares, bonificaciones y exenciones, así como cualquier otra ventaja que pudiera derivar de tal condición). Este hecho daría cumplimiento al artículo 39 de la CE y uniformidad al fenómeno, además, del control administrativo con la existencia de, por ejemplo, un título de familia monoparental de ámbito nacional.

No resulta adecuado hacer transferibles los permisos por nacimiento cuando existe únicamente un progenitor, ya que la norma no lo recoge y se podría vulnerar el derecho de los hijos nacidos en hogares biparentales en los que solo uno de los progenitores puede acceder al permiso. Aunque sí podrían establecerse medidas alternativas que evitaran la discriminación por indiferenciación (se está prestando un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones que son diferentes de hecho), estableciendo una duración adicional de la prestación (al modo de la no contributiva), o abrir la posibilidad a que puedan simultanear el descanso con otros familiares (Ajenjo Cosp y García Saladrigas, 2019, p. e131), si el progenitor así lo desea y sujeto a una serie de requisitos.

Otra alternativa para compensar a estas familias pasaría por el diseño de políticas públicas que garanticen recursos de refuerzo para el cuidado de hijos en los casos en que los progenitores deban reincorporarse al trabajo (Fernández Martínez y Avilés Hernández, 2020, p. 170). Mejorar los servicios de cuidado de los hijos en edad escolar para facilitar la integración laboral de estas personas, permitir la reordenación de la jornada laboral y fomentar las ayudas económicas que compensen el aumento de gastos o la falta de ingresos que provocan las excedencias durante los 3 primeros años de vida del menor y que solo están en condiciones de disfrutar las familias con mejor situación económica (rentas medias y altas o biparentales en condiciones de prescindir de un salario).

La crisis sanitaria de la COVID-19 ha incrementado la vulnerabilidad de una buena parte de estas familias con una precarización aún mayor de sus ingresos. Además, a los habituales problemas de conciliación de la vida familiar con la laboral, se han unido nuevas dificultades para los progenitores en régimen de teletrabajo, debido al solapamiento de horarios laborales y escolares (Avilés Hernández, 2021, p. 37). En esta misma línea, sería aconsejable, como ya se hace en otros supuestos, considerar a estas familias como colectivo preferente de las políticas activas de empleo a efectos de programas de fomento de empleo

o formación. También en caso de incentivos a la contratación, como las bonificaciones o exenciones para fomentar la contratación de personas con características especiales (actualmente destinadas a personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personal investigador).

Finalmente, teniendo en cuenta que más del 80 % de los hogares monoparentales ostentan titularidad femenina, conviene abordar el fenómeno desde una perspectiva de género. Las familias monoparentales son un reto a la división sexista del trabajo, a los papeles repartidos y asignados sin equidad entre los géneros, donde, generalmente, la mujer asumía el rol de cuidadora en el ámbito privado y el hombre, la esfera pública y el trabajo remunerado. Estas familias han roto los esquemas tradicionales al asumir el doble rol, aunque el cambio ha provocado situaciones de precariedad, vulnerabilidad o discriminación.

Si nos centramos en el IMV, se trata de una prestación muy importante en la promoción de la participación social de colectivos vulnerables (Marco Francia y González Soria, 2019, p. 329), buscando reducir las tasas de pobreza severa y la desigualdad económica (Ramos Quintana, 2020). La norma no ha desatendido la particular realidad de la feminización de la pobreza, es decir, mayores niveles de pobreza que afectan a las mujeres como colectivo social específico (Ramos Quintana, 2020, p. 311), y, en particular, aquellas que forman parte de una unidad de convivencia monoparental. Aunque al tratarse de una protección neutra, que no realiza diferenciación entre hombres y mujeres, puede llegar a perpetuar los roles discriminatorios. La existencia de la división sexual del trabajo hace que las mujeres asuman mayoritariamente las tareas de cuidado, lo que refuerza al tiempo su situación de mayor vulnerabilidad y precariedad en el mercado laboral (Avilés Hernández, 2018) y de dependencia dentro del hogar (Salido Cortés, 2020, p. 5); mucho más si se trata del sustentador familiar único.

Realmente, el IMV centra su actuación en mermar la tasa de pobreza que afecta con mayor gravedad a hogares monoparentales con menores a cargo que, aunque el legislador no lo dice expresamente, están encabezados mayoritariamente por mujeres. Este poder de actuación lo coloca en importancia por encima del resto de ayudas estudiadas, posibilitando a estos hogares el acceso a la educación y al mercado laboral (Pollos Calvo, 2020). Pero esta minoración o eliminación de las dificultades económicas no garantiza el desarrollo personal del individuo si se mantiene una postura neutra respecto a su género (Salido Cortés, 2020, p. 4).

Sería aconsejable reforzar la protección dispensada por el IMV a través de medidas complementarias que garantizaran el acceso al empleo de calidad y al reparto de cuidados, evitando las carreras profesionales femeninas marcadas por la precariedad y alta dependencia de ayudas públicas. El hecho de que sigan pendientes de desarrollo reglamentario las medidas específicas de inserción laboral y las estrategias de cooperación entre las diferentes Administraciones para alcanzar este objetivo convierte al IMV en una suerte de medida inacabada (habrá que observar los resultados de la puesta en marcha este 2023 del RD 789/2022,

de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del IMV con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación). Es una cuestión sustancial, que no hubiera debido dejarse a la regulación por reglamento y que hubiera exigido una determinación inmediata (Polo Sánchez, 2021).

Los datos de pobreza para las familias monoparentales son preocupantes, pero no es la monoparentalidad en sí la que provoca pobreza (FAMS, 2021), sino las soluciones de urgencia e incompletas, cuando, en realidad, resulta necesario dotar el fenómeno de normativa uniforme (Assiego Cruz *et al.*, 2019), normalidad e igualdad a través de políticas públicas complejas.

Lo que se ha puesto de manifiesto es que la relación tradicional familia/trabajo/Estado debe reformularse y adaptarse a la nueva realidad social. Las personas que se hacen cargo de un hogar en solitario deben disfrutar de unos derechos específicos, diseñados para satisfacer sus necesidades concretas y no a la mera readaptación de las prestaciones destinadas a la familia biparental tradicional.

Referencias bibliográficas

- Ajenjo Cosp, M. y García Saladrigas, N. (2019). La distribución del tiempo en los hogares monoparentales de madre ocupada. Vivir con otros como estrategia de conciliación. *Revista Internacional de Sociología*, 77(3), e131. <https://doi.org/10.3989/ris.2019.77.3.18.027>
- Almeda Samaranch, E. y Di Nella, D. (Dirs). (2008). *Pensiones de supervivencia y familias monoparentales encabezadas por mujeres: perfiles, dinámicas e impactos. Un estudio teórico-empírico comparado en el marco de la UE*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/0fd326ef-78c3-48dc-ae89-4484c9396e77/16_F06.pdf?MOD=AJPERES
- Almeda Samaranch, E. y Di Nella, D. (2011). *Pensiones de supervivencia y familias monoparentales encabezadas por mujeres: perfiles, dinámicas e impactos. Un estudio teórico-empírico comparado en el marco de la UE*. Copalqui.
- Andrade Santana, M. J. (2023). La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 198-205. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10277>
- Assiego Cruz, V., De Uribe Gil, P., Ferreres Esteban, A. y González Villanueva, M. (2019). *Madres y punto. La realidad invisible de la monoparentalidad en España: desde las prácticas sociales a la voz de las madres*. FAMS. <https://familiasmonoparentales.es/wp-content/uploads/2021/07/Estudio-FAMS-Mujeres-y-Punto.pdf>
- Avilés Hernández, M. (2013). Origen del concepto de «monoparentalidad». Un ejercicio de contextualización sociohistórica. *Papers. Revista de Sociología*, 98(2), 263-285. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v98n2.459>

- Avilés Hernández, M. (2015). ¿Qué es la «monoparentalidad»? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social. *Cuadernos de Trabajo Social*, 28(2), 211-223. https://doi.org/10.5209/rev_CUTS.2015.v28.n2.49251
- Avilés Hernández, M. (2018). Gestión de conflictos en familias monoparentales. En A. Sánchez García y P. López Peláez (Coords.), *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia* (pp. 249-272). Aranzadi.
- Avilés Hernández, M. (2021). El impacto de la Covid-19 sobre las condiciones de vida de los hogares monoparentales de España. Una lectura preliminar a partir de la Encuesta de condiciones de vida de 2020. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 42, 21-38. <https://doi.org/10.6018/areas.489311>
- Ballester Pastor, I. (2021). Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1, 1-10. https://doi.org/10.55104/RJL_00209
- Ballester Pastor, M. A. (2019). EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Barcelón Cobedo, S. (2020). Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el ingreso mínimo vital como eje de la tutela. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(3), 172-183. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5779>
- Barreiro González, G. (1995). Pensión de orfandad de un menor hijo de padres unidos «more uxorio». No acumulación del 45 por ciento de la pensión de viudedad inexistente a la pensión de orfandad que se percibe. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 4, 1.134-1.136.
- Barrios Baudor, G. L. (2021). Prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 77-100.
- Barrón López, S. (2002). Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 40, 13-30.
- Becerril Ruiz, D. (2004). Nuevas formas familiares. *Portularia. Revista de Trabajo Social*, 4, 219-230.
- Carrillo Expósito, M. (2016). Conciliación de la vida laboral y familiar. *Revista Entre Dos Mundos*, 66, 1-16.
- Corral García, E. (2008). La familia monoparental y el interés del menor. *Actualidad Civil*, 22, 2.
- Durán Heras, M. A. (1988). Hogares y familias: dos conceptos en busca de definición. En J. Iglesias de Ussel (Coord.), *Las familias monoparentales. Seminario hispano francés, celebrado en Madrid, diciembre 1987* (pp. 11-22). Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer.
- FAMS. (2021). *Familias monoparentales en España*. Ministerio de Igualdad. https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEstudiosInvestigacion/docs/Estudios/Familias_monoparentales_en_Espana.pdf
- Fernández Cordon, J. A. y Tobío Soler, C. (1998). Las familias monoparentales en España. *REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 83, 52-85. <http://hdl.handle.net/10261/10824>
- Fernández Martínez, C. M. y Avilés Hernández, M. (2020). Análisis de necesidades en familias monoparentales con jefatura femenina usuarias de servicios sociales de atención primaria en España. *Prospectiva. Revista*

- de *Trabajo Social e Intervención Social*, 30, 145-173. <https://doi.org/10.25100/prts.v0i30.8855>
- Flaquer, L. (2004). Monoparentalidad. *Arbor*, 178(702), 345-376. <https://doi.org/10.3989/arbor.2004.i702.571>
- Flaquer, L., Almeda, E. y Navarro Varas, L. (2006). *Monoparentalidad e infancia*. Fundación «la Caixa». <https://familiasmonoparentales.es/wp-content/uploads/2021/07/MONOPARENTALIDAD-E-INFANCIA-LA-CAIXA.pdf>
- Frades Pernas, J. (2011). Cambios sociológicos y modernización del sistema de Seguridad Social español. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número extra, 75-94.
- Gala Durán, C. (2020). Los desafíos del nuevo ingreso mínimo vital. *IUSLabor*, 2, 1-4. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/372602/466099>
- González Ortiz, J. J. (2011). III. Educación y valores en las familias monoparentales. *Familia. Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, 42, 61-86. <https://summa.upsa.es/pdf.vm?id=30594&lang=es>
- Goñi Sein, J. L. (2005). La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 82, 11-46.
- Iglesias de Ussel, J. (1988). La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares. En J. Iglesias de Ussel (Coord.), *Las familias monoparentales. Seminario hispano francés, celebrado en Madrid, diciembre 1987* (pp. 23-40). Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer.
- Légaré, J. y Desjardins, B. (1991). La monoparentalité: un concept moderne, une réalité ancienne. *Population*, 6, 1.677-1.688. https://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_1991_num_46_6_3792
- López Anioarte, M. C. (2018). Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 93-135.
- Marco Francia, M. P. y González Soria, J. C. (2019). Violencia de género y pensión de viudedad de la Seguridad Social en España. La perspectiva de género, y el género en perspectiva para la consecución de la justicia material y avanzar en igualdad. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, número extra 1, 323-343.
- Monereo Pérez, J. L. (2021). El derecho social al ingreso mínimo vital. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 45-117.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2016). Las prestaciones familiares, ese «pariente pobre» de la Seguridad Social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 6, 13-26. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/77>
- Moreno de Vega y Lomo, F. (2021). La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(2), 20-42. https://institucional.us.es/revistas/Prot_Social/6_2_2021/Art_02.pdf
- Noguera, J. A. (2019). Las rentas mínimas autonómicas en España: balance y retos de futuro. En J. Sevilla (Coord.), *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica* (pp. 40-61). Observatorio Social de la Fundación «la Caixa». https://elobservatoriosocial.fundacionla Caixa.org/documents/22890/187757/03_Informe%20renta%20basica_es-40-61.pdf/5bcc9a4-840c-7836-93ae-da2b4f502b62
- Pollos Calvo, C. (2020). Mujeres y el ingreso mínimo vital. *Diario La Ley*, 9669.
- Polo Sánchez, M. C. (2021). La ampliación subjetiva en el nivel no contributivo de protección: una cuenta pendiente aún sin saldar. En Asociación Española de Salud y Seguridad

- Social (Coord.), *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social* (pp. 1.124-1.142). Laborum. <https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2021/10/LIBRO-CONGRESO-AESSS-2021.pdf>
- Pumar Beltrán, N. (2012). Una visión crítica de la protección de las familias monoparentales por la Seguridad Social. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 9, 25-57.
- Ramón Fernández, F. (2019). La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 16, 14-28. <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.10844>
- Ramos Quintana, M. I. (2020). El ingreso mínimo vital como instrumento para combatir la pobreza y la exclusión desde el sistema de la Seguridad Social. *Hacienda Canaria, número extra* 53, 295-319.
- Rodríguez Iniesta, G. (2019). Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020). *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 4, 9-77. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.02>
- Rodríguez Sumaza, C. y Luengo Rodríguez, T. (2003). Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales. *Papers. Revista de Sociología*, 69, 59-82. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v69n0.1283>
- Salido Cortés, O. (2020). El ingreso mínimo vital: una perspectiva de género. *Revista Española de Sociología*, 30, 1-9. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2021.49>
- Sánchez-Urán Azaña, M. Y. (2021). Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento, hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar). En Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Coord.), *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social* (pp. 460-491). Laborum. <https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2021/10/LIBRO-CONGRESO-AESSS-2021.pdf>
- Santibáñez, R., Flores, N. y Martín, A. (2018). Familia monomarental y riesgo de exclusión social. *IQual. Revista de Género e Igualdad*, 1, 123-144. <https://doi.org/10.6018/iQual.307701>
- Sastre Campo, A. (Coord.ª). (2015). *Más solas que nunca. La pobreza infantil en familias monomarentales*. Save the Children. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/mas_solas_que_nunca.pdf
- Sempere Navarro, A. V. y García Gil, M. B. (2020). *El ingreso mínimo vital*. Aranzadi.
- Vela Sánchez, A. J. (2005). Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 5, 1.391-1.402.

María Alexandra Díaz Mordillo. Pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Licenciada en Historia del Arte por la Universidad de Salamanca y Título Superior de Experto en Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionaria del INSS desde el año 2005 y colaboradora habitual de diferentes publicaciones académicas y editoriales. Desde el año 2017 pertenece al grupo de trabajo I-Consulta, encargado de la custodia, actualización y optimización de la base de datos normativa del INSS. <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?

María Gema Quintero Lima

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

mariagama.quintero@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-0014-2709>

Extracto

El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, acomete, basado en razones de extraordinaria y urgente necesidad, la revisión de la normativa reguladora de la acción protectora de las personas trabajadoras incluidas en el sistema especial de empleo en el hogar para equiparlas al resto de aseguradas en el régimen general. Y lo hace a partir de la necesidad de eliminar del ordenamiento social una situación declarada –indirectamente– discriminatoria por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20). En efecto, contraviene la normativa comunitaria (Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social) la ausencia de protección por desempleo de este colectivo, mayoritariamente compuesto por mujeres. Se hace precisa entonces la depuración legislativa, para prever la protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar, con los necesarios efectos vinculados (cotización, eminentemente).

Pero, además, en la nueva norma con rango de ley, el Gobierno aprovecha la coyuntura conceptual y aborda la depuración de ciertas instituciones laborales previstas en la normativa reguladora de la relación laboral especial de servicio al hogar, para prevenir eventuales consecuencias jurídicas que puedan resultarse de la extrapolación de la contundente jurisprudencia comunitaria. Así, se eliminan las regulaciones diferenciadas en materia de protección de riesgos laborales, extinción contractual/desistimiento y garantías del salario.

Palabras clave: relación laboral especial; servicio doméstico; trabajo decente; discriminación; género; desempleo; riesgos laborales; desistimiento.

Recibido: 09-11-2022 / Aceptado: 21-11-2022 / Revisado: 08-02-2023 / Publicado (en avance *online*): 15-02-2023

Cómo citar: Quintero Lima, M. G. (2023). La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 87-124. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.7661>

The de-precarization of a discriminated group: an urgent rule for the improvement of working conditions and Social Security of workers at the service of the family home. Missed opportunities?

María Gema Quintero Lima

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

mariagama.quintero@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-0014-2709>

Abstract

The Royal Decree-Law 16/2022, of September 6, for the improvement of working conditions and Social Security of domestic workers, undertakes, based on reasons of extraordinary and urgent necessity, the revision of the regulations regarding the protective action of the workers included in the special employer system, in order to equate them to the rest of the individuals insured in the general scheme. And the legislator makes so based on the need to eliminate from the social law a situation declared –indirectly– discriminatory by the Court of Justice of the European Union (Judgment of February 24, 2022, case C-389/20). Indeed, it contravenes community legislation (Directive 79/7/CEE of the Council, of December 19, 1978, relative to the progressive application of the principle of equal treatment between men and women in matters of Social Security) the absence of protection by unemployment of this group, mostly made up of women. Legislative depuration is then necessary, to provide unemployment protection for domestic workers with consequent related effects (contribution, eminently).

But, in addition, in the new rule, the Government takes advantage of the conceptual situation and addresses the depuration of certain labor institutions provided for in the regulations governing the special employment relationship for domestic workers, to prevent possible legal consequences that may result from the extrapolation of the overwhelming community jurisprudence. Thus, the differentiated regulations regarding the protection of occupational risks, contractual termination/ withdrawal and salary guarantees are eliminated.

Keywords: special employment relationship; domestic service; decent work; discrimination; gender; unemployment; occupational risks; withdrawal.

Received: 09-11-2022 / Accepted: 21-11-2022 / Revised: 08-02-2023 / Published (online preview): 15-02-2023

Citation: Quintero Lima, M. G. (2023). The de-precarization of a discriminated group: an urgent rule for the improvement of working conditions and Social Security of workers at the service of the family home. Missed opportunities? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 87-124. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7661>



Sumario

1. Un *prius*: la extraordinaria y urgente necesidad del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar
 - 1.1. La oportunidad política: cuestionar parcialmente los efectos de las particularidades justificativas de la relación laboral especial
 - 1.2. Contenidos
2. La nueva protección por desempleo: alcance
 - 2.1. Nuevas reglas de cotización e incentivos
 - 2.1.1. Tipos y bases
 - 2.1.2. Bonificaciones
 - 2.1.3. Nuevas obligaciones para las personas empleadoras a tiempo parcial durante menos de 60 horas mensuales
 - 2.2. El derecho transitorio y la generación de derechos prestacionales por desempleo y más allá
 - 2.2.1. Desempleo contributivo
 - 2.2.2. Desempleo asistencial
 - 2.2.3. Los tránsitos prestacionales
3. El fin del desistimiento y las nuevas formas de extinción del contrato
 - 3.1. Despido por nuevas causas objetivas
 - 3.2. Preaviso, indemnización o despido
4. La protección contra los riesgos laborales
 - 4.1. El derecho a la salud laboral de las personas trabajadoras al servicio del hogar
 - 4.2. La violencia en el trabajo y otros riesgos psicosociales
 - 4.3. Enfermedades profesionales
5. La nueva protección en caso de insolvencia del sujeto empleador particular
 - 5.1. La extensión de las reglas generales de garantía del salario
 - 5.2. Cotizaciones al Fogasa
 - 5.3. Alcance de la cobertura en caso de insolvencia
6. Otras mejoras: la forma del contrato y derechos de información sobre las condiciones de trabajo



7. Una –agridulce– valoración final

7.1. La desprecarización laboral del colectivo

7.2. Cuestiones pendientes y oportunidades perdidas

Referencias bibliográficas



1. Un *prius*: la extraordinaria y urgente necesidad del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar

En el BOE de 8 de septiembre de 2022 se publica el Real Decreto-Ley (RDL) 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

A la vista del título, se plantearía una primera cuestión referida a la constitucionalidad misma de una norma con rango de ley como continente. De ahí que la exposición de motivos (EM), antes de entrar en la valoración constitucional del título habilitante (parte V EM), en las partes I, II y III, enseguida ya se encargue de autoexplicarse a partir de dos conceptos: discriminación y equiparación de condiciones. El legislador-Gobierno lo hace contextualizando el compromiso gubernamental incumplido de 2011, que ha venido generando demandas desoídas durante una década de inactividad, referidas a la equiparación de condiciones de este colectivo.

El compromiso se materializó en la disposición adicional segunda del Real Decreto (RD) 1620/2011, de 14 de noviembre¹: habría de crearse una comisión de estudio para aplicar plenamente el régimen extintivo de la relación laboral previsto en el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como la extensión de la protección por desempleo adaptado a las particularidades de la actividad. Desde entonces, a pesar de algunos trabajos parlamentarios, nunca se ha creado una comisión tal. En 2020, sin embargo, la crisis sanitaria ha evidenciado que el mantenimiento de la ausencia de equiparación generaba disfunciones graves para las personas empleadas al servicio del hogar (Morales Ortega, 2021).

En la parte V de la EM, se incide en que se trata de una norma que efectivamente se sustenta en la extraordinaria y urgente necesidad de responder a equiparar condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar a las del resto de personas trabajadoras asalariadas en los términos del artículo 1.1 del ET.

¹ La disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, procedía a la integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general. Se diseñaron las reglas particularizadas y, en el apartado 5, se conminaba (y habilitaba la remisión reglamentaria, por ende) al Gobierno a que modificara con efectos desde el 1 de enero de 2012 la relación laboral especial.

La urgencia radica en que se produce una diferencia de trato discriminatoria e injustificada, que se prolonga desde hace más de 10 años (Sanz Sáez, 2017). Y cabría cuestionarse qué tipo de urgencia se suscita ahora, después de una década de inactividad. La respuesta se hallaría en la urgencia de eliminar inmediatamente una normativa considerada discriminatoria por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia (STJUE) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20).

1.1. La oportunidad política: cuestionar parcialmente los efectos de las particularidades justificativas de la relación laboral especial

Resolver la crítica a la negligencia legislativa exige que la EM (parte I) deje perfilado un argumentario de apoyo al juicio objetivo de oportunidad política sobre el que se vuelve en la parte V, a saber: la existencia de un régimen jurídico desigual, que provoca eventualmente discriminaciones, choca frontalmente con la finalidad de la figura de la relación laboral especial, que es la de extender el principio tuitivo a relaciones jurídicas con particularidades tales que impiden la aplicación del régimen laboral común. Y, ligado a ese punto, se observa cómo se filtra la perspectiva de género, de modo laxo, en el momento en que se relaciona el régimen desigual con el valor social dado a un trabajo desempeñado «histórica y mayoritariamente por mujeres», lo que perpetúa estereotipos y agrava las brechas de género. Y se hace un enfoque interseccional, en la medida en que el origen migrante (Rodríguez Copé, 2019) de las personas trabajadoras (no españolas) se toma en consideración², en orden a identificar supuestos de discriminación múltiple (Sanz Sáez, 2018b).

² Se retoma así una espiral argumental que el abogado general Maciej Szpunar planteara en sus conclusiones, presentadas el 30 de septiembre de 2021 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=246805&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2615759>). Allí, el abogado Szpunar, que incorpora varias consideraciones del relator especial de Naciones Unidas Philip Alsthon (Alsthon, 2020), hace un abordaje osado sociológico del asunto, para evitar un análisis formal del principio de igualdad. Así, sirva destacar algunas líneas argumentales, a saber, en su opinión:

- la exclusión de la protección no queda claro que consiga mantener los niveles de ocupación, pero sí conduce a:

[...] reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad (párr. 82);

- la tradicional especialización de los roles masculinos y femeninos:

[...] tiene el efecto, por una parte, de obviar la segregación profesional y la situación desfavorable de las personas de sexo femenino en el mercado de trabajo, «al permitir que perduren las desigualdades entre trabajadores típicos y atípicos dentro de los regímenes de Seguridad Social» (párr. 78).

De ahí, una implícita demanda a revertir la precariedad del sector, así como a revalorizarlo; en lo que aquí se refiere, mediante una mejor cobertura desde el sistema de Seguridad Social español.

En la parte II de la EM, enseguida se concatena detallada dación de cuenta de la STJUE de 24 de febrero de 2022, a la que se erige como causa justificativa ancilar de la extraordinaria necesidad, por cuanto provoca un –valga la metáfora– terremoto jurídico en el ordenamiento español. De un modo más preciso, en dicha sentencia se declara que:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (párr. 72).

En el RDL 16/2022, el legislador-Gobierno, en una posición radicalmente opuesta a la que presentara el Estado español demandado en sede jurisprudencial comunitaria, obviando el argumentario que opusieran en sede procesal la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Abogacía del Estado³, asume que resulta «incontrovertida y absoluta» la feminización del sistema especial de empleo en el hogar familiar y, por lo tanto, no tiene justificación objetiva el mantenimiento de su exclusión de la protección por desempleo, lo que ahonda en la necesidad de eliminar una norma contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

También, a fin de alinear el ordenamiento interno con el derecho internacional, en la órbita de la oportunidad política, en la parte III, se alude a la trascendencia del Convenio 189 (2011) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, como hoja de ruta para el legislador español, y no solo para actuar respecto de la eliminación de la discriminación en el ámbito de la (des)protección por desempleo.

Lo hace después de que la demanda de ratificación desde distintas instancias (sociales, políticas, académicas) se haya estado reiterando sin solución de continuidad (Fernández Artiach y García Testal, 2021; Grau Pineda, 2019a; 2019b; Morales Ortega, 2021; Quesada Segura, 2011; Romeral Hernández, 2013).

³ El Gobierno y la TGSS han tratado de mantener que no hay ningún trato desigual por razón de género, dado que la exclusión se predica de todo el elenco de personas encuadradas en el sistema, sin consideración alguna al sexo. Además, ha pretendido enervar el efecto de los datos estadísticos, oponiendo el número de hombres y mujeres presentes globalmente en el régimen general (51,04 % hombres y 48,96 % mujeres) (par. 53 y ss. STJUE de 24 de febrero de 2022).

Así, tras un azaroso proceso de ratificación⁴, que la crisis sanitaria también ha legitimado agilizar a pesar de las resistencias, en la EM del RDL 16/2022 se considera necesario cumplir dos principios básicos: el de que las personas trabajadoras domésticas tienen derecho a gozar de los derechos fundamentales en el trabajo y una protección social y laboral mínimas (arts. 10, 11, 12 y 13 Convenio 189 OIT), así como a tener un trato ni inferior ni menos favorable en materia de Seguridad Social (art. 14 Convenio 189 OIT⁵).

Como idea fuerza de cierre, de nuevo, se insiste en la necesidad de la prohibición de la discriminación (directa o indirecta) por razón de género (art. 8 Ley orgánica –LO– 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres) y en la realización de la igualdad de derechos y de protección ante la ley, especialmente en materia de derechos sociolaborales.

Vinculada a la oportunidad política, en la EM del RDL 16/2022 se alega una necesidad jurídica igualmente potente, a saber, la de dotar de seguridad jurídica la regulación del trabajo al servicio del hogar familiar.

De esta manera, al hilo del pronunciamiento comunitario, que se refería monográficamente a la protección por desempleo, en orden a dar cumplimiento completo a la normativa comunitaria antidiscriminatoria (personificada en la Directiva 79/7/CEE), y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el legislador español anticipa una eventual labor profiláctica futura del TJUE⁶.

⁴ La STJUE de 24 de febrero de 2022 es verdad que ha acelerado ciertas dinámicas parlamentarias. En primer lugar, por Acuerdo del Consejo de Ministros del Gobierno de España de 5 de abril de 2022, se dispuso la remisión a las Cortes Generales del Convenio 189 de la OIT, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho instrumento. En el orden del día del Pleno del Congreso del 10 de mayo de 2022, se encontraba el debate sobre la Proposición No de Ley 162/001002 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, por la que se insta al Gobierno a ratificar el Convenio 189 de la OIT y asegurar el acceso a la cobertura por desempleo de las personas trabajadoras empleadas de hogar (BOCG, Serie D, General, de 8 de abril de 2022, núm. 436, pp. 25 y ss.). Y a partir de ahí el proceso se ha desarrollado raudamente. En la sesión plenaria 56 de 4 de octubre de 2022, el Senado aprueba definitivamente la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución española para ratificar el Convenio 189 de la OIT, y queda pendiente, pues, el depósito del instrumento en Ginebra.

⁵ Como corolario de sus conclusiones, al final, el abogado Szpunar se había permitido hacer unas consideraciones dentro de un tono jurídicamente respetuoso, en las que se refirió, por un lado, al incumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del RD 1620/2011 (creación de un grupo de expertos que, entre otras cuestiones, valorase la viabilidad de extender la protección por desempleo al colectivo normativamente excluido) (párr. 103). Y, por otro lado, mencionaba el artículo 14 del Convenio 189 de la OIT y apuntaba que, aunque España no lo había ratificado, sí es miembro de la OIT (párr. 104).

⁶ El abogado Szpunar, a pesar de que formara parte de la demanda inicial, declara la inadmisibilidad de la cuestión relativa a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,

En consecuencia, se afirma en la EM la necesaria eliminación de cualquier diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable en el régimen jurídico-laboral. De modo que el legislador español decide crear un marco normativo seguro, e identifica ciertas materias susceptibles de generar dudas, con la finalidad de regularlas de modo coherente para prevenir la puesta en entredicho de su carácter indirectamente discriminatorio.

En efecto, si bien la STJUE de 24 de febrero de 2022 se pronunciaba sobre un aspecto muy concreto de la regulación del sistema especial de personas empleadas de hogar, el *iter* argumental, al que se había de acompañar el contenido en las conclusiones del abogado Szpunar, era tan prolijo, tan contundente, y se refería a una realidad tan *praeclara* en términos estadísticos, que podría resultar inevitable una intensa actividad administrativa y judicial replicante de la doctrina comunitaria en torno a alguna/s de las numerosas regulaciones cuestionadas y ahora cuestionables al hilo de la nueva jurisprudencia. Se entiende así que en la EM se afirme que:

En suma y de acuerdo con los argumentos precedentes, la presente norma tiene como objetivo determinar de entre los preceptos aplicables a las personas trabajadoras del hogar, aquellos cuya diferencia respecto del ordenamiento laboral o social común no están justificados por razón de las peculiaridades de esta prestación de servicios, constituyendo para este colectivo, constituido casi de manera exclusiva por mujeres, una diferencia de trato o una desventaja particular carente de justificación objetiva y razonable y que, por ello, deben ser objeto de revisión, corrección y, en su caso, derogación (penúltimo párr. parte III EM RDL 16/2022).

El eje esencial de seguridad jurídica tiene que ver con el hecho de que el legislador español procede a reformar aquellos aspectos declarados discriminatorios por razón de género (o susceptibles de serlo con el mismo argumentario esgrimido en la Sentencia de 28 de febrero de 2022) por la doctrina jurisprudencial comunitaria. Algo sobre lo que algún sector de la doctrina había venido insistiendo (Benito Benítez, 2019).

relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (párrs. 24-27 conclusiones). Considera que el objeto de la cuestión prejudicial se refería a la normativa que no permitía cotizar por desempleo a partir de la exclusión de la protección de esta contingencia y que, por tanto, no había conexión alguna con la regulación de las condiciones de trabajo contenidas en el RD 1620/2011.

De un modo más preciso, la petición de decisión prejudicial del órgano español tenía por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE y de los artículos 5, letra b), y 9, apartado 1, letras e) y k), de la Directiva 2006/54/CE. El tribunal admite sendas cuestiones, si bien no tarda en considerar que esta segunda no resulta aplicable al litigio, porque se refiere a asuntos de ocupación y empleo, en los que no pueden quedar comprendidos los regímenes legales de Seguridad Social (STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, Instituto Nacional de la Seguridad Social), a los que sí se refiere la Directiva 79/7/CEE.

De tal manera que procede a conformar una –aparente– legitimidad sobrevenida del ordenamiento jurídico español tras el RDL 16/2022. Como si hubiera llevado a cabo una purga completa de todos aquellos aspectos discriminatorios, y ya no quedara duda de que lo vigente es acorde al principio de no discriminación. De suerte que se eliminaría cualquier espacio para la interpretación de los órganos administrativos o judiciales españoles, que ya no habrían de encontrar duda alguna sobre la existencia todavía de disposiciones contrarias al derecho comunitario. En el buen entendido de que lo que no se ha modificado ha de ser considerado acorde a la normativa antidiscriminatoria.

Pero, además, en la regulación de la aplicación del RDL 16/2022 en el tiempo, pretende resolver igualmente aplicaciones disruptivas de las nuevas normas. Por lo tanto, en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera y en la disposición final séptima, organiza un esquema de derecho intertemporal que aparentemente resuelve todas las cuestiones de transitoriedad que se pudieran plantear. De un lado, el RDL 16/2022 (salvo en aquellos aspectos con unas reglas particulares) se aplica con efecto inmediato a los contratos vigentes a partir de la fecha de entrada en vigor (y no solo a los que se suscriban después). De otro lado, se fijan reglas sustanciales de transición, que se refieren a las nuevas obligaciones de cotización, en las que se difiere la entrada en vigor, como maniobra para permitir el acomodo organizativo y administrativo de las entidades implicadas en algunos cambios, así como la correcta información de las personas empleadoras respecto de sus nuevas obligaciones.

A falta de mayores concreciones, entonces, la seguridad jurídica se traduciría en la imposibilidad de proceder a la aplicación de las nuevas reglas retroactivamente. Por lo que la actividad creadora de un eventual juez Hércules carece de justificación de ningún orden. Algo sobre lo que se tendrá ocasión de volver más adelante.

1.2. Contenidos

Pues bien, la urgente y extraordinaria necesidad ha empujado al legislador a proceder a la revisión del *statu quo* vigente hasta entonces; revisión que se desliga en la parte dispositiva del RDL 16/2022, en la que se han incluido seis artículos, seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una derogatoria y siete disposiciones finales⁷.

⁷ Resulta cuestionable, sin que se pueda ahondar más en esta ocasión, que en la norma se hayan incluido, junto a las reformas del régimen jurídico laboral y de Seguridad Social referido a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, contenidos muy ajenos a la temática, pero que, por oportunidad política, y con una extraordinaria y urgente necesidad distinta de la que se hablara antes, se contienen en esta norma. O, dicho en otros términos, pareciera que se aprovecha el mismo instrumento para cumplir varios objetivos gubernamentales urgentes, a pesar de su carácter inconexo. Así, de un lado, la disposición final primera modifica la disposición adicional quinta de la Ley 31/1995 respecto de la fundación estatal para la prevención de riesgos laborales. De otro lado, las disposiciones transitorias cuarta y quinta se refieren a la gestión de diversas ayudas al transporte público, la disposición final segunda

Resulta llamativo que el primer artículo del RDL 16/2022 no se haya dedicado a la modificación de la protección por desempleo. Antes, al contrario, el legislador plantea la reforma con una sistemática particular en la que organiza las grandes temáticas de reforma (salud laboral, garantía del salario, protección por desempleo, régimen extintivo) siguiendo como eje de prelación el rango (y aparentemente la antigüedad –1995, 2015–) de la norma reformada. Así, los artículos 1, 2, y 3 modifican normas con rango de ley y los artículos 4, 5 y 6 las normas reglamentarias concordantes.

En el artículo 1 se procede a reformular el marco normativo de la protección de salud laboral de las personas empleadas en el hogar. El legislador de urgencia elimina la exclusión constitutiva del apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) y añade una disposición adicional decimoctava para garantizar la protección completa con remisión al desarrollo reglamentario. En la disposición adicional sexta del RDL 16/2022 se prevé que el Gobierno cuenta con un plazo de 6 meses desde la publicación de la norma (es decir, hasta el 8 de marzo de 2023) para proceder a dicho concreto desarrollo reglamentario.

El artículo 2 modifica el artículo 33.2 del ET para hacer extensiva a esta tipología de personas trabajadoras la garantía del salario. Y en el artículo 4 se modifica el RD 505/1985, de 6 de noviembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), así como las reglas de cotización y de cobertura indemnizatoria.

En el artículo 3 se procede a modificar aquellos elementos normativos⁸ que generan un trato injustificado y colocan a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar en situación de desventaja/desigualdad. Esencialmente, se elimina la exclusión de la protección por desempleo, se diseña una nueva cotización y se incluye una nueva situación legal de desempleo (la extinción en los términos del nuevo art. 11.2 RD 1620/2011). Por su parte, el artículo sexto introduce las modificaciones reglamentarias en materia de encuadramiento (altas y bajas), para conformar una obligación única de que las personas empleadoras, independientemente del tiempo de trabajo contratado, asuman la responsabilidad en materia de cotización.

Se incluyen, asimismo, contenidos de Seguridad Social en las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del RDL 16/2022; y en las disposiciones transitorias segunda y tercera se establecen regímenes aplicativos en el tiempo.

modifica puntualmente medidas del RDL 11/2022 y ayudas a La Palma. Por último, la disposición final tercera modifica el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

Asistemáticamente, la parte VI de la EM procede a una explicación prolija de estas medidas ajenas y su contexto. Se genera así un espacio inconexo con la materia jurídico-laboral del empleo en el hogar familiar, que conduciría a cuestionar el marco general del RDL, que tiene un título no acorde con todos sus contenidos, reconducibles a dos grupos de materias muy distintas.

⁸ Quedan inalterados los aspectos del RDL 29/2012 que no generan desigualdades de ningún orden.

En la disposición adicional sexta se prevé que el Gobierno desarrolle políticas de formación y acreditación respecto de las prestaciones de cuidado de personas en el hogar.

La disposición transitoria primera organiza la aplicación en el tiempo de las nuevas normas (en todas las vertientes).

En el artículo 5 se procede a modificar el RD 1620/2011 para eliminar aquellas diferencias que se consideran injustificadas (protección del salario en los casos de insolvencia empresarial, forma del contrato e información sobre los elementos esenciales y el régimen extintivo) (arts. 3, 5 y 11 RD 1620/2011).

2. La nueva protección por desempleo: alcance

En el artículo tercero del RDL 16/2022 se contiene la novedad más mediática de la reforma, que guarda relación directa con la STJUE de 24 de febrero de 2022, de igualmente intenso efecto mediático.

Así, en el apartado uno se elimina la exclusión contenida en el artículo 251 d) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). Con lo que se acomoda automáticamente el ordenamiento español al pronunciamiento comunitario.

En dicho artículo, con anterioridad, entre las particularidades de la acción protectora previstas para el sistema especial de empleados de hogar, se contenía la exclusión de la protección por desempleo (García Testal, 2017).

Y se mantenía a pesar de que, en su momento, en el contexto de la creación del sistema especial tras la inclusión del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general, la disposición adicional segunda, apartado segundo, del RD 1620/2011 previera que habría de valorarse (por la comisión *ad hoc* creada para elaborar un informe al respecto antes del 31 de diciembre de 2012) la viabilidad de un sistema de protección por desempleo.

Pues bien, dejando a salvo el excepcional diseño de la protección mediante el subsidio extraordinario para empleadas de hogar creado en plena pandemia (art. 30 RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19), ha seguido incólume la situación excluyente.

Ahora, ya eliminada la exclusión, en el apartado dos del artículo tercero del RDL 16/2022 se introduce una nueva situación legal de desempleo (el nuevo párrafo 8.º en el art. 267.1 a) LGSS), de forma que se encontrarán en situación legal de desempleo las personas trabajadoras que estén incluidas en alguno de los supuestos establecidos explícitamente, entre los que ahora consta la extinción contractual de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 del RD 1620/2011, del que se tratará enseguida.

2.1. Nuevas reglas de cotización e incentivos

Obviamente, siguiendo el *iter* razonable de la modificación, la cobertura de las situaciones de desempleo requiere articular nuevas reglas de cotización por desempleo, para lo cual se procede a modificar la disposición transitoria decimosexta de la LGSS (art. tercero. Tres RDL 16/2022).

A pesar de que la disposición adicional séptima del RDL 16/2022 establecía la entrada en vigor de la norma el 9 de septiembre de 2022, la disposición transitoria segunda contiene una regla intertemporal especial respecto al nacimiento de la obligación de cotizar; de suerte que la nueva obligación de cotizar por desempleo y Fogasa nace a partir del 1 de octubre de 2022.

Es a todas luces necesario que desde la entrada en vigor de la norma se hayan de acomodar las herramientas administrativas para permitir la cotización y que, paralelamente, por seguridad jurídica, los sujetos obligados hayan podido tener conocimiento de la nueva obligación y su alcance⁹.

En este sentido, se ha incorporado en la disposición transitoria segunda, apartado cuarto, del RDL 16/2022 una regla recaudatoria particular, supuestamente prevista para el periodo inmediatamente posterior a la aprobación de la norma. Se establece que, independientemente de que pueda haber un retraso en la liquidación mensual de cuotas que lleva a cabo la TGSS (disp. adic. octava RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social), como consecuencia de que no se disponga de los datos, programas y aplicaciones necesarios para la determinación de dichas cuotas, se habrá de proceder al ingreso mediante el sistema de domiciliación en cuenta, sin recargo alguno. De la misma manera, sin restricción temporal, se establece una regla especial para el cómputo de cotizaciones pendientes de ingreso cuando se produzca una eventual situación legal de desempleo y estuvieran pendientes de liquidación cuotas computables a efecto de causar prestación por desempleo. En estos casos, se considerarán debidamente ingresadas a efecto de entender cumplido el requisito de carencia (art. 165.2 LGSS) y la entidad gestora de la prestación podrá *a posteriori* comprobar el ingreso efectivo. Pero no queda muy claro cuál sería el *iter* posterior, que habrá de ser objeto también de desarrollo reglamentario.

Con la fijación del punto cero de la nueva obligación el 1 de octubre de 2022, el legislador construye una certidumbre insoslayable respecto del alcance que la doctrina comunitaria pudiera tener. De suerte que se enervan las acciones hercúleas de órganos administrativos o judiciales que pretendan llevar a cabo una aplicación particular de los efectos del pronunciamiento del TJUE.

⁹ Si bien es cierto, hasta el 30 de septiembre de 2022 no se ha publicado la «Guía Empleadas de Hogar» (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4142>), que supuestamente ha de servir para difundir los contenidos esenciales de la nueva regulación. Y quedan pendientes también las publicaciones de distintos modelos (en los términos del nuevo art. 11.5 RD 1620/2011).

Solo por dejarlo apuntado, no se puede obviar que, de no haberse fijado legalmente un momento preciso para el nacimiento de la obligación de cotizar (con la consiguiente efectividad de la protección por desempleo), habrían sido posibles sentencias como la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo, 68/2022, de 17 de marzo.

Este órgano (que había planteado la cuestión prejudicial que resolvió la STJUE de 24 de febrero de 2022¹⁰) había dejado en suspenso el procedimiento en curso ante él, para plantear la cuestión prejudicial. Así, a la luz del pronunciamiento comunitario, el juez estimó el recurso que habían planteado trabajadora y empleadora frente a la resolución de la TGSS que desestimaba la solicitud de cotización por desempleo; declaró la resolución materialmente disconforme a derecho, la anuló y revocó. Adicionalmente, declaró el derecho de la empleada de hogar a cotizar por la contingencia de desempleo, en los términos legales que se establecieran en el futuro. O, dicho de otro modo, realizaba una aplicación inmediata de la doctrina de la jurisprudencia europea, pero consciente del ineludible principio de legalidad que preside la regulación de los derechos de Seguridad Social; llevaba a cabo un producto de ingeniería jurídica para reconocer un derecho expectante: el derecho a cotizar cuando exista norma que regule esa posibilidad. Y, suplementariamente, fijaba una fecha de efectos de ese derecho, indicando que el 24 de febrero de 2022 ha de suponer el punto cero del nacimiento de ese derecho eventual futuro. Esto ya sería cuestionable en ausencia de norma, pero, a la luz de lo previsto en la disposición transitoria segunda del RDL 16/2022, no resulta en absoluto admisible. Porque una norma no puede tener un efecto retroactivo y aplicarse hacia situaciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, salvo que así lo indicase el propio legislador; algo que no se ha producido aquí, donde este ha optado por la aplicación del principio intertemporal de efecto inmediato.

2.1.1. Tipos y bases

Mediante la –habitualmente embrollada– técnica legislativa, se modifica, en el apartado tres del artículo tercero del RDL 16/2022, la disposición transitoria decimosexta de la LGSS para incorporar, como primera novedad, la previsión de que para la cotización por desempleo y Fogasa¹¹ se aplicarán los tipos de cotización y su distribución entre los sujetos obligados en los términos que se establezcan en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado. Se produce así una –aparente– equiparación plena respecto de los tipos. Pero, transitoriamente, durante el periodo 1 de octubre de 2022 y 31 de diciembre de 2022, rigen unos tipos especiales (los establecidos en el apdo. tercero de la disp. trans. segunda

¹⁰ Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo (Pontevedra), mediante Auto de 29 de julio de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de agosto de 2020, en el procedimiento entre CJ y la TGSS.

¹¹ Más adelante, en el epígrafe 5, se analizarán las novedades que el RDL 16/2022 introduce respecto de las garantías del salario y el Fogasa.

RDL 16/2022)¹². A partir del 1 de enero de 2023, en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023 (LPGE 2023), ya se ha previsto la equiparación de tipos¹³.

En la disposición transitoria segunda del RDL 16/2022 se establece cuáles son las bases de cotización por desempleo y Fogasa. Y se remite al artículo 19.3 de la LGSS; si bien, transitoriamente, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2022 y el 31 de diciembre de 2022, rige lo dispuesto en el artículo 106.Cuatro.1 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022.

Ahora bien, en esa modificación de la disposición transitoria decimosexta de la LGSS se contiene una revisión de las reglas relativas al cálculo de las bases de cotización, para prever una escala de ocho tramos, particular para 2023, de retribuciones y bases de cotización. Se enerva así parcialmente¹⁴ lo previsto en el RDL 35/2020, de 22 de diciembre, que había ampliado hasta el año 2023 el periodo transitorio de aplicación de la escala de bases de cotización del sistema especial del servicio doméstico. Y si en el RDL 16/2022 no se elimina esa transitoriedad prolongada¹⁵ de la cotización por tramos, sí se acortan estos (durante 2022 ha estado vigente una escala de diez tramos), y se procede a incrementar las bases de cotización de referencia (250 € para 2023, respecto de los 231 € previstos para 2022 en relación con las retribuciones hasta 269 €/mes). Además, en la nueva tabla, en 2023, la correspondencia entre base de cotización y remuneración efectiva se produce a partir de 1.166,67 euros (tramo 8.º) y ya no a partir de 1.439,01 (tramo 10.º), como se ha previsto durante 2022. Tramo este que se ha mantenido en la LPGE 2023¹⁶.

¹² Por desempleo, el tipo será de 6,05, distribuido entre el sujeto empleador (5 %) y la persona empleada (1,05 %). Por lo que respecta al tipo de cotización al Fogasa, la cotización es 0,2 a cargo del sujeto empleador.

¹³ Según el artículo 122.Once.2 de la LPGE 2023, se establecen dos tipos, atendiendo a la modalidad de la contratación. Así, en los supuestos de contratación de duración indefinida, el tipo será del 7,05 %, del que el 5,5 % será a cargo del empleador y el 1,55 % a cargo de la persona empleada; y, en caso de contratación de duración determinada, será el 8,3 %, del que el 6,7 % será a cargo del empleador y el 1,6 % a cargo de la persona empleada.

¹⁴ Se mantiene no obstante hasta el 1 de enero de 2024 el proceso de la adaptación definitiva del sistema respecto de las bases por contingencias comunes. Así, a partir de 2024, las bases se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 de la LGSS, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima establecida legalmente (nueva disp. trans. decimosexta.4 LGSS).

¹⁵ Sin que se pueda entrar en ello ahora, la consideración como «transitorio» no deja de ser cuestionable en la medida en que en 2012 ya se previó un periodo de adaptación, pero se establecía que, a partir de 2019, debía coincidir la base mínima del sistema especial con la base mínima del régimen general y se cotizaría sobre salarios reales. Se ha ido prorrogando ese plazo final del régimen transitorio sistemáticamente, a pesar de que el salario mínimo interprofesional (SMI) ha estado rigiendo como referencia.

¹⁶ El artículo 122.Cuatro de la LPGE 2023 reproduce esa escala prevista en el RDL 16/2022.

Dicho de otra forma, sin que se hayan equiparado completamente las bases de cotización, sí ha habido una aproximación a los principios basilares (cotización sobre remuneración real). La especificidad no deja de ser reflejo, a su vez, de las particulares condiciones salariales del sistema especial.

2.1.2. Bonificaciones

En la disposición adicional primera del RDL 16/2022 se regulan los beneficios en la cotización aplicable en el sistema especial¹⁷.

De esta manera, se prevé una reducción del 20 % de la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes a las personas que tengan contratada o contraten¹⁸ bajo cualquier modalidad contractual a una persona trabajadora al servicio del hogar familiar (es decir, RD 1620/2011) y la den de alta en el régimen general de la Seguridad Social¹⁹. De la misma manera, se prevé una bonificación del 80 % en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y Fogasa²⁰.

Sendos incentivos se ha previsto que entren en vigor al mismo tiempo que la obligación misma de cotizar por desempleo y Fogasa, es decir, a partir del 1 de octubre de 2022 (disp. final séptima.3 RDL 16/2022). Eso anticipa que los restantes tipos hayan de hacerlo en otro momento, como se verá enseguida.

Se ha previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera del RDL 16/2022 (como alternativa, y supeditado al desarrollo reglamentario) que, en los supuestos de nuevas altas, las personas empleadoras tendrán derecho durante toda la situación de alta a una bonificación del 45 % o del 30 % en la aportación empresarial por contingencias comunes cuando cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad de convivencia o de la persona empleadora.

Se han previsto dos potenciales limitaciones a este tipo de bonificaciones especiales. De una parte, solo será aplicable respecto de una persona empleada en alta en el sistema

¹⁷ Se trata de bonificaciones cuya eficacia será analizada por el Gobierno en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de la norma, en orden a valorar la conveniencia de mantenerlas como incentivos a la contratación (disp. adic. quinta RDL 16/2022).

¹⁸ Lo que puede entenderse que constituye una vía a la regularización de aquellas situaciones en que hubiera habido contrato sin haber procedido al alta.

¹⁹ Esta reducción se financia con aportaciones del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social (disp. adic. primera.4 RDL 16/2022).

²⁰ Por su parte, esta bonificación se financia por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y el Fogasa, cada uno en la parte que afecte a sus cotizaciones respectivas (disp. adic. primera.4 RDL 16/2022).

especial por cada persona empleadora²¹. De otra parte, el derecho no es automático, sino que será determinado por el SPEE, que controlará que se reúnen los requisitos y condiciones, y habrá de comunicar a la TGSS los sujetos beneficiarios y porcentajes asignados. Se hace preciso, entonces, el desarrollo reglamentario del procedimiento para la determinación del derecho y para el intercambio de información entre Administraciones públicas, entre las que se incluyen las tributarias²² (disp. adic. primera.3 RDL 16/2022).

Como elemento de cierre, se dota a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de un papel de vigilancia. Ahora bien, el legislador, seguramente en sede reglamentaria, habrá de aclarar la extensión de la facultad, en la medida en que, literalmente, se indica que le corresponderá «la vigilancia de su cumplimiento», sin que se pueda concretar cuál, de qué sujeto. En este sentido, se adelanta que habrá de tratarse de procedimientos automatizados.

Pues bien, dada la necesidad de desarrollo reglamentario y de desarrollo técnico de los procedimientos automatizados, se ha pospuesto la entrada en vigor de estos apartados 2, 3 y 4, segundo párrafo, de la disposición adicional primera del RDL 16/2022, hasta el 1 de abril de 2023 (disp. final séptima.4 RDL 16/2022).

Junto a lo anterior, en el apartado quinto de esa disposición adicional primera del RDL 16/2022, se hacen extensivas a las personas trabajadoras incluidas en el sistema especial otras deducciones de las que habitualmente han quedado excluidas las relaciones laborales de carácter especial. En ese sentido, se elimina el trato particular y cabe aplicar las deducciones previstas para la contratación de personas con discapacidad (art. 2.2 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), y para la contratación mediante contratos de interinidad que se celebran con personas desempleadas para sustituir a personas trabajadoras durante los descansos por nacimiento de hijo (RDL 11/1998 y disp. adic. segunda Ley 12/2001, de 9 de julio).

Resulta remarcable el modo en el que, mediante esta extensión (habrá que ver qué efecto real produce de fomento de la contratación), se aproxima el trabajo al servicio del hogar al empleo estándar. Quizás donde si se vaya a observar un efecto positivo potente es en la contratación en modalidad de interinidad para sustituir a las trabajadoras del hogar embarazadas, respecto de las cuales ha planeado la amenaza del desistimiento/despido y/o la inefectividad de la protección desde la Seguridad Social de los supuestos de maternidad²³.

²¹ De suerte que, si hubiera más de una, regirá la regla de prioridad temporal y solo se aplicarán las bonificaciones respecto de la persona empleada que conste de alta en primer lugar.

²² De modo expreso se contempla la obligación para las Administraciones tributarias, incluidas las de régimen foral, de suministrar al SPEE la información relativa a renta/patrimonio de las personas que eventualmente puedan tener derecho a las bonificaciones especiales de la disposición adicional primera.2 del RDL 16/2022.

²³ A falta de norma transitoria al efecto, este apartado quinto se entiende que entra en vigor con efecto inmediato, en los términos generales de la disposición final séptima.1 del RDL 16/2022.

Por último, en la disposición transitoria tercera del RDL 16/2022 se establece un régimen transitorio para las bonificaciones por la contratación de personas cuidadoras en familias numerosas previstas en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas²⁴. En efecto, la disposición derogatoria única b) del RDL 16/2022 procede a derogar, en particular, dicho artículo²⁵. De no existir mayores precisiones, habría de entenderse que se extinguen los derechos a bonificación vigentes el 9 de septiembre de 2022 y que no se podrán generar nuevos derechos. Sin embargo, como excepción a una aplicación conforme al principio intertemporal de efecto inmediato, en un ejercicio de conservación temporal de los derechos en curso de disfrute²⁶, hasta el 1 de abril de 2023 se mantiene la posibilidad de que las familias numerosas puedan seguir generando derecho a esa bonificación particular, y se prevé que se puedan prolongar los efectos en tanto permanezca en alta la persona contratada²⁷.

Simultáneamente, esta bonificación resultará incompatible tanto con la reducción general del 20 % de las aportaciones de la parte empleadora por contingencia común cuanto con la eventual reducción del 45 % si reunieran eventualmente las condiciones exigidas en la norma de desarrollo²⁸.

Consecuentemente, se ha de entender, a la espera del desarrollo reglamentario, para las nuevas contrataciones de personas cuidadoras por familias numerosas a partir del 1 de abril de 2023, que, o bien les ha de resultar aplicable la reducción del 20 % en la cuota empleadora por contingencias comunes sin mayores excepciones, o bien podrán tener derecho a la nueva bonificación del 30 o 45 % que ha de reconocer el servicio público de empleo, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

En suma, habrá que esperar al desarrollo reglamentario preceptuado en la disposición adicional primera.2 del RDL 16/2022 para tener la visión general del panorama de exenciones.

²⁴ En esa disposición se prevé una bonificación del 45 % de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador, siempre que, bien los dos progenitores ejerzan una actividad profesional fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar, o bien, en caso de familia monoparental o familia numerosa de categoría especial, lo haga uno de ellos.

²⁵ Y también deroga el apartado segundo de la disposición adicional vigésima cuarta de la LGSS, que extendía esa bonificación para los supuestos de contratación de personas mediante la relación laboral especial que da lugar a la inclusión en el sistema especial.

²⁶ Aquí no cabe hablar técnicamente de derechos adquiridos, puesto que los derechos a bonificación no entrarían dentro del concepto iusprivatista de derecho adquirido, sino que, al estar sujetos al derecho público, dependen del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en cada momento y referidos al arco temporal concreto (en este caso, bonificación de las sucesivas cuotas mensuales).

²⁷ Esta regla intertemporal se confirma para 2023 en la LPGE 2023 (art. 122.Cuatro.6 y 7).

²⁸ Artículo 122.Cuatro.7 *in fine* de la LPGE 2023.



2.1.3. Nuevas obligaciones para las personas empleadoras a tiempo parcial durante menos de 60 horas mensuales

En la disposición adicional segunda del RDL 16/2022, al hilo de las reformas de la obligación de cotización por desempleo, se han generado nuevas obligaciones para las personas empleadoras en materia de cotización, pero también de encuadramiento respecto de un colectivo concreto de personas trabajadoras del hogar. Seguramente aquel en el que se producen mayores cotas de irregularidad e incumplimiento de obligaciones legales: el de las trabajadoras a tiempo parcial que prestan servicios para varios sujetos empleadores.

Hasta el momento precedente a la reforma, si había acuerdo entre las partes en los casos de prestaciones laborales con un sujeto empleador durante menos de 60 horas al mes, podía ser la propia persona trabajadora la obligada al ingreso de sendas cuotas (de la parte empleadora y las suyas). Y aunque la persona empleadora estuviera obligada a entregar a la persona empleada el montante de la contribución social, no había modo de verificarlo. Ni tampoco era factible comprobar que, aunque la persona empleada del hogar lo recibiese, procediera a ingresarlo a cuenta del sujeto empleador, o, alternativamente, se lo apropiara, asimilándolo a remuneración, y omitiendo incluso ingresar su parte de cuota.

El legislador, entonces, procede a intentar hacer emerger una fracción considerable de empleo informal en este mercado de servicios. Así, a partir del 1 de enero de 2023, las personas empleadoras de sujetos que prestan servicios en el hogar durante menos de 60 horas mensuales también asumen las obligaciones de cotización y, por efecto, de alta/baja. Y con independencia de que el sujeto empleador hubiera acordado con la persona empleada que fuera esta quien asumiera las obligaciones de autoencuadramiento/cotización.

En paralelo, en aras –se supone– de incentivar el cumplimiento de esta nueva obligación, se ha previsto que ya sí sean aplicables todos los beneficios en la cotización reconocidos por la legislación vigente. Para ello, la disposición derogatoria única del RDL 16/2022 elimina del ordenamiento de Seguridad Social la disposición adicional vigésima cuarta de la LGSS; y lo hace con efecto desde el 1 de enero de 2023 (a tenor de la disp. final séptima RDL 16/2022), alineando el nacimiento simultáneo de la obligación de cotizar en estos supuestos con la posibilidad de disfrute de las bonificaciones correspondientes²⁹.

²⁹ Aquí seguro que sea donde se pueda valorar fehacientemente la efectividad de las bonificaciones, en los términos planteados en la disposición adicional quinta del RDL 16/2022.

2.2. El derecho transitorio y la generación de derechos prestacionales por desempleo y más allá

2.2.1. Desempleo contributivo

En la disposición final séptima del RDL 16/2022 se prevé que la norma entra en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Es decir, a lo que aquí interesa, se ha preferido la opción por el efecto inmediato de la norma, con algunas excepciones que ya se han puesto de manifiesto.

En lo que se refiere a la inclusión de la cobertura del desempleo dentro de la acción protectora del sistema especial de personas trabajadoras al servicio del hogar, no se han establecido reglas especiales. De forma que se ha de entender que cabe generar derechos a prestaciones que sean consecuencia de hechos causantes producidos a partir del 9 de septiembre de 2022. Será en ese momento en el que se haya de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa reguladora de la protección por desempleo en el régimen general³⁰. Pues bien, una vez que la extinción del contrato en los términos del artículo 11.2 del RD 1620/2011 en su nueva redacción ya es constitutiva de situación legal de desempleo, y el nuevo artículo 267.1.8.º de la LGSS tiene efecto inmediato, resulta más problemático el cumplimiento del requisito relativo a la carencia previa. Porque no es posible acreditar periodos cotizados por desempleo sino a partir del 1 de octubre de 2022 (fecha en la que nace la obligación de cotizar por desempleo) y el legislador ha obviado incluir reglas intertemporales especiales más concretas. Así, ha omitido incluir ficciones jurídicas, por lo que no hay en el RDL 16/2022 ninguna regla relativa a convalidación de contribuciones previas, o reglas de cómputo de cotizaciones ficticias, por ejemplo³¹. De esta manera, será el transcurso natural del tiempo el que permita la generación de derechos a prestaciones de desempleo en la modalidad contributiva. Y, concomitantemente, igual efecto se ha de desplegar en las distintas duraciones de las prestaciones³².

Atendiendo a la distinta tipología de relaciones laborales existentes, y a la proliferación de supuestos de pluriempleo, el coeficiente de parcialidad³³ habrá de tener un efecto variable en orden a la generación de prestaciones.

³⁰ Así lo establece el artículo 251 de la LGSS.

³¹ Habrá que estar al desarrollo reglamentario para comprobar si cabe la totalización de cotizaciones por desempleo vertidas en el régimen general, cuando el sujeto protegido haya tenido periodos de empleo simultánea o sucesivamente en régimen común y especial con distintos sujetos empleadores.

³² Así, a tenor de lo previsto en el artículo 269 de la LGSS, al menos hasta octubre de 2028, si acaso, no cabrá que ningún sujeto protegido pueda generar prestaciones con la máxima duración de 720 días. Y en octubre de 2023, solo podrán generarse, en el mejor de los casos, prestaciones con una duración de 120 días.

³³ En los términos establecidos en la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la LGSS, dada por el artículo tercero.Tres del RDL 16/2022.

2.2.2. Desempleo asistencial

Sin perjuicio de lo anterior, sí parece plausible que en la protección por desempleo asistencial se produzcan consecuencias diversas. En la medida en que, dentro de esta modalidad, hay supuestos en los que se establecen requisitos de carencias distintos, cabe anticipar que las personas trabajadoras puedan generar subsidios asistenciales de desempleo en lapsos de tiempo inferiores a 360 días a contar desde la entrada en vigor del RDL 16/2022³⁴, lo que adelantaría los efectos prestacionales de la reforma. Sirva señalar dos:

- El caso de las personas empleadas de hogar desempleadas que reúnan los requisitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 274.1 de la LGSS, salvo el relativo al periodo de espera, que se hallen en situación legal de desempleo y que no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto aún el periodo mínimo de cotización (como consecuencia de la aplicación de la nueva norma en el tiempo).

En este supuesto, se podrá obtener el subsidio siempre que la persona trabajadora carezca de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 de la LGSS, y haya cotizado al menos 3 meses y tenga responsabilidades familiares, o haya cotizado al menos 6 meses, aunque carezca de responsabilidades familiares (art. 274.3 LGSS).

- El caso de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar que puedan reunir los requisitos del subsidio para mayores de 52 años, atendiendo a que puedan acreditar periodos de cotización por desempleo previos, fuera del sistema especial³⁵.

³⁴ Obviamente, los tipos de subsidio asistencial ligados al agotamiento de prestaciones contributivas habrán de generarse solo a partir, aproximadamente, de marzo de 2024; en el buen entendido de que hacen falta 360 días desde el 1 de octubre de 2022 para generar derecho a prestación contributiva (con una duración de 120 días), agotada la cual, si se reúnen los demás requisitos del artículo 274.1 de la LGSS, cabe generar una prestación asistencial.

³⁵ Sirva traer aquí la sentencia que, antes del RDL 16/2022, ya había reconocido el subsidio para mayores de 52 años a una empleada del hogar. En particular, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictaba el 16 de marzo una Sentencia en recurso de suplicación núm. 5506/2021 contra Sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona. La sala revocaba la sentencia de instancia y reconocía el derecho de la actora/recurrente a percibir subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Lo hacía con sustento en la STJUE de 24 de febrero de 2022 para estimar que, dado que resultaba discriminatoria la exclusión de la cobertura por desempleo a las personas incardinadas en el sistema especial de empleo del hogar, no podía denegarse subsidio asistencial a una persona que sí reúne la carencia genérica, y todos los demás requisitos particulares de la modalidad, porque había prestado servicios en una empresa, fuera del sistema especial, pero no cumplía el requisito de carencia específica ni podría estar inscrita como demandante de empleo, porque no estaba reconocida la extinción de la relación laboral especial como constitutiva de situación legal de desempleo. En la sentencia, incluso, se dotaba de efectos retroactivos a la doctrina comunitaria: el hecho causante del eventual derecho se ubicaba temporalmente en 2019.

En estos supuestos, cabe dotar de efecto a carreras previas de cotización de personas empleadas del hogar cuyo último tramo laboral se desarrolla dentro del sistema especial, porque la nueva situación legal de desempleo y la posibilidad de inscripción como demandante de empleo permite tomar en consideración el cumplimiento de los restantes requisitos.

2.2.3. Los tránsitos prestacionales

En la solicitud de cuestión prejudicial que planteara el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo, ya se había puesto de manifiesto que la desigualdad del trato del colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar no se restringía exclusivamente a la mera –nada banal– exclusión de la protección por desempleo. Se indicaba que esa exclusión impedía que la persona trabajadora asegurada en el sistema especial sufriera consecuencias colaterales, ligadas a la imposibilidad de que pudiera encontrarse, en varias hipótesis, en situaciones asimiladas al alta ligadas a la condición de persona desempleada. De esta forma, con la exclusión del artículo 251 d) de la LGSS (ahora eliminada), no solo se imposibilitaba generar prestaciones por desempleo, sino que se impedían distintas posibilidades de tránsitos prestacionales (hacia la prestación de incapacidad temporal, o las pensiones de incapacidad permanente o jubilación, por señalar las más evidentes)³⁶. Algo que ahora se puede considerar solucionado, pero dentro de los lapsos de despliegue de efectos que se han apuntado más arriba.

3. El fin del desistimiento y las nuevas formas de extinción del contrato

En la EM, se explica la intensa remodelación del artículo 11 del RD 1620/2011 con sustento en la necesidad de eliminar la injustificada inferior protección (García Testal, 2019) en los supuestos de despido sin causa, que genera desprotección, e incluso un déficit de tutela en los casos en los que la extinción contractual pudiera ser constitutiva de discriminación. Algo que aboca a un incremento de la precariedad y la vulnerabilidad del colectivo.

El estándar desigual pivotaba en la existencia de –lo que en la EM se denomina– «institución de excepción»; que no es sino el desistimiento unilateral, sin causa, por parte de la persona empleadora, y con una indemnización muy inferior a la prevista en los demás supuestos extintivos regulados por la norma estatutaria, a saber: para las empleadas del hogar se prevén 12 días de salario, por contraposición a los 20 días previstos para el

³⁶ Véase el párrafo 97 de las Conclusiones del abogado general de 30 de septiembre de 2021.

despido objetivo procedente o 33 días en los casos de despido objetivo o disciplinario calificado como improcedente.

La existencia de la posibilidad de proceder al desistimiento, con un régimen jurídico bastante más laxo, ha provocado una inaplicación *de facto* de otros regímenes extintivos, lo que puede «vaciar de contenido el objeto tuitivo del derecho del trabajo» (Benavente Torres, 2018). Tal es así, que ha sido en sede jurisdiccional donde el órgano judicial ha debido proceder a calificar como despidos supuestos formalizados como desistimiento, con todo lo que eso significa en términos de litigiosidad y de accesibilidad al ejercicio de la tutela judicial efectiva³⁷.

3.1. Despido por nuevas causas objetivas

En el régimen especial de la relación laboral de empleo doméstico resultaban inaplicables aquellas esferas de la regulación del despido por causas objetivas referidas a los aspectos económicos, técnicos, organizacionales y productivos. En este punto afloraba la especialidad de quién es la persona empleadora (un no-sujeto empresario).

Sin embargo, conceptualmente, nada obstaba para componer un esquema extintivo, con causa, pero ajustado a las particularidades del hogar familiar, donde las causas económicas se podrían referir a las disponibilidades de recursos del sujeto empleador, y las organizativas/productivas, a las necesidades del hogar y sus vicisitudes.

Del mismo modo, en la antesala del incumplimiento sancionable (y, por lo tanto, no re-conducible al despido disciplinario), la persona trabajadora podría objetivamente presentar comportamientos alterados, procesos de ineptitud, que objetivamente pudieran justificar la extinción de la relación laboral, porque ya no se cohonesta el desempeño esperado de la persona empleada con las necesidades del sujeto empleador.

De esta manera se entiende que se haya establecido, como novedad remarcable del RDL 16/2022, a pesar de que no haya habido pronunciamiento del TJUE al respecto, sobre la base de la Directiva 2006/54/CE cuestionando el carácter discriminatorio de la regulación vigente, una nueva regulación de la extinción contractual en la relación laboral especial de servicio en el hogar.

El artículo 5.Tres del RDL 16/2011 modifica el artículo 11 del RD 1620/2011 para, en el apartado primero, reconducir el fenómeno extintivo a las causas previstas en el artículo 49

³⁷ Sirvan, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019) y de 14 de febrero de 2022 (rec. 4897/2018).

del ET (a todas, sin las excepciones que operaban precedentemente –las referidas a las letras h), i) y l)– que no se consideraban compatibles con la naturaleza especial de la relación).

En el apartado 2 se incorporan tres causas específicas, para las que se establece un régimen adjetivo/procedimental e indemnizatorio particular, distinto del previsto en el ET para el despido objetivo.

De esta manera, por sustitución, se ha eliminado la posibilidad del desistimiento sin causa, y se ha previsto que la relación laboral de carácter especial pueda extinguirse por alguna de las tres nuevas causas, «siempre que estén justificadas».

Si se observa, la redundancia tiene una pretensión profundamente rupturista con la regulación anterior. La existencia de causa ya equivale a justificación. Y quizás la justificación se haya de interpretar aquí en el sentido de que no simplemente basta alegar la causa, sino que ha de ser «probada».

Pues bien, entre las nuevas causas se ha incluido una objetivación de circunstancias económicas ajustadas a la condición de sujeto particular que es empleador, pero no es una empresa. («a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida»). En esta causa tendrían cabida la pérdida de empleo de la persona empleadora y/o de otras personas integrantes del hogar, y la pérdida de subvenciones o ayudas públicas para el cuidado en el hogar, por señalar los ejemplos más evidentes.

En segundo lugar, se ha incluido una causa referida a la eventual alteración que se pueda producir en las necesidades (ya no económico-productivas, sino familiares), que subyacen a la necesidad de la contratación de los servicios («b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar»). Se habrá de plantear aquí la interpretación de tres conceptos jurídicos indeterminados: la modificación (¿cuál?), la sustancialidad (¿cuándo lo es?) de la misma, y referida a ¿qué necesidades? En esta causa cabría una pluralidad de supuestos, de muy distinta naturaleza. Tan variada como sean las concreciones de la prestación de servicios. En la medida en que en el hogar familiar se procede al cuidado de las personas y las cosas, se podrían incardinar en esta causa todas las vicisitudes personales que puedan afectar a las personas cuidadas (fallecimiento, crecimiento, procura de cuidados institucionales fuera del hogar) o a la propia persona empleadora (alteraciones de las posibilidades de atender el cuidado por sí misma, traslado de domicilio, etc.).

La tercera nueva causa resulta, sin embargo, menos objetiva, porque, *de facto*, permite subjetivar el motivo extintivo («c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamentalmente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora»).

Entre las causas del despido disciplinario regulado estatutariamente ya se encuentran comportamientos de la persona trabajadora (mala fe, abuso de confianza, disminución voluntaria de la productividad, ausencias y retrasos injustificados) que justifican un infravalor

jurídico que puede provocar una extinción con causa disciplinaria procedente, con la finalidad de salvaguardar los intereses esenciales de la persona empleadora.

No obstante lo anterior, en la reforma operada por el RDL 16/2022, se ha previsto una causa objetiva jurídicamente indeterminada, fundamentada en la pérdida de la confianza. El elemento de la confianza de la persona empleadora (no tanto el lugar de trabajo) es el que actúa como elemento nuclear de la especialidad del régimen jurídico. Si se observa, en último término, se ha mantenido una reminiscencia potente de la subjetividad unilateral: la persona empleadora conserva la capacidad de alegar la pérdida de confianza en la empleada. Y eso es un proceso mental individual, que no se objetiva por el legislador suficientemente, aunque se exija la fundamentación razonable y proporcionada. De nuevo, esos dos conceptos jurídicos indeterminados frenan la posibilidad de tutela y acaban reconduciendo la situación extintiva a la sede jurisdiccional. En efecto, será muy plausible la divergencia de opiniones entre la persona empleadora y la empleada sobre qué hechos razonablemente justifican como procedente la extinción. Y será el órgano judicial el que, casuísticamente, haya de determinar la concurrencia o no de causa suficiente para perder la confianza en los términos del artículo 11.2 del RD 1620/2011, o si hay un abuso de confianza o incumplimiento análogo que se ha de reconducir al régimen común.

Se trata, en definitiva, de una previsión legal que parece responder a las demandas sociales de las personas empleadoras, más que a la congruencia normativa con las finalidades indicadas en la propia EM del RDL 16/2022, puesto que la conservación de esta causa inhibe la equiparación total de la protección en caso de extinción. Tanto más cuanto la calificación del despido y la vertiente indemnizatoria no se han modificado sistemáticamente.

3.2. Preaviso, indemnización o despido

Para este nuevo supuesto extintivo, junto a las causas específicas, se ha mantenido un procedimiento particular, distinto del previsto estatutariamente para las extinciones por causa objetiva. En concreto, se mantiene la vertiente adjetiva que estaba prevista en su momento para el desistimiento. En esta vertiente, funcionan como contrapartidas a la extinción: a) la exigencia de una comunicación (por escrito y con manifestación clara e inequívoca de la voluntad extintiva), b) la puesta a disposición de la indemnización (de una cuantía equivalente a 12 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades), c) el preaviso (de 20 o de 7 días, según la antigüedad, pero que resulta sustituible por una indemnización equivalente a los días de salario en los que se omite el preaviso) y d) la presunción de que, a falta de comunicación, se ha optado por el despido.

En otras palabras, se ha mantenido el régimen jurídico previsto para articular formalmente el desistimiento, pero ahora referido a la extinción por esas causas objetivas particulares. Lo que se traduce en el mantenimiento de un *tertium genus* extintivo para este tipo de personas trabajadoras en el hogar, que sigue constituyendo una diferencia de trato respecto de los sujetos trabajadores de régimen laboral común.

4. La protección contra los riesgos laborales

4.1. El derecho a la salud laboral de las personas trabajadoras al servicio del hogar

En el artículo primero del RDL 16/2022, el legislador procede a modificar la LPRL; algo que había venido siendo demandado sistemáticamente (Ayala del Pino, 2022).

Suprime en el apartado Uno el artículo 3.4³⁸, de suerte que dejan de estar constitutivamente excluidas del ámbito de esa ley las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. Para proceder a una inserción expresa, en el apartado Dos del artículo primero del RDL 16/2022, se inserta en la LPRL una nueva disposición adicional decimoctava, en la que se declara el «derecho de las personas trabajadoras vinculadas mediante la relación laboral especial del servicio del hogar familiar a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», atendiendo a las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se establezcan reglamentariamente³⁹.

A pesar de que el propio legislador gubernamental se autoimpone un plazo de 6 meses para proceder al desarrollo reglamentario de esta disposición (disp. final sexta.2 RDL 16/2022), no puede dejar de indicarse que la novedad normativa queda entonces en relativo suspenso, puesto que solo siguen desplegando efectos jurídicos las obligaciones previstas en el artículo 7 del RD 1620/2011. En efecto, el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del sujeto empleado de hogar se realice «en las debidas condiciones de seguridad y salud»; eso entraña que haya una obligación legal del sujeto empleador de adoptar «medidas eficaces», teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. No se concreta mucho más, y, obviamente, no se contemplan otros modos de verificación de cumplimiento ni sanciones administrativas por incumplimiento; solamente se prevé una mera reacción en el ámbito privado de la relación laboral, de modo que el incumplimiento grave de esas obligaciones difusas es justa causa de dimisión de la persona trabajadora (art. 7.2 RD 1620/2011), sin que haya una óptica preventiva mínima. De esta manera, solo la extrapolación de reglamentaciones preexistentes propias

³⁸ «Artículo 3. Ámbito de aplicación. [...]

4. La presente ley tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene».

³⁹ El legislador no habría podido dejar de obrar de este modo al revisar la normativa española, en la medida en que la protección de la salud en el trabajo, el derecho a un entorno de trabajo seguro, se ha convertido en el quinto principio fundamental del trabajo, no exceptuado para ningún colectivo de personas trabajadoras. Se produce así el alineamiento con lo previsto en el artículo 13 del Convenio 189 de la OIT. Y el artículo 19 de la Recomendación 201 presenta también una hoja de ruta interesante para el desarrollo reglamentario pendiente.

de otros ámbitos puede servir de referencia a las personas empleadoras y, por extensión, a las empleadas, para su autoprotección⁴⁰.

Se hará entonces preciso que la norma reglamentaria diseñe un elenco adaptado de obligaciones de la persona empleadora, atendiendo a la tipología tan diversa de tareas desempeñadas en el hogar⁴¹, a la interacción del régimen jurídico-laboral vigente, especialmente en lo relativo a tiempos de trabajo, con la salud laboral (física y mental⁴²) y, sobre todo, atendiendo a los distintos supuestos de pluralidad de sujetos empleadores⁴³.

⁴⁰ Desde el punto de vista de las funciones y tareas del trabajo doméstico –las esenciales de limpieza y cuidado (de menores y personas en situación de dependencia)–, si bien tienen una réplica en régimen de trabajo común (sector de limpieza y cuidados sociosanitarios), donde sí cabe deslindar reglas preventivas específicas, esas no se extrapolan en modo alguno en los servicios en el hogar, y podrían serlo.

De igual manera, a falta de reglas, sería plausible la búsqueda de otras soluciones jurídicas, por extrapolación de las reglas generales sobre manipulación de cargas, sobre trabajos en altura, sobre uso de –y consecuente multiexposición a– determinados productos químicos, o sobre realización de tareas repetitivas.

⁴¹ La polivalencia de partida es una característica común. Algo que no resulta baladí en el siguiente sentido: el trabajo doméstico aglutina dos grandes núcleos de tareas: a) las ligadas al cuidado de personas y b) las ligadas a las tareas del hogar (cocina y limpieza en sentido amplio). Por lo que respecta a las primeras, cabría distinguir entre las tareas de cuidado de niños, enfermos y mayores o personas dependientes. Por lo que se refiere a las segundas, cabe un abanico amplio de grados de intensidad y complejidad, atendiendo al tipo de hogar familiar (superficie y tipo de vivienda, número de miembros, etc.). Para mayor complicación, cabe que una misma persona pueda ser compelida a realizar varios tipos de tareas de sendos grupos, simultánea o sucesivamente, de forma regular o irregular, con plazos o sin ellos.

⁴² Desde una óptica psicosocial (de salud mental), entre las condiciones del trabajo de servicio doméstico, una de las más sensibles es el tiempo de trabajo. Porque cabe la figura del sujeto empleado de hogar interno, y en el otro extremo, el empleado a tiempo parcial (que seguramente preste servicios sucesivos para distintos empleadores). En una zona intermedia, se prevé una jornada estándar de 40 horas semanales y de tiempos de presencia suplementarios, limitados legalmente, previo pacto. Los periodos de descanso, del mismo modo, quedan dentro del margen de ajuste de cada hogar, en la medida en que quedan remitidos al pacto. De forma que el estado de salud podría verse afectado por sobreesfuerzos, estrés o factores análogos. Tanto más en la medida en que se puedan plantear vicisitudes para la persona empleada de hogar en sus propios procesos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal.

⁴³ El pluriempleo es otra realidad habitual. Se pone así de manifiesto cómo es posible intensificar sus efectos en los casos en que el trabajo doméstico se realice para uno o para varios sujetos empleadores. La existencia de empleador único o múltiple afecta a la efectividad en el cumplimiento de deberes y la exigibilidad de derechos contemplados en el régimen jurídico de la relación laboral misma. Eso provoca, *de facto*, la prestación laboral sin solución de continuidad con eventuales personas empleadoras concomitantes y/o sucesivas; algo que desdibuja los contornos de la responsabilidad jurídica de cada una de ellas. Y supone un factor acelerante de un eventual proceso de deterioro de la salud (en su doble dimensión, salud femenina ligada a la edad y salud laboral ligada al tipo y régimen de trabajo).

A eso se sumaría la existencia de sujetos intermediarios (con o sin ánimo de lucro) entre persona empleada de hogar y el sujeto empleador, lo que introduce un halo de indefinición y debilitamiento del poder negocial de la persona trabajadora al servicio doméstico.

Queda pendiente, además, debatir sobre la necesidad de establecer instrumentos de gestión de la prevención diferenciados/particularizados, que coadyuven al empleador particular en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas.

En efecto, es verdad que el sujeto empleador puede no ser un sujeto equiparable al empleador empresario, que tiene acceso a recursos y herramientas preventivas diversas. De ahí la eventual opción por mancomunar las obligaciones preventivas en torno a entidades públicas especializadas, que informen, formen, faciliten equipos de protección a las personas trabajadoras, descargando a la persona empleadora del peso del cumplimiento del deber general de prevención estándar⁴⁴.

4.2. La violencia en el trabajo y otros riesgos psicosociales

Resulta muy remarcable que, en la nueva disposición adicional decimoctava de la LPRL introducida por el artículo primero. Dos del RDL 16/2022, pioneramente se intensifica el derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo para referirla expresamente al ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres en el servicio doméstico, donde se han venido denunciando especiales formas de violencia (Olarte Encabo, 2021). De un modo más concreto, en una remisión en blanco al desarrollo reglamentario (en la que solo se refiere a las especialidades del trabajo, sin mayores concreciones), sí se hace una mención expresa a la violencia en el trabajo.

Se trata de una previsión totalmente congruente con otro producto legislativo coetáneo, a saber, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día anterior al de la publicación del RDL 16/2022⁴⁵.

⁴⁴ Como paradigma de esa opción, en una variante básica, sirva señalar el papel que ha asumido el Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales (OSALAN, 2019). Ya en 2019 optó por componer una herramienta dirigida a personas empleadoras y trabajadoras. En sus 38 páginas, identifica toda la tipología de riesgos y factores de riesgos presentes en el hogar, y ofrece dos bloques de buenas prácticas (para empleada/empleadora) respecto de cada categoría. (Se imprimieron 2.500 ejemplares y está disponible en formato digital en <https://www.osalan.euskadi.eus/libro/guia-basica-de-prevencion-de-riesgos-laborales-para-personas-trabajadoras-del-hogar-2019/s94-contpub/es/>).

⁴⁵ A pesar de la distinta naturaleza de las normas (ley orgánica versus norma aprobada por el Gobierno con rango de ley), no se puede olvidar el fundamento común de ambas, que no es sino, de modo inmediato, el de ser materializaciones del compromiso del Reino de España de dar cabal cumplimiento al Convenio 190 (2019) de la OIT, cuyo instrumento de ratificación había sido consignado por la ministra de Trabajo en Ginebra el 15 de mayo de 2022. Dado que el convenio ya había entrado en vigor en los términos previstos según el derecho internacional de los tratados, España se halla ya plenamente vinculada por lo preceptuado allí.

La ratificación de este convenio se ha de entender enmarcada en dos hojas de ruta gubernamentales, a saber: tanto en la Estrategia española de desarrollo sostenible 2030, cuanto en el Plan de Recuperación,

Por simplificar, dado que no es el objeto de esta contribución, sirva señalar que el derecho a la prevención de las situaciones de violencia se conforma en sendas normas con carácter bifronte, como derecho a la integridad física y psíquica, y como derecho a la igualdad efectiva y la no discriminación. De forma que la potencia de la vertiente preventiva se enhebra ahora con la potencia de los instrumentos previstos, bien es cierto, para el ámbito empresarial, respecto de la protocolización de la prevención, denuncia, eliminación y reparación de las situaciones de acoso sexual y por razón de género.

Resulta así menos relevante la reconducción o no de esos supuestos de acoso al ámbito de los riesgos psicosociales⁴⁶, por cuanto se ha creado una etiqueta específica, dentro de la vertiente preventiva.

Se mantiene, sin embargo, una particularidad que habría de provocar una dificultad: la de que el hogar familiar, a diferencia de otro centro de trabajo, donde pueden estar presentes otras personas de la plantilla, o representación legal en la empresa, es un entorno de trabajo protegido por la privacidad familiar, y donde, junto a la persona empleadora, pueden coincidir sujetos terceros ajenos a la relación jurídico-laboral (miembros de la unidad familiar o personas presentes en el domicilio) que pueden ser potenciales agresores de la persona trabajadora. Paradójicamente, la persona empleada se encuentra en situación de especial vulnerabilidad (tanto más si presta servicios en régimen de trabajo interno⁴⁷), puesto que no tiene especiales herramientas preventivas (salvo el abandono del empleo) ni de defensa, más allá del recurso a las fuerzas del orden público. Donde la efectividad de la protección se supedita a procesos de índole penal, en la mayoría de las ocasiones una vez se han producido ya una o varias secuencias de violencia (agresiones físicas y/o psíquicas). Lo que puede desincentivar a la persona trabajadora que intente su defensa y ejercite sus eventuales derechos. En orden a facilitar la defensa de los derechos, y a dotar de efectividad el principio de indemnidad en estos supuestos, la eliminación del desistimiento ha de tener un efecto muy positivo. Tanto más cuanto la posibilidad de la extinción sin causa hipotéticamente suponía –si no jurídica sí psicológicamente– un elemento desincentivador de la reivindicación de derechos, y de la denuncia de irregularidades e incumplimientos ante las entidades competentes.

Transformación y Resiliencia, en los que la igualdad de género (objetivo de desarrollo sostenible 5), la erradicación de todo tipo de violencia contra las mujeres y la igualdad de oportunidades son ejes centrales.

⁴⁶ Aunque no deja de ser preciso prestar atención, con independencia del género, a la posibilidad de que la persona empleadora lleve a cabo comportamientos de acoso moral respecto de las personas empleadas a su servicio. Y sirva de mero ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 25 de enero de 2017 (rec. 1895/2016).

⁴⁷ Ahora bien, en los términos previstos en el artículo 3 del Convenio 190 de la OIT, este se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo; alcanzando al alojamiento proporcionado por el sujeto empleador, lo que requiere el diseño reglamentario de especiales garantías de protección contra el acoso en el caso de las personas trabajadoras internas.

Esta ha de ser una de esas especificidades a las que el desarrollo reglamentario ha de prestar atención para diseñar mecanismos eficaces de protección, tanto más tras la experiencia de las situaciones variadas de violencia que las trabajadoras del hogar han podido sufrir durante el confinamiento y en general durante las distintas fases álgidas de la pandemia (OXFAM, 2021).

Además, al margen de las situaciones de acoso multiforme, en la prestación de servicios al hogar familiar no puede dejarse de prestar atención a otros factores psicosociales, que pueden ser acumulativos a la violencia en toda su morfología. Así, habrán de evaluarse las condiciones de trabajo de cada persona empleada en el hogar, y analizar los ritmos de trabajo, el tipo de polivalencia, las eventuales situaciones de pluriempleo o, en el extremo, de prestación de servicios en régimen interno, el régimen de descansos, la remuneración, las relaciones interpersonales con la persona empleadora o las personas del hogar, etc.

Es muy probable (pero como es habitual en este ámbito no hay evidencias cuantitativas sistemáticas, sino algunas cualitativas) que las situaciones de precariedad laboral en sí mismas puedan afectar a la salud mental. Y ya simplemente, el trabajo de cuidados (de personas) tendría algunas particularidades en lo relativo a la prevención de riesgos psicosociales (OSALAN, 2019, p. 27), tanto más cuanto se tomen en consideración otros aspectos.

4.3. Enfermedades profesionales

Si bien se puede entender que la previsión solo vaya a tener efectos colaterales en el empleo del hogar, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que el legislador haya previsto en la disposición adicional cuarta del RDL 16/2022 la creación de una comisión⁴⁸ cuya misión sea la de elaborar una propuesta de reforma del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social, a efecto de que se integre la perspectiva de género. Que no se refiere exclusiva ni directamente a las trabajadoras domésticas.

De este modo, cabe la duda de si este precepto se puede considerar extraño (como sucede con las disposiciones relativas a la gestión de las ayudas al transporte y títulos multiviajes) a la temática esencial del real decreto-ley y, por lo tanto, desprovisto del halo de legitimación constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad.

No se puede negar que, si se integra correctamente dicha perspectiva, será preciso valorar que ciertas tareas de limpieza, de cuidado de personas (menores y mayores en situación

⁴⁸ Integrada tripartitamente, por la parte gubernamental, por los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de Sanidad, y de Igualdad a través del Instituto de las Mujeres, así como, por la parte de los interlocutores sociales, por organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

de dependencia), son susceptibles de generar enfermedades que, por más que puedan tener una etiología común, se agravan sustancialmente como consecuencia del trabajo al servicio del hogar y/o en ocasiones tienen como causa única dicho trabajo.

En el ámbito del trabajo al servicio del hogar familiar, a falta de una oportuna protección preventiva contra los riesgos laborales, la cobertura de las contingencias profesionales ha presentado muchas vicisitudes ante la dificultad de identificar el origen laboral único o preponderante de las patologías⁴⁹. La inclusión de las actividades desarrolladas al servicio en el hogar, y su consideración como enfermedades profesionales, abre la vía a una expansión *de facto* del potencial protector de la cobertura por contingencias profesionales en el sistema especial. No solo se harán posibles los periodos de observación como particular situación protegida durante incapacidad temporal, sino que, también, podrían causarse pensiones de incapacidad permanente sin la exigencia de los atribulados periodos de carencia exigidos en cada grado para las situaciones derivadas de contingencia común cuando sea posible identificar inequívocamente⁵⁰ el origen laboral.

De ahí que ese nuevo cuadro de enfermedades profesionales con perspectiva de género seguro puede tener efectos muy positivos en el colectivo de trabajadoras del hogar.

5. La nueva protección en caso de insolvencia del sujeto empleador particular

5.1. La extensión de las reglas generales de garantía del salario

En el artículo segundo del RDL 16/2022, se reforma el apartado 2 del artículo 33 del ET para incluir en su ámbito subjetivo a las personas trabajadoras al servicio del hogar. De esta forma, el Fogasa deviene obligado al abono de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de las personas trabajadoras a causa de despido o extinción de contratos al amparo del artículo 11.2 del RD 1620/2011.

⁴⁹ Como paradigma de esta dificultad se encontrarían dos tipos de patologías: las ligadas a los trastornos musculoesqueléticos y las ligadas a la salud mental (depresión, ansiedad, fatiga crónica y patologías derivadas de ellas).

⁵⁰ Y en esto rápida, seguro, la especial dificultad de introducir la perspectiva de género cuando siguen coincidiendo sociológicamente las tareas que se desempeñan en el puesto de trabajo al servicio del hogar familiar y presuntamente en el seno de la organización familiar propia. No obstante, jurisprudencialmente se han reconocido como enfermedades profesionales ciertos padecimientos tradicionalmente considerados como de origen común. Así, a una trabajadora de asistencia a domicilio le ha sido reconocido como enfermedad profesional su padecimiento de síndrome del túnel carpiano (STS de 6 de julio de 2022, rec. 3579/2019). Y a una limpiadora se le ha reconocido como enfermedad del trabajo la «rotura de manguito izquierdo rotador» (STS de 20 de septiembre de 2022, rec. 3353/2019).

Con esta previsión expresa se resuelve otra de las incertidumbres que la STJUE de 24 de febrero de 2022 había generado. En efecto, algún órgano jurisdiccional en el orden social no tardó en, al hilo de la sentencia, extrapolar al ámbito de las garantías del salario la consideración como discriminatoria de la regulación diferenciada respecto de las personas trabajadoras domésticas. De esto fue paradigmática la Sentencia 91/2022, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social de Barcelona, que condenó al Fogasa a abonar a una empleada doméstica la cuantía correspondiente a la indemnización por despido improcedente que le fue reconocida en Sentencia del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona de 12 de abril de 2018, pero que no pudo ser ejecutada por declaración de insolvencia total del sujeto deudor⁵¹, y lo hacía sobre la base de que, sin que haya justificación legítima alguna, en la medida en que estadísticamente están afectadas mayoritariamente mujeres en el marco de la relación laboral especial, la exclusión del ámbito del Fogasa se ha de entender discriminatoria y, por ende, contraria a la Directiva 2006/54/CE.

5.2. Cotizaciones al Fogasa

Con la finalidad de establecer una regulación concordante, junto a la modificación del artículo 33.2 del ET, en el artículo cuarto del RDL 16/2022 se procede a la modificación de la norma reglamentaria conexas, a saber, el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fogasa. De un modo más concreto, en su artículo 11.Uno, se inserta una nueva letra, la d), para incorporar al colectivo de sujetos obligados a cotizar al Fogasa a las personas empleadoras. Que habrán de hacerlo por las personas trabajadoras en el hogar familiar con las que mantienen un vínculo en virtud de relación laboral de carácter especial.

En el artículo tercero.Tres del RDL 16/2022, vinculado a la cotización por desempleo, se revisan las reglas específicas de cotización en el sistema especial para personas empleadas del hogar. Sirva entonces trasladar lo que ya se previera más arriba.

5.3. Alcance de la cobertura en caso de insolvencia

El alcance de la garantía, sin embargo, sigue presentando particularidades (desigualdades), de ahí que el Fogasa haya de abonar las indemnizaciones previstas, a razón de los 12 días por año de servicio previstos en el artículo 11.2 del RD 1620/2011, con el límite máximo de 6 meses (por contraposición al límite general de una anualidad)⁵².

⁵¹ Allí la magistrada asumió que, aunque las personas trabajadoras con relación laboral especial al servicio del hogar familiar no están incluidas en el ámbito del artículo 11 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fogasa, y, por lo tanto, el empleador particular no estaba obligado a cotizar, resultaba plenamente aplicable la argumentación de la STJUE de 24 de febrero de 2022 (que transcribe en buena parte en su fundamento jurídico tercero).

⁵² Según preceptúa el nuevo apartado seis del artículo 19 del RD 505/1985, en la redacción dada por el artículo cuarto.Dos del RDL 16/2022.

De facto, sin embargo, a la vista de los niveles salariales de las personas trabajadoras del sistema especial, es previsible que la cobertura de la garantía sea, en términos relativos, mayor que la de otro tipo de colectivos de personas trabajadoras. Esto es así en tanto en cuanto el salario diario que sirva de base al cálculo de la indemnización no podrá exceder del doble del SMI, incluyendo las pagas extraordinarias, y es inhabitual que se pacten en las relaciones laborales especiales salarios superiores a dicho SMI, que actúa con vis atractiva como referencia bastante más favorable.

6. Otras mejoras: la forma del contrato y derechos de información sobre las condiciones de trabajo

En el artículo quinto.Dos del RDL 16/2022 se establece que la forma del contrato se ajustará a lo previsto en la norma estatutaria. De tal manera que predomina la forma escrita y, a falta de ella, se presumirá que el contrato se ha realizado por tiempo indefinido y a tiempo completo.

Se han eliminado las referencias a la duración mínima del contrato como condicionante al que se subordina la forma escrita y en él se ha de hacer constar la información esencial requerida por el RD 1659/1998, por el que se desarrolla el artículo 8.5 del ET, lo que se traduce en una reformulación de los derechos de información de la persona trabajadora.

Junto a lo anterior, en la nueva redacción dada al artículo 5.4 del RD 120/2011 (art. quinto. Dos RDL 16/2022), se establece el derecho de la persona trabajadora a recibir información de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si los mismos no constan en el contrato por escrito.

Sendas previsiones, que suponen un avance claro en la garantía de los derechos de las personas trabajadoras, resultarán de aplicación, sin embargo, a los contratos vigentes a partir del 9 de septiembre de 2022 (disp. trans. primera RDL 16/2022), por lo que cabe actualizar obligaciones/derechos de formalización/información no cumplidos con anterioridad.

Paralelamente, en orden a la formalidad, transparencia y publicidad de las condiciones de trabajo enmarcadas en la relación laboral concreta, el artículo sexto del RDL 16/2022 procede a modificar el artículo 43.2 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero. De esta forma, en las solicitudes de alta que el sujeto empleador formule respecto de las personas empleadas a su servicio, se han de hacer constar (además de los datos generales, el código de cuenta de la entidad financiera para hacer efectiva la liquidación simplificada y el abono de las cotizaciones) una serie de datos que se pueden entender esenciales para proceder a una

liquidación ajustada a la realidad de la prestación. De modo más preciso, han de figurar: de un lado, los datos relativos al tipo de contrato (indefinido/temporal y de qué tipo), de otro, los datos referidos:

- al tiempo de trabajo (número de horas de trabajo mensuales y semanales, con especificación de si hay o no pacto de horas de presencia y/o de pernocta);
- al salario pactado (con indicación del salario por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, el importe del salario mensual acordado en especie, y la retribución por hora de presencia o pernocta pactada).

En suma, se trata de generar una composición holística de jornada real a efectos del ajuste proporcional al referente del SMI, con una aproximación a las reglas generales de determinación de las bases de cotización.

Por efecto, si la TGSS cuenta con toda la información real, podrá proceder a un cálculo fidedigno de las cotizaciones debidas y, por ende, podrá aplicarles las reducciones y bonificaciones previstas. Y, por otra parte, la persona trabajadora está cotizando por bases lo más aproximadas posibles a su realidad laboral, lo que tendrá oportunos efectos en la eventual vertiente prestacional.

7. Una -agridulce- valoración final

7.1. La desprecuarización laboral del colectivo

Sin duda, sea cual fuere la razón última que subyace a la voluntad legislativa (los convenios de la OIT, la Agenda 2030, la doctrina comunitaria a partir de la STJUE de 24 de febrero de 2022), se puede afirmar que el RDL 16/2022 tiene como efecto la eliminación parcial de la precariedad laboral (Morales Ortega, 2021; OXFAM, 2021) que sufrían las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. Porque se han eliminado las regulaciones desiguales/discriminatorias, que no puede entenderse que se justifiquen suficientemente por las particularidades de la relación laboral especial. Se hace efectivo el derecho a la salud en el entorno de trabajo (aunque está pendiente de desarrollo reglamentario concreto), se garantiza parcialmente el salario, se equipara la protección por desempleo a la de los demás sujetos trabajadores por cuenta ajena ordinarios y, sobre todo, se elimina la disponibilidad unilateral y omnimoda por la persona empleadora de la estabilidad y vigencia del vínculo laboral.

Se presupone entonces que haya de mejorar la salud física y mental del colectivo de personas trabajadoras y se reduzca la probabilidad de encontrarse en situaciones de pobreza/exclusión laboral como consecuencia de la desprotección en caso de pérdida de empleo.

7.2. Cuestiones pendientes y oportunidades perdidas

Sin perjuicio del avance muy significativo, no obstante, han quedado pendientes varias cuestiones de hondo calado, que sirve dejar aquí meramente enumeradas.

Quizás la más gruesa: se ha reformado parcialmente el régimen del RD 1602/2011, pero no se han resuelto congruentemente aún las fricciones sociológicas existentes relacionadas con los cuidados. A la espera de cómo se desarrolle la nueva Estrategia europea de cuidados, hay serias carencias en el escenario español, a saber: a) los servicios públicos de atención a la dependencia y la infancia son insuficientes y b) no se atiende a la situación de irregularidad administrativa de buena parte de las personas trabajadoras que prestan servicios en el hogar.

Queda pendiente la cuestión de la profesionalización de los cuidados (Grau Pineda, 2020). Aunque se ha previsto en el RDL 16/2022 una disposición adicional sexta relativa a la acreditación de competencias, su contenido no deja de ser vago. El Gobierno se compromete a desarrollar políticas de formación y acreditación para las personas empleadas en el hogar dedicadas al cuidado de personas (no de las cosas). Pero ni fija plazos, ni lleva a cabo mayores concreciones sobre el tipo de formación ni la tipología de las acreditaciones (carné profesional, título habilitante...).

Además, si se recuerda, al reformar la disposición transitoria decimosexta de la LGSS, se ha omitido cualquier referencia a la cotización por formación profesional. Lo que se puede interpretar como una dilación *sine die* de la articulación de esas acciones profesionalizantes. Esto, obviamente, se ha de traducir en el mantenimiento de la feminización del trabajo al servicio del hogar familiar.

Desde el punto de vista de la equiparación plena de la acción protectora, en el RDL 16/2022 se procede a mantener ciertos tratamientos diferenciados. Más allá del retraso de la cotización por salarios reales, se retrasa mínimamente también la integración de lagunas de cotización en caso de invalidez y jubilación⁵³.

El régimen de persona empleada del hogar interna se mantiene y, aunque es verdad que la protección de los riesgos laborales (y la prevención de la violencia y el acoso) beneficia a este colectivo, siguen siendo reproducibles las críticas a la conservación de esta

⁵³ En la disposición transitoria decimosexta de la LGSS, redactada por el artículo tercero. Tres del RDL 16/2022, se vuelve a prorrogar, ahora hasta 2023, la exclusión de integración de lagunas en el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente por contingencia común. Para el intervalo 2012-2022 solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados. Por lo que respecta a la jubilación, a partir de 2023, ya sí será de aplicación al colectivo incorporado al sistema especial lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1 b) de la LGSS.

figura histórica (Sanz Sáez, 2018a), arcaica y clasista. Es más, parece quedar incentivado y se sigue favoreciendo que en el hogar familiar una única persona cubra necesidades permanentes de atención y cuidado, desde el momento en el que las bonificaciones previstas tienen una regla común relativa a que solo pueden tener como sujeto de imputación a una única persona empleada. De esta manera, se puede entender que se sigue manteniendo un modelo de cuidado de la dependencia en el hogar, pero sin garantizar condiciones de trabajo plenamente decentes. La alternativa sería la de promocionar/subvencionar, a falta de alternativas residenciales u otros mecanismos asistenciales análogos, que en el hogar familiar pudieran establecerse varios turnos de personas cuidadoras empleadas del hogar dedicadas al cuidado de personas dependientes. Y eso exigiría algún tipo de sustento público.

Y, en este sentido, se habrían de resolver las tensiones entre dos extremos (las demandas de desgravaciones fiscales⁵⁴ sin condicionantes de rentas y la subvención de los cuidados en los casos en que las personas empleadoras tienen niveles de rentas medias o inferiores a las medias) y las zonas grises, lo que entraña resolver la confrontación entre los cuidados como lujo/necesidad.

Se ha perdido la oportunidad de homogeneizar las indemnizaciones derivadas de extinciones contractuales, así como se ha omitido una acción legislativa expresa sobre las condiciones del despido nulo y sus efectos. Todo a pesar de que las trabajadoras domésticas embarazadas han podido verse muy afectadas por la existencia de la figura del desistimiento, de forma que, *de facto*, podría generarse la inoperancia de la tutela antidiscriminatoria. Pero, aun cuando judicialmente se pueda valorar la existencia de un despido nulo, quedan pendientes las cuestiones ligadas a la eventual readmisión, el cálculo de indemnizaciones por daños morales, entre otros asuntos. De esta manera, suprimida la extinción sin causa, emergerán aquellos supuestos disipados antes en la mera voluntad individual del sujeto empleador, que entrañan una discriminación por razón de embarazo. El legislador, sin embargo, ha dejado pendiente el régimen de la nulidad⁵⁵.

Tampoco se han armado esquemas tendentes a poder articular la organización de los intereses de las personas empleadas del hogar y de los sujetos empleadores. O, dicho de otro modo, quedan pendientes las fórmulas de articulación de relaciones colectivas de trabajo (Nieto Rojas, 2019). Y, aunque es verdad que el asociacionismo de las personas trabajadoras empleadas es potente y ya hay presencia sindical en la defensa de sus intereses, faltaría promocionar algún género de asociacionismo de los sujetos empleadores particulares.

⁵⁴ Como último ejemplo, véase la Proposición No de Ley 161/003360 (BOCG, Serie D, General, de 3 de noviembre de 2021, núm. 355, pp. 31-33), presentada por el Partido Popular, y que demanda la creación de incentivos fiscales (desgravaciones) para la contratación de servicios en el hogar familiar.

⁵⁵ No cabe hacerlo aquí, pero la STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019) abre varios debates al respecto.

En principio, el esquema de incremento de la transparencia de las condiciones de empleo y de trabajo, así como el esquema de incentivos a las personas empleadoras, puede ayudar a hacer emerger un número considerable de relaciones jurídicas informales, con la generación de derechos laborales y de Seguridad Social que eso conlleva. Ahora bien, falta analizar el impacto de los comportamientos sociales, psicológicos, antropológicos, implicados en la efectividad de las normas.

Y en un sentido parejo, se ha perdido la oportunidad de prevenir el impacto del trabajo a través de plataformas respecto del trabajo de servicio doméstico; algo que simplemente habría requerido hacer extensiva de modo expreso a la relación laboral especial la presunción contenida en la disposición adicional vigesimotercera del ET tras la reforma operada por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

En realidad, muchas son las cuestiones pendientes y cabría entender que hay tantas otras oportunidades perdidas, pero no se puede olvidar que la forma de la norma requiere prudencia. Y quizás no todo sea tan urgente...

Referencias bibliográficas

- Alsthor, P. (2020). *Informe del relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos* (A/HRC/44/40/Add.2). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/documents/reports/visit-spain-report-special-rapporteur-extreme-poverty-and-human-rights>
- Ayala del Pino, C. (2022). La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 12(2), 1-33. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7364>
- Benavente Torres, I. (2018). La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, 84-124.
- Benito Benítez, M. A. (2019). Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 441-481. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4223>
- Fernández Artiach, P. y García Testal, E. (2021). La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 628-661. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5964>
- García Testal, E. (2017). La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España. *Revista de Derecho Social*, 79, 93-112.
- García Testal, E. (2019). La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificadamente diferenciado. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 275-298. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4216>
- Grau Pineda, C. (2019a). De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las

- trabajadoras y los trabajadores domésticos. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 47-90. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4201>
- Grau Pineda, C. (2019b). El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. *Documentación Laboral*, 116, 57-70. <http://hdl.handle.net/10553/60126>
- Grau Pineda, C. (2020). La formación profesional en el empleo doméstico. Análisis del estado de la cuestión. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 44, 358-378. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22195>
- Morales Ortega, J. M. (2021). Quiebras y ausencias en la protección social de las trabajadoras domésticas: la urgente y necesaria intervención legislativa. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(5), 189-227. https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/1061/1284
- Nieto Rojas, P. (2019). Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 397-410. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5586>
- Olarte Encabo, S. (2021). Los principios fundamentales del Convenio 190: un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo del servicio doméstico. En M. Correa Carrasco y M. G. Quintero Lima (Dirs.), *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)* (pp. 61-90). Dykinson.
- OSALAN. (2019). *Guía básica de prevención de riesgos laborales para personas trabajadoras del hogar*. https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/libro/gestion_201935/es_def/adjuntos/guia_basica_prl_trabajo_hogar.pdf
- OXFAM. (2021). *Esenciales y sin derechos. O cómo implementar el Convenio 189 de la OIT para las trabajadoras del hogar*. <https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/esenciales-sin-derechos-empleadas-hogar>
- Quesada Segura, R. (2011). La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n.º 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 27.
- Rodríguez Copé, M. L. (2019). El trabajo doméstico como portal de acceso al mercado laboral español de las mujeres inmigrantes: políticas y gestión. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 55-92. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1340>
- Romeral Hernández, J. (2013). El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 6(7), 57-91.
- Sanz Sáez, C. (2017). *La protección social de las empleadas de hogar*. Bomarzo.
- Sanz Sáez, C. (2018a). *Génesis y evolución del servicio doméstico*. Comares.
- Sanz Sáez, C. (2018b). La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples. *Revista de Derecho Social*, 83, 89-108.

María Gema Quintero Lima. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad Carlos III de Madrid, UC3M). Subdirectora del Instituto Universitario de Estudios de Género, vicedecana de Igualdad, Diversidad y Sostenibilidad de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas y codirectora de la Clínica Jurídica (UC3M). Sus principales áreas de especialización investigadora son el derecho social, desde una perspectiva de género, así como la sostenibilidad social, y las nuevas formas de responsabilidad social empresarial. <https://orcid.org/0000-0002-0014-2709>



El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans

Marta Arrúe Mendizábal

Profesora doctora titular de escuela universitaria.

Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social.

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (España)

marta.arruemendizabal@ehu.es | <https://orcid.org/0000-0002-9885-3276>

Extracto

El ámbito del trabajo continúa siendo un espacio adverso para las personas LGTBI y, de manera muy especial, para las personas trans. La reciente entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y la inminente aprobación de la controvertida «Ley trans» suponen un importante avance para la protección de los derechos de las personas trans, principalmente por el reconocimiento de su libertad individual para decidir, exteriorizar y vivir de acuerdo con el sexo con el que cada cual se reconoce. El estudio también analiza la tutela antidiscriminatoria del colectivo trans en el entorno laboral y las acciones que disponen las normas vigentes y la futura norma estatal para lograr la igualdad real en el empleo y en el trabajo.

Palabras clave: colectivo LGTBI; personas trans; derecho a la identidad sexual/de género; derecho a la expresión de género; no discriminación; medidas de acción positiva.

Recibido: 03-02-2023 / Aceptado: 10-02-2023 / Publicado (en avance online): 22-02-2023

Cómo citar: Arrúe Mendizábal, M. (2023). El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 125-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18599>

The right to sexual/gender identity and to freedom of gender expression. Advances in the social and labour protection of trans people

Marta Arrúe Mendizábal

Profesora doctora titular de escuela universitaria.

Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social.

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (España)

marta.arruemendizabal@ehu.es | <https://orcid.org/0000-0002-9885-3276>

Abstract

The workplace continues to be an adverse space for LGBTBI people and, in a very special way, for trans people. The recent entry into force of Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, and the imminent controversial approval "trans law" represent an important advance for the protection of the rights of trans people, mainly due to the recognition of their individual freedom to decide, externalize and live according to the sex with which each one recognizes themselves. The study also analyzes the anti-discriminatory protection of the trans collective in the workplace and the actions provided by current regulations and the future "trans law" to achieve real equality in employment and at work.

Keywords: LGBTBI collective; trans people; right to sexual/gender identity; right to gender expression; non-discrimination; positive action measures.

Received: 03-02-2023 / Accepted: 10-02-2023 / Published (online preview): 22-02-2023

Citation: Arrúe Mendizábal, M. (2023). The right to sexual/gender identity and to freedom of gender expression. Advances in the social and labour protection of trans people. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 125-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18599>



Sumario

1. Introducción
 2. Principales conceptos y definiciones
 3. La regulación del derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género
 - 3.1. Aclaraciones previas. La identidad sexual/género y la expresión de género reconocidas como derechos
 - 3.2. Experiencias internacionales y derecho comparado sobre la configuración de estos derechos
 - 3.3. La normativa interna actual y la futura Ley trans
 - 3.3.1. La regulación estatal vigente, previa a la futura Ley trans
 - 3.3.2. Las leyes autonómicas
 - 3.3.3. El Proyecto de Ley trans
 4. La no discriminación por identidad sexual/género, expresión de género o características sexuales
 - 4.1. Marco normativo de la tutela antidiscriminatoria
 - 4.2. La discriminación de las personas trans en el ámbito laboral y las medidas de acción positiva en el empleo y en el trabajo
 5. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y, especialmente, la cada vez más cercana aprobación, pese al gran debate político y social que ha suscitado y los desacuerdos entre los propios socios de gobierno, de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI¹ (Ley trans) representan un hito fundamental en la tutela por parte de las normas estatales de los derechos del colectivo LGTBI y, de manera especial, de las personas trans y de las personas intersexuales.

Uno de los aspectos más polémicos de la futura ley, el reconocimiento del derecho subjetivo a la libre determinación de la identidad o la autodeterminación sexual, dará respuesta a una de las más significativas reivindicaciones del colectivo trans: consolidar la decisión sobre su sexo/género como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y desterrar de una vez por todas la perspectiva patológica y estigmatizadora de la identidad o de la expresión de género cuando no se ajusta a los parámetros binarios (sexo/género).

Adelantándose a estas normas, la doctrina constitucional también ha demostrado con la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 67/2022, de 2 de junio, su adaptación a la evolución normativa internacional (e incluso a la autonómica) sobre esta materia, construyendo y protegiendo constitucionalmente los derechos a la identidad y a la expresión de género.

Aunque el propósito del estudio es analizar en nuestro país la tutela antidiscriminatoria del colectivo trans en el entorno laboral y valorar las medidas laborales que impulsan esta igualdad de trato, vemos necesario detenernos en algunos de los aspectos más cuestionados de la futura norma, especialmente en el derecho a la identidad sexual y a la expresión del género, con la cautela de que en este momento atendemos a un texto todavía en tramitación que podrá ser enmendado en la Cámara Alta. Ahora bien, comenzaremos identificando algunos de los conceptos más importantes que se utilizan en esta materia, porque las definiciones que incorporan las leyes dirigidas al colectivo LGTBI no siempre coinciden, a veces son incorrectas y en ocasiones se valen de términos que en sí mismos son confusos, como el de persona «transexual» (Cuesta Aguado, 2021, p. 147).

¹ El Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha sido aprobado el 22 de diciembre por el Pleno del Congreso de los Diputados por 188 votos a favor, 150 en contra y 7 abstenciones. En este momento, el texto continúa su tramitación en el Senado.

2. Principales conceptos y definiciones

Por ahora, solo vamos a aludir a algunas de estas nociones. A lo largo del estudio, aparecerán otros términos necesitados de precisión que se irán concretando en su momento. Muchos de ellos están definidos por las leyes autonómicas de protección de los derechos del colectivo LGTBI y por el proyecto de ley estatal. Es ya una costumbre que la mayoría de estas normas incorporen al inicio de su articulado un glosario o catálogo de definiciones.

Ni siquiera el uso de las siglas LGTBI, empleadas en España de forma mayoritaria, es una cuestión pacífica. Estas siglas en el ámbito internacional identifican a los hombres y mujeres homosexuales, lesbianas o gais (LG), personas transexuales, transgénero y travestis (T), bisexuales (B) e intersexuales (I). En ocasiones se incluye en estas siglas la Q, para aludir a las personas *queer*, y un símbolo +, que busca englobar también a aquellas que no se identifican con las categorías anteriores (asexuales, pansexuales...), dejando abierta la denominación colectiva a otras aproximaciones a la cuestión de la identidad sexual².

A efectos normativos sería deseable unificar el término empleado, siendo tal vez más adecuado optar por las siglas LGTBIQ, que son las empleadas por la Unión Europea (UE) en el primer marco estratégico dirigido específicamente a luchar contra la discriminación de este colectivo: *Una unión de la igualdad. Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025*³. Según este documento, LGTBIQ hace referencia a:

- personas que se sienten atraídas por otras de su mismo sexo (mujeres lesbianas y hombres gais) o de cualquiera de los sexos (personas bisexuales);
- personas cuya identidad o expresión de género no se corresponde con el sexo que se les asignó al nacer (personas trans y no binarias);
- personas que han nacido con características sexuales que no se ajustan a la definición tradicional del sexo masculino o femenino (personas intersexuales), y
- personas cuya identidad no encaja en una clasificación binaria de sexualidad o género (*queer*).

Tanto en las normas autonómicas como en el Proyecto de Ley trans se opta por las siglas LGTBI. En la mayoría de ellas hay una definición de los grupos que integran este amplio colectivo. Así, atendiendo al texto del proyecto estatal, el artículo 3 destinado a las definiciones

² Estas son las siglas que desde 2021 utiliza la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales y más: FELGTBI+.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 12 de noviembre de 2020, COM(2020) 698 final. https://commission.europa.eu/document/5100c375-87e8-40e3-85b5-1adc5f556d6d_es

se refiere, en primer lugar, en el apartado h), a la «orientación sexual» como la atracción física, sexual o afectiva hacia una persona. Clasifica esta orientación como heterosexual cuando se siente tal atracción hacia personas de distinto sexo; homosexual cuando únicamente se dirige hacia personas del mismo sexo; o bisexual cuando es hacia personas de diferentes sexos, en este caso, «no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad». Se señala igualmente que las personas homosexuales pueden ser gais, si son hombres, o lesbianas, si son mujeres.

En el apartado g) del mismo precepto, se alude a la intersexualidad con una definición médica más específica que la contenida en la estrategia europea como «la condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas; una anatomía sexual; unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos».

Por último, se utiliza el término de personas trans, en la letra i), para aludir a las personas cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer.

En cualquier caso, estas siglas expresan colectivos muy variados y diversos, de hecho, se suele emplear la locución «diversidad sexual» para hacer referencia tanto a una noción amplia de la sexualidad humana, que admite que las personas pueden tener una identidad sexual biológica que no concuerda con su identidad sexual/de género, es decir, con la concepción o construcción clásica del binario sexual, como también a una determinada orientación sexual o preferencias afectivas o sexuales, que pueden, o no, estar de acuerdo con la heteronormatividad dominante que se identifica con la heterosexualidad, es decir, con la creencia social de que lo «normal» es ser heterosexual (Gómez Fernández, 2018, p. 91).

Es indudable que la transexualidad, la intersexualidad y la homosexualidad o la bisexualidad, desde un punto de vista biológico, sociológico, antropológico y jurídico, son condiciones diferentes, pero desde la perspectiva social, legal y jurisprudencial se ha producido una conexión entre ellas, derivada principalmente de ser todas situaciones que se juzgan «como alejadas de los parámetros "denominados normales" de la sexualidad de las personas» (Benavente Moreda, 2013, p. 120).

Como realidades diferentes que son, han de contar con un tratamiento dispar, pero bajo el nexo que las une. Al fin y al cabo, todas expresan una forma de manifestar el derecho de cada persona a su propia identidad o personalidad. Aunque algunos de sus intereses y reivindicaciones, e incluso la historia y su lucha por los derechos, no han sido iguales⁴, las aúnan las situaciones de exclusión, de violencia y de discriminación que han padecido para

⁴ Aunque no vamos a profundizar en ello, al menos cabe apuntar los antecedentes de esta lucha en los colectivos de homosexuales que actuaron como grupo de presión desde que se inició este movimiento en Estados Unidos en los años sesenta. Sobre esta cuestión, véase Amich Elías (2007).

reclamar una protección que, dentro de la diversidad, respete las peculiaridades y otorgue una respuesta a sus necesidades.

Quizás, y no solo porque sea el grupo en el que se centra nuestro análisis, el colectivo que requiere de una mayor especificación sea al que ahora se le otorga la denominación de trans. La STC 67/2022 también reflexiona sobre ello e indica que:

Acudir al término trans asume un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad de situaciones (transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, *queer*, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como «otro» (FJ 3.º).

Es una palabra que da lugar a equívocos por cuanto de manera vulgar se tiende a pensar que solo se refiere a aquellas personas que quieren cambiar su aspecto físico a través de la terapia hormonal y la cirugía. Este concepto, sin embargo, incluye en sentido amplio a las personas en las que no se produce una correspondencia entre el sexo biológico que ha determinado su sexo registral y el que sienten como propio, como un elemento fundamental de su identidad o expresión personal. Hay quienes, como Martínez de Pisón Cavero (2021, pp. 59-60), establecen tres grupos con perfiles propios:

- Los transexuales son aquellos trans que han optado por la modificación de su cuerpo a través de hormonación y cirugía, es decir, por la reasignación del sexo.
- Los transgéneros son quienes rechazan el cambio de sexo por medios médicos y lo hacen por diferentes razones: porque prefieren el sexo vivido, porque se niegan a escoger entre el género femenino o masculino, etc.
- Los travestis, término hace unas décadas muy utilizado en España, son las personas que disfrutan vistiéndose con ropa del sexo opuesto, y en Latinoamérica es sinónimo de transexual.

El diccionario de la Real Academia Española acoge el término de persona trans y lo define como la «persona que se identifica con un sexo diferente o que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo que le asignaron al nacer», si bien a continuación explica que «[e]l término trans ampara múltiples formas de expresión de identidad sexual o

Las normas y los tribunales lenta y paulatinamente irán reconociendo sus reivindicaciones. De forma sintética, se puede aludir a tres fases: la despenalización de las relaciones homosexuales, la tutela antidiscriminatoria por esta condición en los diferentes ámbitos, incluyendo el laboral, y, finalmente, el reconocimiento de un estatuto familiar idéntico al de las parejas heterosexuales, con todas las consecuencias que ello supone para determinados derechos o prestaciones (Gómez Fernández, 2018, pp. 98 y ss.).

subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes sexuales, u otras identidades de quienes definen su sexo como "otro" o describen su identidad en sus propias palabras»⁵.

La STC 67/2022, con un alcance similar, usa la expresión trans «como denominación omnicomprendiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona». Advierte que esta denominación genérica engloba situaciones distintas: aquellas en las que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos y/o las que suponen una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad, e incluso las situaciones en las que:

[...] sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, manifiestan otras expresiones de género como la adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona.

Si buscamos un concepto normativo, ya referimos que el Proyecto de Ley trans escoge una definición sencilla que solo alude a la condición sexual para incluir a las personas cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer. Sin embargo, utilizar solo el término sexual, quizás, podría limitar este gran colectivo y excluir a quienes se identifican con el sexo biológico, pero no con el género asignado a ese sexo, ni con la expresión del mismo.

La mayoría de las normas autonómicas sobre la materia adoptan descripciones más detalladas, pero muchas de ellas se refieren a la identidad de género, no a la identidad sexual, expresiones sobre las que también reflexionaremos, porque a veces se utilizan de manera indistinta como sinónimos y en otras ocasiones no (Cano Galán, 2022). Tomamos la prevista en la Ley de la comunidad autónoma de Canarias (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), por ser una de las más abiertas. Así, dedica cuatro apartados del artículo 2 a fijar un concepto amplio y flexible que incluya todas las formas de expresión o identidad sexual/género que no coincidan con el asignado al nacer o no se identifiquen con ninguno de ellos:

3. Persona trans, toda persona cuya identidad de género no se corresponde con la que le fue asignada al nacer o cuya expresión de género no se corresponde con las normas y expectativas sociales asociadas con el sexo asignado al nacer.

A los efectos de esta ley, y sin prejuzgar otras acepciones sociales, el término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género como

⁵ <https://dpej.rae.es/lema/persona-trans>

transexuales, transgénero, travestis, identidades y expresiones de género no binarias, *queer*, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras.

4. Mujer u hombre trans, aquella cuya identidad de género es la de mujer u hombre, aunque no fue la que se le asignó al nacer.

5. Persona transfemenina o transmasculina, aquella persona asignada hombre o mujer al nacer, que tiene identidades y/o expresiones de género femeninas o masculinas, respectivamente.

6. Personas no binarias, las personas cuya identidad o expresión de género se ubica fuera de los conceptos tradicionales de hombre-mujer o masculino-femenino, o fluctúa entre ellos.

Como adelantamos, la norma maneja una definición dúctil o integradora y representa una importante ruptura con la concepción tradicional del sexo/género como un hecho dado e inmutable, para acoger, desde una perspectiva amplia de este binomio, los diferentes sentimientos de cada persona en relación con esta categorización.

Ejemplo también de la diversidad de este grupo es la clasificación que maneja a efectos estadísticos la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que distingue como subgrupos en el colectivo trans: mujeres trans, hombres trans, mujeres travestis, hombres travestis, personas transgénero, personas no conformes a su género y personas *queer*/otras personas (FRA, 2014).

Estas definiciones tan extensas están conectadas con la despatologización de la condición de las personas trans y con el no condicionamiento del cambio del sexo registral a la presentación de informes médicos o psicológicos o a la previa modificación de la apariencia o anatomía por procedimientos quirúrgicos, médicos o de otra clase⁶. En la misma línea, desvincular la condición trans de la enfermedad, de la anormalidad o del trastorno, la Organización Mundial de la Salud en 2018, en la nueva clasificación internacional de enfermedades (documento CIE-11), excluyó la disforia de género de la categoría de las enfermedades mentales y de comportamiento e incorporó la discordancia de género en la adolescencia o adultez (HA60) y la discordancia de género en la infancia (HA61) dentro del grupo de condiciones relacionadas con la salud sexual. Se ha de tener presente que la finalidad de esta clasificación se orienta exclusivamente a facilitar el acceso de las personas trans a los tratamientos médicos o quirúrgicos. De ahí que se establezca que «[l]a discordancia de género se caracteriza por una discordancia marcada y persistente entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado» y que «[l]as variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas una base para determinar el diagnóstico»⁷.

⁶ Tal y como dispone el artículo 44.3 del Proyecto de Ley trans enviado al Senado.

⁷ <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/90875286>

El Consejo de Estado en el dictamen al Anteproyecto de la Ley trans⁸ reflexionaba sobre esta definición más restrictiva de persona trans (que suele identificarse con el término de persona transexual) y recomendaba incluir junto al concepto más amplio de persona trans esta noción limitada. Como se indica, en ningún caso esta propuesta tenía la finalidad de establecer diferencias entre las personas trans en relación con su acceso al reconocimiento legal de su identidad sexual o de género, sino que se basaba en que las necesidades de protección del colectivo de personas con diagnóstico de discordancia de género pueden ser más intensas que las de otros grupos cuya inclusión dentro del concepto persona trans esté vinculada a la autodefinición que hace la persona de una identidad sexual distinta, sin requerir el correspondiente diagnóstico. Se ponía como ejemplo de la necesidad de una mayor tutela el apoyo de los servicios de salud.

En este apartado de definiciones previas hemos de aludir también a los conceptos de sexo y género y a su diferenciación desde una valoración adaptada a los tiempos actuales, porque, como se verá, en esta materia tampoco existen nociones firmes e inamovibles. En este momento estamos inmersos en una evolución que podría (o debería, según la tesis defendida) llevar al abandono normativo de una categorización estricta basada en el sexo, confinada al binario y a la rigidez, para ir progresando hacia sistemas no binarios y fluidos, que quizás evolucionarían hacia:

[...] el inicio de la supresión del género (*sic*) como categoría constitucionalmente relevante o que se le convierta al menos en categoría de clasificación constitucionalmente sospechosa cuyo uso deba superar un estricto test de proporcionalidad que incluya la imposibilidad de otros medios que sirvan para conseguir el objetivo deseado (Rubio Marín y Osella, 2020a, pp. 71-72).

El sexo/género, cuando sea posible jurídicamente, debería quedar relegado a una información personal de naturaleza privada, obviando discriminaciones innecesarias (Suárez Llanos, 2020, p. 196).

Sin profundizar en los orígenes del concepto género, introducido por las teorías feministas en los años setenta, y en la actual crisis sobre su diferenciación radical con la noción de sexo (Tubert, 2003, pp. 7 y ss.), tal vez, de manera excesivamente simplista, se pueda decir que el sexo corresponde al plano biológico, mientras que el género es una construcción sociocultural.

Nos vamos a servir de la STC 67/2022, que parte de esta distinción (FJ 3.º a), pero, como bien indica, «sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos». Así, se entiende que:

⁸ Documento CE-D-2022-901. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>

El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo, y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana.

En cuanto al género, aunque se admite que está conectado también a las características biológicas:

[...] no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género.

Por tanto, el género se relaciona con el sentimiento de pertenencia a un sexo y/o con el rol social que se le asocia, vinculado a circunstancias históricas, culturales, sociales, educativas..., siendo difícil en la actualidad realizar una enumeración de toda su tipología, pues se llega a hablar de la existencia de 37 géneros (Cano Galán, 2022), como el masculino, femenino, no binario, fluido o pangénero, entre otros muchos.

Es igualmente interesante la definición de género que aporta el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁹. Así, establece en el artículo 3 c) que por género «se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». Con apoyo en esta distinción entre sexo/género, el artículo 4.3 de la norma europea, cuando enumera los factores de no discriminación, alude a ambas nociones, y se refiere así a la «basada en particular en el sexo, el género [...], la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación».

En su discurso, la Sentencia 67/2022 aporta también una idea fundamental. El sexo se ha vinculado «a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles», mientras que los asociados al género «son relativos y coyunturales y

⁹ Convenio de Estambul de 2011 (CEDAW). <https://rm.coe.int/1680462543>

pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico». Este pensamiento se alinea con las reflexiones que realizábamos sobre la posible evolución de lo que entendemos por género.

En las culturas y sociedades occidentales se ha instalado tradicionalmente un formato binario hombre/mujer y masculino/femenino que ha provocado que, en general, resulte inconcebible aceptar más de dos sexos, a pesar de la existencia indiscutible en la realidad de la intersexualidad, tradicionalmente conocida como hermafroditismo. Partiendo de esta base, los ordenamientos reaccionaron primero condenando las prácticas homosexuales en muchos casos y reprimiendo el ejercicio de derechos básicos (matrimonio, adopción, relaciones paternofiliales, entre otros) cuando la identidad o la orientación sexual del individuo no encajaba con los patrones considerados como normales (Benavente Moreda, 2013, p. 120).

De igual modo, el modelo biomédico se ha ajustado al binario de sexo/género propio de las sociedades occidentales¹⁰, afectando especialmente a las personas intersexuales, pues los procedimientos y protocolos médicos tratan de adaptar la sexualidad a esta única dualidad (sexo/género y hombre/mujer) con operaciones quirúrgicas desde la más tierna infancia. Este paso o tránsito, también para las personas transexuales, significa aceptar, quizás, en demasiadas ocasiones, que solo con el cambio del cuerpo se puede conseguir una identidad que coincida con uno de los dos modelos de esta construcción (Salazar Benítez, 2021, p. 98).

Como comentábamos, actualmente, no solo desde el campo de la biología y medicina, sino incluso en el ámbito de la antropología (Nieto Piñeroba, 2008, pp. 366 y ss.)¹¹ y del derecho (García López, 2015, pp. 54 y ss.)¹², se alzan voces contrarias al mantenimiento de este estricto modelo binario sexo/género. Se aboga por la ruptura de un patrón basado en una ciudadanía «sexuada», construida a partir de la división entre lo masculino y lo femenino,

¹⁰ Desconociendo los ejemplos de otras sociedades no occidentales que no se han ajustado a nuestra construcción social y reconocen un tercer género o no realizan una clasificación tan rígida; sistemas descritos por Nieto Piñeroba (2008, pp. 50 y ss.).

¹¹ Nieto Piñeroba, desde una posición social y antropológica, aborda la cuestión de la transexualidad e intersexualidad bajo el fundamento de la no medicalización de estas realidades. Se pregunta por qué la medicina no reconoce la experiencia antropológica para cerciorarse de que existen sociedades que admiten más de dos géneros. No comprende la razón de no aceptar el transgénero como un género más, como un tercer género, sin que las instituciones sociales acudan a la medicina cuando se presenta la duda ante una ambigüedad corporal.

¹² El autor aborda desde la perspectiva medicolegal la intersexualidad y las cirugías de normalización sexual en la infancia derivadas del «paradigma de racionalidad sexual occidental» que se basa «en las parejas dicotómicas macho-hembra, hombre-mujer, normal-anormal, sano-insano, moral-inmoral, lícito-ilícito». Reflexiona sobre lo que considera una «mutilación genital consentida por la sociedad, el derecho y la medicina que permite inmunizar la dualidad de sexos».

y de todo un sistema de subjetividades, de relaciones afectivas y sexuales y familiares justificadas también en la heteronormatividad (Salazar Benítez, 2021, p. 98).

Pero existen otras miradas que, desde el campo de la filosofía¹³, de la psicología, de la medicina o del derecho, alertan de los riesgos de la denominada «doctrina o ideología *queer/trans*»¹⁴ o «generismo *queer*»¹⁵ que desdibuja el binomio sexo/género dando primacía al género como una identidad autopercibida sobre el sexo como categoría biológica. Dentro del feminismo, «la cuestión trans» ha abierto una importante grieta, muy seguida por los medios de comunicación a raíz de la tramitación de la Ley trans. Un amplio elenco de corrientes y grupos¹⁶, algunos encabezados por intelectuales de referencia¹⁷, a los que se identifica con un feminismo clásico o tradicional, se han posicionado abiertamente contra esta concepción de la autodeterminación de sexo o de su definición como una decisión personal, porque menosprecia la realidad biológica y altera el significado tradicional del binomio sexo/género desvaneciendo el concepto mujer, con el consiguiente riesgo de ocultar la realidad de su opresión y desigualdad.

En cualquier caso, al margen del alcance y significado que se dé a estos dos conceptos, sexo-género, es importante apuntar que, conforme a la STC 67/2022, ni uno ni otro pueden ser definidos:

[...] en sentido estricto como derechos, sino como condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales y que conforman uno de los muchos elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana (art. 10 CE), la propia identidad personal (FJ 3.º a).

Igualmente, resulta útil anotar, al menos por ahora, de manera abreviada tres conceptos de interés: la identidad de género y/o sexual, la expresión de género y las características sexuales.

¹³ Entre otros, De Lora del Toro (2019), y especialmente en su ensayo de 2021 (De Lora del Toro, 2021).

¹⁴ Se apunta como precursora de esta doctrina a la feminista Judith Butler (Butler, 1990), al incorporar en el ámbito universitario el debate sobre la distinción entre sexo y género, como entidades alternativas, y restar importancia a las diferencias biológicas entre hombre y mujer para determinar su género.

¹⁵ Alicia Mirayes, filósofa y escritora, analiza esta corriente desde el feminismo (Mirayes Fernández, 2021), entendiendo que esta ideología fracciona el sujeto político del feminismo al negar que existan dos sexos, y con ello poner en duda que las mujeres, las hembras, por serlo, se encuentren sometidas.

¹⁶ Entre los que se encuentra la Confluencia Movimiento Feminista, que aúna a 70 diferentes asociaciones u organizaciones, el Partido Feminista de España o la plataforma DoFemCo Docentes Feministas por la Coeducación.

¹⁷ Como la filósofa Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós, actualmente presidenta de la Asociación de Feministas Socialistas, FeMeS, creada en 2022, que en los últimos tiempos ha participado con ponencias en numerosos encuentros contra la Ley trans y ha escrito muchos artículos de opinión.

Respecto al primero, aunque el término identidad de género es el más utilizado a nivel comparado¹⁸, se emplea por la mayoría de las normas autonómicas¹⁹ y también es el escogido en la STC 67/2022 (FJ 3.º b y d)²⁰, el Proyecto de Ley trans opta por la denominación identidad sexual. Parece referirse a una misma realidad²¹, si bien se valora que esta última expresión es menos confusa, porque expresa «una relación más clara y visible entre la autodeterminación individual y el propio cuerpo» (Salazar Benítez, 2021, p. 76)²². Tampoco supone una ayuda para clarificar esta terminología la Ley 15/2022, pues, al incorporar nuevas condiciones a la prohibición de discriminación, alude a la «orientación o identidad sexual», como si ambas expresiones fuesen iguales, cuando la orientación sexual es ya una expresión consolidada que se vincula a la atracción emocional, sexual o afectiva hacia otros.

Si indagamos en la definición de la identidad de género/sexo²³, con ella se hace referencia, de acuerdo con los primeros Principios de Yogyakarta²⁴, a:

¹⁸ Se utiliza tanto en los documentos comunitarios, la Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025, como en los documentos internacionales. Véanse las distintas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre esta cuestión en <https://www.ohchr.org/es/sexual-orientation-and-gender-identity/united-nations-resolutions-sexual-orientation-gender-identity-and-sex-characteristics>

También las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) utilizan el término identidad de género para referirse a las personas transexuales, pero de forma no diferenciada con el término identidad sexual [Sentencia del TEDH –STEDH– (Pleno) de 27 de septiembre de 1990, asunto Cossey c. Reino Unido (proc. núm. 10843/84), STEDH (Pleno) de 11 de julio de 2022, asunto Christine Goodwin c. Reino Unido, y STEDH (Pleno) de 11 de junio de 2022, asunto I c. Reino Unido (proc. núm. 25680/94)].

¹⁹ Algunas normas autonómicas usan ambos términos identificándolos, como la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la comunidad autónoma de Aragón, que define, en su artículo 1 g), la identidad sexual o de género; o, con más imprecisión, el artículo 3 c) de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares, en Andalucía, se refiere a la identidad sexual y/o de género.

²⁰ Justifica el tribunal su opción por una discriminación por identidad de género y no por identidad sexual con base en el uso de este término en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y en que se ajusta mejor a las definiciones sobre sexo y género ofrecidas en esta sentencia.

²¹ En sentido contrario, se considera que se alude a realidades distintas, porque hay supuestos de intersexualidad que no se encontrarían incluidos en la expresión «identidad de género» (Cuesta Aguado, 2021, p. 149). Se apuesta, por tanto, por la inclusión de ambas en los textos normativos.

²² Piensa que, si los géneros son «entendidos como construcción social y cultural que parten de una asimetría jerárquica entre hombres y mujeres, deberían ser abolidos y no confirmados a través de procesos que obligan al individuo a ubicarse en uno de ellos». Por eso, optar por el término identidad de género podría ayudar «perversamente a mantener un discurso que, en vez de acabar con la jerarquía masculino/femenino, contribuya a mantenerla».

²³ Ante tal imprecisión utilizaremos ambos términos.

²⁴ http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

[...] la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

De forma más breve, el artículo 3 i) del texto del Proyecto de Ley trans se refiere a la identidad sexual como «la vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer». En la normativa autonómica, las leyes que acogen una definición²⁵ a la identidad sexual/género son similares a la descrita y coinciden en lo esencial al aludir a dos circunstancias: la vivencia interna o individual del género tal como lo siente cada persona y la coincidencia o no de esta con el sexo asignado en el nacimiento. Descripciones que, en lo esencial, se ajustan a la empleada en la STC 67/2022, que se refiere a la identidad de género como «la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento».

La expresión de género ha sido un vocablo de aparición más tardía. Así, se incorpora 10 años después a los Principios de Yogyakarta+10²⁶ y se define como la presentación que cada cual hace de su género a través de la apariencia física –vestido, peinado, accesorios, cosméticos–, gestos, habla, patrones de comportamiento, nombres y referencias personales, teniendo en cuenta que puede no ajustarse a la identidad de género de la persona. De nuevo, concisamente, el Proyecto de Ley trans describe esta condición como la «manifestación que cada persona hace de su identidad sexual», sin aportar enumeraciones de los medios que se podrían utilizar para ello, que sí son especificados por la STC 67/2022 al referirse al:

[...] 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 (FJ 3.º d).

Por último, algunos documentos y textos normativos vienen empleando las palabras «las características sexuales», cuando se mencionan como un posible factor de discriminación del colectivo LGTBI, pero probablemente por su claridad no creen necesario ofrecer una definición. Sí, en cambio, se precisa su significado en los Principios de Yogyakarta+10 como «los rasgos físicos de cada persona relativos al sexo, incluyendo genitales y otros rasgos de la anatomía reproductiva y sexual, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen en la pubertad».

²⁵ Entre otras, las de las comunidades de Canarias, Madrid o Murcia.

²⁶ <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/>

3. La regulación del derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género

3.1. Aclaraciones previas. La identidad sexual/género y la expresión de género reconocidas como derechos

Conviene desde el inicio precisar que en este apartado hablamos de derechos, de ejercicio positivo de facultades o de libertades, no de condiciones o circunstancias personales que deberían ser tenidas en cuenta para ampararlas frente a un trato desigual, dentro del marco de la tutela antidiscriminatoria. Entendemos que es una cuestión diferente incorporar estas situaciones, la identidad sexual y/o género y la expresión de género, en el principio de no discriminación que reconocer a ambas circunstancias como derechos y garantizar el ejercicio de su contenido o facultades.

Desde esta perspectiva, el derecho a la identidad sexual/género al menos implica el derecho de las personas a que se les reconozca el sexo y se las trate conforme al sexo a que ellas sienten que pertenecen, pudiendo coincidir o no con el que se les ha asignado «oficialmente», normalmente en el momento del nacimiento conforme al actual sistema binario basado en las características que definen el sexo masculino o femenino. Este reconocimiento podrá o no estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. En igual sentido, el derecho a la expresión de género supone la facultad de exteriorizar o comunicar el género a través de la estética, lenguaje, comportamiento, actitudes u otras manifestaciones, pudiendo corresponderse o no con aquellas consideradas socialmente relativas al sexo asignado en el nacimiento. Aunque en ambos casos decimos que tanto la identidad como su expresión pueden ajustarse o no con la asignada al nacer, es obvio que las dificultades, limitaciones, exclusiones y discriminaciones hacia las personas trans surgen cuando existe una divergencia.

Entre los años sesenta-setenta, el colectivo trans se movilizó en diferentes países para que la legislación aceptara su identidad sexual/género y pudieran realizar el cambio de su estatus legal respecto al nombre y el sexo que constaba de manera oficial (registros civiles, documentos de identidad...). Como veremos, en la mayoría de los ordenamientos, este derecho se condicionó a una serie de requisitos médicos (terapias quirúrgicas u hormonales, informes psiquiátricos o psicológicos...) y/o conductuales y/o temporales, aunque actualmente en muchos países se avanza hacia el reconocimiento de la identidad de género o sexual únicamente fundado en la autodeterminación de la persona.

Sin embargo, hay que tener presente la diversidad de este grupo. Así:

La realidad es que las experiencias y preferencias de las personas trans son variadas. Algunas pueden desear una transformación física; otras sentirse totalmente cómodas con sus cuerpos o no estar dispuestas a renunciar a determinadas

capacidades que conllevarían los tratamientos (como la fertilidad) en aras de cumplir con las exigencias del patrón. Algunas personas se sienten cómodas con el binario, otras no (Rubio Marín y Osella, 2020b).

De ahí que haya quien desee tanto un cambio físico (la llamada cirugía de reasignación de sexo) como una modificación legal de su sexo; quien solo pretenda una variación de su sexo legal o quien quiera simplemente, sin atender a alteraciones físicas ni a cambios registrales, tener libertad de manifestar de diferentes formas (indumentaria, adornos, conducta...) el género con el que se identifica, que podría no ajustarse a los patrones binarios. En esta línea, la exposición de motivos 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, de la comunidad autónoma canaria, indica que se hace necesario:

[...] un marco normativo actualizado e interseccional, a la vez que más amplio e inclusivo, que no solo reconozca sino que regule con mayor amplitud el derecho a la libre determinación de la identidad y expresión de género de toda persona a través de un conjunto de medidas dirigidas a garantizar su pleno ejercicio en todos los ámbitos de la sociedad, permitiendo el desarrollo completo de sus potencialidades humanas a quienes muestran la diversidad de las identidades y expresiones de género no normativas, y no solo a las personas transexuales.

Para una parte de la doctrina y de la sociedad, el núcleo o contenido básico del derecho a la identidad de género es el ya señalado: la autodeterminación del sexo sentido y su reconocimiento, sin condicionarlo al cumplimiento de unos requisitos previos. Esta autonomía concierne a una autodeterminación personal más amplia, esto es, a la libertad individual para ir fijando el proyecto vital, reconocida también en «el libre desarrollo de la personalidad» a la que alude el artículo 10 de la Constitución española (CE). Pero no basta con su libre ejercicio, es preciso su reconocimiento por los poderes públicos y por la sociedad. De ahí que se apunte la idea de que, en definitiva, se trata del reconocimiento de un derecho a la personalidad jurídica en igualdad (Salazar Benítez, 2021, p. 87) en la línea del artículo 3 de los Principios de Yogyakarta. En él se reconoce a todo ser humano, en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género, el derecho al reconocimiento de su personalidad y al disfrute de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Igualmente, se indica que «la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad».

Como refiere Salazar Benítez (2015, p. 94), este pensamiento se refleja muy bien en el artículo 3 de la Ley foral 8/2017 de Navarra, para la igualdad social de las personas LGTBI+, cuando establece que la Administración «obrará teniendo en cuenta que las personas deben ser tratadas de acuerdo con su identidad de género, la que se corresponde con su sexo asumido, que es como la persona se presenta a la sociedad». Ahí se ven las dos magnitudes de la identidad, la interna, la sentida, tomando sus palabras, «la que el individuo vive

internamente, emocional y psicológicamente». Y, por otra parte, la externa, «la proyección social de dicha identidad», que debe ser reconocida en igualdad. Como veremos, esta libertad para el reconocimiento del cambio de sexo y esa ampliación de su alcance subjetivo ha sido uno de los asuntos que más debates ha suscitado durante la tramitación de la Ley trans.

3.2. Experiencias internacionales y derecho comparado sobre la configuración de estos derechos

Resulta evidente que, por su fecha, los principales acuerdos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos²⁷ no hacen una referencia expresa a la orientación sexual, ni a la identidad sexual, ni siquiera entre las causas de discriminación. Sin embargo, a partir del año 2000, las observaciones generales, observaciones finales y la jurisprudencia de los diferentes órganos de las Naciones Unidas, creados en virtud de los tratados, comenzarán a mantener de manera uniforme que la orientación sexual y la identidad de género son factores prohibidos de discriminación con arreglo al derecho internacional (Peribáñez Blasco, 2018, pp. 476-477)²⁸.

Si no hay una mención expresa de tales condiciones o circunstancias, menos se puede esperar un reconocimiento manifiesto en estos textos de «derechos propios o específicos» para el colectivo LGTBI (Martínez de Pisón Cavero, 2021, pp. 61 y ss.). Incluso existe una línea de pensamiento que defiende que tampoco es necesario. Si estamos ante derechos universales, bastaría con que funcionen las garantías legales e institucionales para que se puedan ejercitar, respetar y cumplir los derechos de todos, también de las personas LGTBI²⁹.

Aun así, en el seno de la ONU se han producido otras propuestas importantes, primero fallidas, como la Declaración de Nueva Zelanda de 2005, la llamada Declaración de

²⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados en 1966.

²⁸ Se puede consultar esta evolución y los diferentes asuntos en el estudio de esta autora (Peribáñez Blasco, 2018).

²⁹ En esta línea, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) señala que:

La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBT. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos [...]. [Se concluía que] la protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos [...]. Las obligaciones que incumben a los Estados de proteger contra las violaciones de sus derechos humanos ya están bien establecidas y son vinculantes para todos los Estados miembros de Naciones Unidas (ACNUDH, 2012, pp. 9 y 61).

Noruega de 2006 y la importante Declaración de Montreal, también de 2006, que fue el detonante de las posteriores reuniones que dieron lugar a la Declaración de los tan conocidos Principios de Yogyakarta (2007). Consisten en una serie de orientaciones y recomendaciones no vinculantes, «un derecho blando», que trata de facilitar a los organismos internacionales y a los Estados la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de proteger a las personas LGTBI. Aunque no sean obligatorios se han convertido en un referente en los países que han legislado sobre la materia.

Como principio fundamental se reconoce la igualdad en el disfrute de todos los derechos a cualquier persona, sin que la orientación sexual y la identidad de género puedan ser motivos de discriminación. Pero nos interesa especialmente el tercer principio por su relación con el derecho a la identidad sexual o de género. Alude al derecho de todo individuo al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, independientemente de su orientación o identidad sexual. Añadiendo que para el reconocimiento legal de la identidad de género no podrá exigirse como requisito la obligación de someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal. Igual de relevante es la declaración de que «la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad».

Sin embargo, con estos principios no se atendía a las necesidades de las personas intersexuales, porque su vulnerabilidad no se debe esencialmente a su orientación sexual, ni a su identidad de género, sino a presentar características sexuales diversas. Por ello, y por otras razones, se revisará y se ampliará esta declaración en 2017, con los Principios de Yogyakarta+10, entre los que se definirán la expresión de género y las características sexuales. Este reflejo de toda la diversidad sexual «es ya un hito muy destacado en la lucha de los derechos humanos de las minorías sexuales y, especialmente, en la conformación de un derecho omnicompreensivo de todas las realidades afectivo-sexuales» (Martínez de Pisón Cavero, 2020, p. 221).

A pesar de la aprobación de tres importantes resoluciones generales sobre la orientación sexual y la identidad de género por parte del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁰ y de los interesantes estudios realizados por el ACNUDH³¹, los organismos

³⁰ Las Resoluciones de 17 de junio de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/17/19); de 26 de septiembre de 2014, para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/27/32); y de 30 de junio de 2016, para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/32/2).

³¹ ACNUDH (2012) y ACNUDH (2016).

internacionales de Naciones Unidas y algunos Estados miembros siguen rechazando la configuración y el reconocimiento de un derecho específico a la orientación sexual y a la identidad de género. Por este motivo, las vías de protección de los derechos de las personas LGTBI se resuelven, bien por medio de la reclamación ante los tribunales internos, especialmente, los tribunales constitucionales o los internacionales de carácter regional, como el TEDH, o bien a través de la legislación estatal que procura proteger a las personas LGTBI o les garantiza los derechos básicos (Martínez de Pisón Cavero, 2020, pp. 225 y ss.).

Precisamente, la influencia del TEDH ha sido clave para las naciones que componen el Consejo de Europa. Aunque en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) tampoco se reconoce una protección específica o unos derechos propios al colectivo LGTBI, el tribunal ha realizado una interpretación extensiva del artículo 8, el derecho a la vida privada, para adaptarse a los cambios de la sociedad europea. Desde una primera sentencia³² que sentó las bases del derecho a la protección de la orientación sexual, habrá que esperar 20 años para la tutela de la identidad de género³³. Así, poco a poco, caso a caso, se ha ido construyendo una protección a la identidad de género, concretando su contenido y las obligaciones negativas y positivas de los Estados (el derecho al cambio de nombre y de la identidad sexual reflejada en documentos jurídicos oficiales, el derecho al matrimonio, el derecho a las relaciones paternofiliales, el derecho a la pensión de jubilación, el acceso al sistema público de salud en la reasignación del sexo...). En las últimas resoluciones³⁴ parece que se avanza hacia el reconocimiento de un derecho a la identidad de género basado en la autodeterminación (Salazar Benítez, 2021, p. 76) con una liberación de las restricciones al reconocimiento de la propia identidad. Se alude en ellas a un concepto amplio de vida privada que también comprende la integridad física y psicológica de la persona, siendo la autodeterminación sexual uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada. Derecho que, aunque tenga como finalidad esencial proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, implica a su vez obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada, como la de garantizar a su ciudadanía una tutela cierta de su integridad física y moral, dentro de la cual se ubica la identidad de género.

En el ámbito de la UE, ni el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) mencionan expresamente la identidad de género, sin embargo, sí se refieren a la orientación sexual en la lista de motivos prohibidos para justificar la diferencia de trato. No obstante, algunas sentencias del Tribunal de Justicia aceptan que esta condición queda

³² STEDH, *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte*, de 22 de octubre de 1981.

³³ STEDH, *Chirstine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002.

³⁴ STEDH, *A. P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 6 de abril de 2017; STEDH, *Y. T. c. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, y STEDH, *X & Y c. Rumanía*, de 19 de enero de 2021.

protegida, al menos parcialmente, por las distintas directivas de igualdad de sexo³⁵. Al margen de la tutela antidiscriminatoria, en la conformación o configuración del derecho a la identidad de género, en el seno de la Unión han primado más las decisiones políticas que las normas. Se ha de destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas³⁶, en la que se acordó eliminar su consideración como patología y se solicitó a los diferentes Estados «la desiquiatrización de la vivencia transexual y transgénero, la libre elección del equipo encargado del tratamiento, la simplificación del cambio de identidad y la cobertura por parte de la Seguridad Social».

Asimismo, hay que aludir a la Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025, en la que se afirma que «la Comisión fomentará el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros acerca del modo de introducir legislación y procedimientos accesibles para el reconocimiento jurídico del género con arreglo al principio de autodeterminación y sin límites de edad»³⁷. Tal y como se expresa en el documento, los requisitos que se exigen para cambiar jurídicamente el género difieren de manera considerable de un Estado miembro a otro. Mientras, cada vez son más los Estados miembros que avanzan hacia un modelo basado en la autodeterminación personal, otros mantienen una serie de condiciones en relación con el reconocimiento del género de las personas trans y no binarias que podrían no ser proporcionadas e incluso violar las normas de derechos humanos, como en el caso de los procedimientos quirúrgicos y/o de esterilización³⁸.

De hecho, de acuerdo con los datos de un informe de la Comisión Europea de 2020³⁹, se pueden distinguir dentro de la UE⁴⁰ cinco grupos de Estados en función de los requisitos para ese reconocimiento:

³⁵ Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 27 de abril de 2006, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-423/04, respecto de la Directiva 79/7, y la STJUE de 7 de enero de 2004, K. B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health, asunto C-117/01, en relación con la Directiva 75/117.

³⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0427_ES.html?redirect

³⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN> (p. 19).

³⁸ En este sentido, se citan las SSTEDH, S. V. c. Italia, demanda núm. 55216/08, de 11 de octubre de 2018 y, A. P., Garçon y Nicot c. Francia, demandas núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13, de 6 de abril de 2017.

³⁹ *Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality* (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7341d588-ddd8-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>).

⁴⁰ Saliendo de las fronteras de la UE, e incluso de nuestro continente, es interesante la clasificación y el estudio de determinadas naciones que realizan Rubio Marín y Osella (2020a, p. 51). En su categorización distinguen entre:

- Los regímenes de género por heteroasignación: incluyen tanto a los que no permiten al individuo el cambio del sexo/género asignado en el nacimiento, como a los que, aun permitiéndolo, tratan de fijar los confines de las categorías reconocidas mediante criterios de clasificación objetivos y

- En el primer grupo, formado por Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Malta⁴¹ y Portugal⁴², prevalece el criterio de la autodeterminación.
- En Grecia y Francia, aunque no se necesitan intervenciones médicas o diagnósticos, sí se imponen determinados requisitos administrativos. En Grecia es preciso un procedimiento judicial y en Francia hay que acreditar ante notaría o juzgado hechos suficientes que sustenten la petición, como un cambio de nombre previo o haber socializado con base en el género sentido.
- En otro grupo, en el que se encuentran Eslovaquia, Chequia, Polonia, Finlandia, Austria, Estonia, Italia y Reino Unido, se imponen exigencias médicas intrusivas, tales como la cirugía de cambio de sexo, la esterilización o las terapias hormonales. En este grupo se incluye a España, porque, aunque actualmente no contempla la cirugía, todavía se precisan informes y tratamientos médicos.
- En Eslovenia, Alemania, Hungría, Croacia, Suecia y Noruega hay que aportar informes de salud mental o bien opiniones y supervisiones médicas.
- Y, por último, hay países como Bulgaria, Chipre, Lituania, Letonia y Rumanía en los que, al no existir procedimientos legales, se deja libertad a los órganos decisorios para imponer los requisitos de forma arbitraria.

3.3. La normativa interna actual y la futura Ley trans

3.3.1. La regulación estatal vigente, previa a la futura Ley trans

Probablemente cuando se publique este estudio habrá sido ya aprobada la Ley trans estatal, pero resulta de interés conocer cómo se regula (o regulaba) el derecho al cambio

predeterminados. Esto lleva en último término a un sistema de evaluación o certificación externa. En este grupo se encontrarían países como Italia o India (aunque en este caso se admite un tercer sexo).

- Los regímenes de género electivos: se basan principalmente en la autodeterminación y obedecen a una comprensión subjetiva de las categorías. En este grupo, todavía basados en el binarismo, estaría por ejemplo Colombia, mientras que en los electivos que superan el régimen dual y añaden la fluidez de género estaría Bélgica.

⁴¹ Fue el primer país en la UE que en 2015 prohibió la cirugía de sexo o los tratamientos médicos o psicológicos como requisito previo a la reasignación o al cambio de identidad.

⁴² Portugal cuenta con la Ley 38/2018, de 7 de agosto, sobre el derecho a la autodeterminación de la identidad de género y expresión de género y la protección de las características sexuales de las personas. Según el artículo 1, el fundamento del derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la expresión de género reside en el libre desenvolvimiento de la personalidad de acuerdo con la identidad y la expresión de género de cada cual. Tiene disposiciones muy avanzadas en las que reconoce el derecho a mantener las características sexuales primarias y secundarias, prohíbe las intervenciones quirúrgicas o tratamientos farmacológicos en las personas menores intersexuales, salvo riesgo para la salud, y establece el derecho al cambio de nombre con un procedimiento rápido y sencillo.

del sexo registral. Puede decirse que actualmente existe un reconocimiento del derecho a la identidad sexual limitado o mermado en cuanto está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Estaríamos en el grupo de Estados que cuentan con un régimen heteroasignado o que requiere de unas exigencias que pueden ser intrusivas según las clasificaciones referidas en el epígrafe anterior.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, aunque en su exposición de motivos se refiere a la transexualidad y al derecho a la identidad de género como una faceta del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas, en su contenido, coincidiendo con su denominación o título, se limita a regular la rectificación del nombre y el sexo de las personas, sin atender a otras demandas del colectivo trans. Se acoge una concepción «patologizadora» de la identidad de género (Salazar Benítez, 2015, p. 86), pues para el cambio registral se exigen como requisitos (art. 4):

- El diagnóstico de una disforia de género acreditada mediante un informe médico o de un psicólogo/a clínico⁴³.
- El tratamiento médico durante al menos 2 años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado acreditado mediante informe del médico/a colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico/a forense especializado⁴⁴. A continuación, el precepto menciona uno de los grandes avances que tuvo esta ley: para el cambio registral no es necesario que el tratamiento médico haya incluido una cirugía de reasignación sexual⁴⁵.

Respecto a la titularidad de este derecho, la norma civil aludía en su artículo primero a las personas de nacionalidad española y mayores de edad, sin permitir la solicitud a las personas progenitoras en representación de los/las menores, aunque en la práctica, hubo algún auto que autorizó la rectificación registral del sexo a menores transexuales⁴⁶.

⁴³ Incluso se marca el contenido mínimo de este documento que deberá referirse:

- A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por la persona solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.
- A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

⁴⁴ Este tratamiento no es exigible cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

⁴⁵ Para conocer la lenta evolución del reconocimiento jurisprudencial y legal sobre el cambio registral de sexo, se puede consultar a Benavente Moreda (2013, pp. 129 y ss.).

⁴⁶ Autos de los Registros Civiles de Mislata y Valencia de febrero de 2016 en los que se permitió el acceso al registro del cambio de sexo y de nombre de dos menores transexuales apoyándose en una instrucción de la Audiencia Provincial de Valencia.

Finalmente, ante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por el Pleno del Tribunal Supremo, la STC 99/2019, de 18 de julio, declaró inconstitucional el apartado 1.º del precepto y extendió este derecho a las personas menores de edad, sin fijar una edad, siempre que contaran con «suficiente madurez» y se encontraran en una «situación estable de transexualidad». La sentencia se acomodaba así a la tendencia del ordenamiento a un reconocimiento generalizado de una autonomía progresiva de la persona menor para tomar sus propias decisiones (Benavente Moreda, 2018, p. 274), tras las reformas acaecidas en ese momento sobre la protección jurídica de los/las menores⁴⁷. Como veremos, la edad para el ejercicio de esta facultad ha sido uno de los temas más problemáticos y polémicos en la aprobación del texto remitido finalmente al Senado.

Sin negar la importancia del avance que supuso eliminar legalmente la necesidad de una cirugía de reasignación sexual para el cambio registral, los requisitos que aún se exigen reflejan una norma que sigue anclada en el pasado, instalada en una concepción clínica de la transexualidad bajo la idea de que se trata de un trastorno de identidad (Sillero Crovetto, 2020, p. 149). Continúa utilizando un modelo binario hombre/mujer que busca a través del tratamiento médico ajustar las características físicas, primordialmente las sexuales, al sexo por el que se opta (Salazar Benítez, 2015, p. 85). Se entiende que este pensamiento es contrario a la posición de diferentes instancias internacionales⁴⁸ que abogan por eliminar la consideración de la transexualidad como una patología o un trastorno médico o psicológico.

Por otra parte, los movimientos en defensa de las personas trans piensan que la actual normativa se dirige solo al colectivo de las personas transexuales que optan por un tratamiento, obviando la diversidad y los diferentes intereses de quienes integran este grupo. Como reflejaba la Ley 2/2021 de Canarias, hay múltiples formas de expresar la identidad de género, porque el colectivo es muy diverso: «transexuales, transgénero, travestis, identidades y expresiones de género no binarias, *queer*, así como a quienes definen su género como "otro" o describen su identidad en sus propias palabras». Unas personas luchan por la libertad de decidir y modificar su sexo registral, otras simplemente por manifestar externamente su identidad de género/sexual, contenido básico de la expresión de género.

⁴⁷ Nos referimos a la reforma de la Ley orgánica (LO) de protección jurídica del menor de 1996 por la LO 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁸ Basta con aludir, entre otros documentos, a la Recomendación CM/Rec 5 (2010) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; a la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género; a la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo, *Discrimination against transgender people in Europe*, y a las ya citadas Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas, y la Estrategia europea para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025.

Ni siquiera en las normas estatales se define la libertad de expresión de género, aunque esta condición al fin se ha incorporado con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, como una de las circunstancias que se protegen ante un trato discriminatorio. Si atendemos a la noción que contempla la STC 67/2022 (véase el epígrafe 2 de este estudio), tanto el nombre, los apellidos, la voz (SSTC 117/1994, 167/2013, 178/2020) como la apariencia externa (STC 67/2022), cualidades «definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona», forman parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) (FJ 3.º d) y se integran en el libre desarrollo de la personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de la que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE).

Respecto al nombre, cuando se solicita el cambio registral del sexo, se debe incluir uno nuevo, salvo que se quiera conservar el anterior. En cualquier caso, en muchas ocasiones, antes de la rectificación del sexo, ya ha existido una modificación oficial del nombre por ser los requisitos menos estrictos, también para los/las menores. Ante la disparidad de criterios que existía entre las personas encargadas de los registros civiles se dictó la Instrucción, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de las personas transexuales, de 23 de octubre de 2018. Dispone que la persona mayor de edad o menor emancipada puede pedir un cambio de nombre para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente al inscrito. Basta con su declaración ante la persona encargada del registro civil (o bien en documento público) de sentirse del sexo correspondiente al nombre solicitado y de que no le es posible obtener el cambio de su sexo registral al no cumplir los requisitos previstos en la norma. En el caso de menores de esta edad, la solicitud compete a sus padres y madres o tutores/as que deben declarar o hacer constar en documento público que el/la menor siente como propio el sexo que se ajusta al nombre pedido. Cuando la persona menor tenga más de 12 años, firmará la petición, en otro caso, se la oírán, mediante una comunicación comprensible para la misma y adaptada a su edad y grado de madurez.

3.3.2. Las leyes autonómicas

La ausencia o el retraso en la aprobación de una normativa estatal que abordara los diferentes ámbitos en los que el colectivo trans precisa de medidas para tutelar sus derechos y evitar la discriminación ha sido subsanada por las normas autonómicas que intentan avanzar en la configuración del derecho a la identidad y del derecho a la expresión de género.

En este momento, en todas las comunidades autónomas, salvo Castilla y León, Asturias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, existen normas específicas para el colectivo LGTBI. En algunas cuentan con dos legislaciones diferenciadas, una para las personas trans y otra para el colectivo LGTBI en general, mientras que en otras hay un solo texto,

con menciones concretas para las personas trans. Incluso, el término identidad de género aparece en el articulado de varios estatutos de autonomía⁴⁹.

En la mayoría de las leyes autonómicas se utiliza el término derecho a la «autodeterminación de género» y casi todas, aunque no usen esta palabra, reconocen que, a los efectos de sus respectivas leyes, las personas trans no tienen que someterse a tratamiento, ni a un examen médico o psicológico. Por ejemplo, la ley vasca, tras su reforma en 2019⁵⁰, dispone que:

[...] la consideración de persona transexual se regirá por el derecho a la libre autodeterminación de la identidad sexual. Este derecho no podrá ser limitado, restringido, dificultado o excluido debiendo interponerse y aplicarse las normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio del mismo. Las personas transexuales podrán acogerse a lo establecido por la presente ley sin necesidad de un diagnóstico o informe psiquiátrico, psicológico ni tratamiento médico (art. 3).

Por lo general, son normas protectoras fundamentadas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad en las que se reconoce el derecho de la persona a identificarse conforme al sexo sentido al margen del asignado en el momento del nacimiento. En muchas de ellas se admite, también para los/las menores, el derecho a que figure el nombre y sexo percibido por las personas trans en la documentación administrativa oficial⁵¹, en aquellas materias en las que es competente la Administración autonómica (sanidad, educación, deportes...)⁵².

⁴⁹ Así, el artículo 35.1 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, reconoce el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género; el artículo 24 d) de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, dentro de los principios rectores de las políticas públicas se refiere al «derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual e identidad de género», y el artículo 7.13 a) de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la comunidad autónoma de Extremadura, habla de «políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y la identidad de género de todas las personas».

⁵⁰ Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

⁵¹ Por ejemplo, el artículo 2.4 y el artículo 9.1 y 9.2 b) de la norma andaluza, la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, establecen el derecho de toda persona «a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía» y «la comunidad autónoma de Andalucía proveerá a toda persona que lo solicite de las acreditaciones acordes a su identidad de género manifestada que sean necesarias para el acceso a sus servicios administrativos y de toda índole» y «[l]os trámites para la expedición de la documentación administrativa prevista en la presente ley serán gratuitos, no requerirán de intermediación alguna, y en ningún caso implicarán la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica». En parecido sentido, el artículo 4.2 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid.

⁵² De hecho, para paliar que el exceso competencial de estas normas llevara al reconocimiento de registros autonómicos, se firmaron acuerdos con el Gobierno central en los que se reconocía que tales leyes se

Esto plantea un complicado encaje con la normativa estatal al permitir en algunos casos la inclusión del sexo o género «sentido» en registros administrativos, académicos o sanitarios, al margen de los datos incorporados al Registro Civil como sistema de identificación único y común, de competencia estatal. Además, sin necesidad de ningún tipo de diagnóstico previo, ni tratamiento médico, hormonal o psicológico. La situación, en ocasiones, genera dudas sobre la creación de un doble sistema de identificación de la persona al margen de la prevista a través de la Ley del Registro Civil, «diferenciándose de manera un tanto artificial entre identidad registral e identidad administrativa» (Benavente Moreda, 2018, p. 306).

Las normas autonómicas no se quedan en la mera afirmación de este derecho «libertad/reconocimiento»; no es suficiente, porque la historia, la realidad y los estudios que se hacen sobre la misma demuestran las conductas y actitudes de violencia, exclusión y discriminación que han padecido y padecen estas personas. De ahí que sean normas transversales o integrales que, partiendo del fundamento de que su situación no es igual, tratan de arbitrar acciones que remedien e impidan esta discriminación. La mayoría de ellas se refieren a los mismos ámbitos en los que tienen competencia (relaciones con la Administración, sanidad, educación, fomento del empleo, acceso al empleo público, cultura, deporte, protección a la familia...) para ir estableciendo medidas y herramientas que les garanticen o al menos les faciliten el desarrollo de su vida en igualdad de condiciones.

Aunque, a veces, la falta de una norma estatal les ha empujado a regular cuestiones fuera de su competencia. Así, se critica que, de manera habitual, tipifiquen como infracciones administrativas lo que son conductas sancionadas ya como delito, si bien, con poca o ninguna aplicación práctica (Cuesta Aguado, 2021, p. 145). Este exceso competencial autonómico ya se había advertido por el TC, en materias relacionadas con esta⁵³.

En cualquier caso, no es objeto de este estudio realizar un examen de todas las medidas preventivas, sancionadoras o de acción positiva que incluyen estas normas en los diferentes ámbitos, pero sí analizaremos las de naturaleza laboral o que están relacionadas con el empleo, en el último apartado del estudio, junto a las que contempla la futura Ley trans.

aplicarán, exclusivamente, dentro de sus competencias. Entre otros, Resolución de 12 de abril de 2013, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado/Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley del País Vasco 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

⁵³ En concreto, la STC 159/2016, de 22 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, considera que la regulación sobre prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en las empresas es una materia de carácter laboral que corresponde al Estado, pues se trata de una previsión directamente relacionada con los deberes del empresario en la relación con sus personas trabajadoras. Solo el Estado puede imponer a las empresas y a la representación de las personas trabajadoras el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, debiendo limitarse las comunidades autónomas a adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento, en el ejercicio de su competencia de ejecución.

3.3.3. El Proyecto de Ley trans

Pocas normas han suscitado durante su elaboración tal crispación política y social y tantas fisuras en numerosos ámbitos. Por un lado, la futura regulación ha provocado un gran debate social, a veces, alentado por los defensores/as y los detractores/as de esta ley, que han estado muy presentes en los medios de comunicación, ante las diferentes y numerosas acciones realizadas por partidos políticos, activistas y movimientos de un signo u otro (manifestaciones, concentraciones, escritos, entrevistas, conferencias...).

Por otro, se han producido importantes tensiones y desencuentros entre los socios del Gobierno, principalmente entre el PSOE y Unidas Podemos-IU durante la tramitación de la norma, ya desde la presentación del anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Igualdad⁵⁴. Estas tiranteces pueden resultar incomprensibles cuando en la anterior legislación ambos grupos presentaron dos proposiciones de ley sobre la materia en las que coincidían en lo esencial⁵⁵: el cambio del sexo asignado por el sentido⁵⁶. Parecía que las aguas

⁵⁴ Este debate llevó a que el PSOE y un sector de Podemos elaboraran distintos manifiestos en contra de la regulación propuesta por el Ministerio de Igualdad. Así, el PSOE en junio de 2020 dio a conocer el documento *Argumentario contra las teorías que niegan la realidad de las mujeres* ([https://www.abc.es/gestordocumental/uploads/sociedad/ARGUMENTARIO%20REALIDAD%20MUJERES%20\(1\).pdf](https://www.abc.es/gestordocumental/uploads/sociedad/ARGUMENTARIO%20REALIDAD%20MUJERES%20(1).pdf)). Texto condenado y contestado por la FELGTBI+ (<https://felgtb.org/blog/2020/06/10/triangulo-y-felgtb-condenan-el-argumentario-transfobo-del-psyoe/>). Con motivo del Día de la Mujer, el 8 de marzo de 2021, se reflejaban también las grietas en Podemos, un sector presentaba el documento *En Podemos también hay feministas* (<https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSdnQ3teHcAWFg9VLDmkemBMI7vmzrMHpgg6uo63WwtLuZCiZw/viewform>).

⁵⁵ La Proposición de Ley 122/000072 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, de 3 de marzo de 2017 (BOCG, serie B, núm. 91-1, pp. 1-4), pretendía la reforma de la Ley 3/2007 permitiendo la rectificación registral del sexo sin más requisitos que la declaración expresa de la persona interesada del nombre propio y sexo registral con los que se siente identificada. También ampliaba la legitimación a las personas mayores de 16 años por sí mismas y a las menores de esta edad a través de sus progenitores/as o representantes legales, con la expresa conformidad de la persona menor. Solo en caso de oposición de las personas progenitoras (de una o de las dos) o representantes legales, las personas menores de edad podían instar su solicitud a través del Ministerio Fiscal, resolviendo la jueza o el juez competente.

Dos meses después se presentó la Proposición de Ley 122/000097 contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea (BOCG, serie B, núm. 122-1, de 12 de mayo de 2017); texto mucho más ambicioso que, además de regular la rectificación registral, atendía a otros aspectos orientados a la tutela de las personas LGTBI.

⁵⁶ Incluso el PSOE iba más allá, como refleja la enmienda núm. 4 que su grupo presentó a su proposición de ley. Se pretendía añadir al artículo 4 de la Ley 3/2007:

La persona interesada podrá solicitar que figure en blanco la mención relativa al sexo de su inscripción de nacimiento si no se siente identificada con ninguna categoría; teniendo derecho, asimismo, a que figure en la misma forma en sus documentos de identidad.

se habían calmado cuando finalmente el texto, con varias modificaciones, fue aprobado como proyecto de ley el 29 de junio de 2021. Sin embargo, el PSOE, dilatando el trámite de enmiendas, tras fuertes presiones en sus filas, presentó numerosas enmiendas en solitario (sobre los procedimientos para la reversibilidad, el cambio de sexo de las personas menores, la eliminación de la violencia de intragénero...), frente a las registradas por Unidas Podemos, muchas de ellas consensuadas con otros grupos políticos aliados durante la legislatura. El PP y Vox desde el inicio manifestaron su rechazo a la totalidad de la norma. La votación en la Comisión de Igualdad cerró el texto con aportaciones de casi todos los partidos, pero el PSOE perdió la enmienda que reflejaba uno de sus principales obstáculos a esta regulación, el procedimiento para el cambio de sexo de las personas menores de 16 años. Al fin, el 22 de diciembre, el proyecto fue aprobado en el Pleno del Congreso⁵⁷, y, en este momento, ya han sido presentadas las enmiendas y propuestas de veto en el Senado⁵⁸.

Como ya reflejamos en el estudio, estas tensiones han mostrado la fuerte división que se vive en el movimiento feminista⁵⁹. Un sector considera que la autodeterminación de género/sexo pone en peligro los derechos de las mujeres, porque admitir el género o el sexo sentido como identidad implica esencializarlo. Se elimina de raíz el sexo como realidad y se anulan por completo las posibilidades de la lucha feminista contra las imposiciones que conlleva⁶⁰.

Justificaba este cambio en la protección legal frente al binarismo establecido tradicionalmente, para permitir la protección de una realidad que, aunque minoritaria, también tiene derecho a ser tenida en cuenta, sin que se pueda obligar a hacer constar registralmente como hombre/mujer a quien no se identifica como tal.

Valoraba que esta enmienda iba a beneficiar a muchas personas (a las trans que aún están en proceso de transición, a las personas intersexuales que pueden identificarse como hombres y mujeres, y a las personas que se identifican de manera diferente, como el género fluido o sin género). Incluso, se decía que la concepción del sexo como «estado civil» pasaba a un segundo plano, por detrás de la protección de los derechos fundamentales, siguiendo la estela de ordenamientos como el alemán o el argentino al permitir, bien la existencia de «otras manifestaciones de la sexualidad no binarias», o incluso la ausencia de encaje en uno u otro sexo.

⁵⁷ Con 188 votos a favor, 150 en contra y 7 abstenciones, siendo muy comentada la abstención de la diputada socialista Carmen Calvo. Aunque en el seno de otros grupos también hubo divisiones, así, aunque en Ciudadanos se había decretado la libertad de voto, todos/as votaron en contra, salvo una diputada que se abstuvo. O en PDeCAT, que, de sus 4 representantes, 3 se abstuvieron y 1 votó a favor.

⁵⁸ De nuevo el PP y Vox han vetado el texto, aunque el PP, ante el probable rechazo a esta opción, ha presentado numerosas enmiendas. También lo han hecho otros grupos políticos. Pueden consultarse en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/enmiendas/index.html?id1=621&id2=000078&legis=14>

⁵⁹ Incluso llevó a que el pasado 8 de marzo se convocaran en muchas ciudades distintas manifestaciones, las convocadas por la Comisión 8M y las organizadas por otras asociaciones feministas en defensa de la abolición de la prostitución, pero también aglutinaba a la mayoría de los grupos contrarios a parte del contenido del Proyecto de Ley trans.

⁶⁰ Además de en los documentos ya citados, se pueden ver estos argumentos en la Plataforma Contra el Borrado de las Mujeres, que el 27 de septiembre presentó ante el Congreso de los Diputados,

Esta corriente manifiesta su total rechazo a la regulación de la identidad de género ante el temor al «borrado de las mujeres» y a la pérdida de los derechos basados en el sexo. Consideran que con la regulación proyectada muchas otras normas que protegen a las mujeres podrían tornarse inoperantes, como las leyes de igualdad entre mujeres y hombres o las leyes contra la violencia de género. Frente a esta tesis, hay quienes abogan por un feminismo inclusivo que cree que la ampliación de derechos a un colectivo al que socialmente se ha excluido e invisibilizado no tiene por qué suponer un riesgo para las conquistas alcanzadas por las mujeres y para la hoja de ruta marcada en este movimiento⁶¹.

También ha sido muy criticada la forma de tramitación de esta norma⁶². Se reprocha que, ante temas tan sensibles y polémicos, se haya seguido el procedimiento de urgencia, limitando el debate a la Comisión de Igualdad y no al Pleno del Congreso, no se haya consultado de forma suficiente con diferentes personas expertas y tampoco se hayan tenido en cuenta algunas de las propuestas de los informes y dictámenes previos, especialmente el del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el del Consejo de Estado. Además, ante los «efectos indeseados» en la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, surgen voces que piden un retraso en la aprobación de la Ley trans para evitar errores⁶³.

Entrando en el contenido de la norma y con relación al derecho a la identidad sexual/género, tal vez, por todos los desencuentros señalados, se ha eliminado cualquier referencia a la identidad de sexo/género como derechos⁶⁴. Tampoco se definen, tal y como figuraba en el anteproyecto. Sin embargo, no por ello se modifica la esencia de la propuesta previa. Así, el artículo 44 que regula el procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo se basa sin duda alguna en la autodeterminación personal, puesto que no

con la firma de varias organizaciones en defensa de los derechos de las mujeres, un paquete de 24 enmiendas feministas a la Ley trans (<https://contraelborradodelasmujeres.org/entrega-en-el-congreso-de-24-enmiendas-feministas-a-la-ley-trans/>), o en el artículo de opinión de Amelia Valcárcel «Ley trans: 47 millones de afectados», publicado en *El País* y firmado también por otros detractores de la norma (https://dofemco.org/wp-content/uploads/2022/11/EIPais_2022-11-12_Leytrans.pdf).

⁶¹ Manifiesto de Coordinadora Feminista, Federación Estatal de Organizaciones Feministas (<https://www.feministas.org/feministas-por-los-derechos-de-las.html>).

⁶² Sobre las deficiencias en la técnica legislativa y la falta de respeto al procedimiento legislativo ordinario, Ibáñez García (2022).

⁶³ Ante esta situación, algunos colectivos feministas como Alianza Contra el Borrado de las Mujeres han pedido que se retrase la Ley trans y se escuche a las personas expertas (<https://www.edatv.news/noticias/35643/las-feministas-no-se-fian-de-irene-montero-y-piden-que-se-retrase-la-ley-trans>).

⁶⁴ Aunque el primer párrafo de la exposición de motivos alude a que el objetivo es «desarrollar y garantizar los derechos del colectivo LGTB», y erradicar las situaciones de discriminación para asegurar «que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad».

se exigen más requisitos que la comparecencia y la manifestación de la disconformidad con el sexo inscrito. Se insiste en el apartado 3.º del precepto en que:

El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Respecto a la legitimación, se reserva a las personas con nacionalidad española⁶⁵. En relación con la edad, tema que ha dado lugar a tanto debate, finalmente se han establecido tres rangos:

- Mayores de 16 años: podrán realizar esta petición, sin ninguna limitación.
- Menores de 16 años y mayores de 14: podrán presentar la solicitud por sí mismas, pero asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. En caso de desacuerdo de sus representantes entre sí o con la persona menor, se nombrará un defensor/a judicial.
- Menores de 12 a 14 años: precisarán la previa aprobación judicial instando un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Esta regulación ha dado respuesta a las demandas de algunas asociaciones de familias de menores transexuales⁶⁶ que llevan tiempo reclamando la rebaja de la edad para el cambio registral del sexo y se acomoda a la tendencia de la legislación al reconocimiento de una mayor capacidad de decisión a las personas menores de edad, cuando tienen suficiente madurez. También, se ajusta de manera más fiel a las conclusiones a las que llegó el TC en su Sentencia 99/2019, de 18 de julio. Y además puede suponer una mayor coordinación entre la documentación administrativa autonómica (sanitaria, educativa...) y la

⁶⁵ Si bien el artículo 50.1 dispone que:

Las personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de 1 mes.

⁶⁶ Como Chrysalis, Asociación de Familias de Infancia y Juventud Trans, y Naizen, que agrupa a familias de menores transexuales de Álava, Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra.

documentación registral estatal, pues, como ya observamos, en el caso de menores trans suelen existir contradicciones en relación con su sexo y nombre.

Sin embargo, la falta de la exigencia de algún medio que avale una situación de cierta estabilidad en la identidad sexual definida, principalmente en el caso de menores, ha despertado también alertas entre algunos colectivos⁶⁷ que advierten sobre la disforia de género de inicio rápido (Littman, 2019) y el incremento de estos casos entre las adolescentes (Feministes de Catalunya, 2022). También, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos valora que el planteamiento de la norma, no requerir para menores entre 14 y 16 años más condiciones que la asistencia de sus representantes legales, no resulta adecuado para proteger de forma más garantista el interés de estas, que, aun comprendidas en esa franja de edad, carecen del suficiente grado de madurez o su situación de transexualidad no está estabilizada⁶⁸. En el dictamen del Consejo de Estado y en el informe del CGPJ, sin negar la constitucionalidad y la legitimidad de esta opción legislativa, se recomendaba en interés de las personas menores extender hasta la mayoría de edad el procedimiento que requiere la aprobación judicial previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que demuestre la madurez necesaria y la voluntad estable de proceder a la rectificación registral del sexo. Esto es lo previsto en el texto actual para menores de una edad comprendida entre los 12 y 14 años. La disposición final decimotercera introduce este nuevo procedimiento en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Cabe destacar sobre el mismo tres cuestiones: el nombramiento de un defensor/a judicial de la persona menor cuando haya un desacuerdo entre representantes o progenitores de esta, entre sí o con ella, la necesidad de que se aporten medios de prueba que acrediten que se ha mantenido estable su decisión respecto a su disconformidad con su sexo registral y la posibilidad de que el órgano judicial solicite todas las pruebas precisas para acreditar la madurez necesaria de la persona menor y la estabilidad de su voluntad de rectificar registralmente la mención a su sexo.

Para mayores de edad y menores mayores de 14 años, el procedimiento registral se ha variado respecto al que constaba en el anteproyecto; probablemente, se busca garantizar mayor seriedad o sensatez en la decisión. Por ello, la mención registral del sexo se hará en varias fases, con un sistema que permitirá tener suficiente información y un periodo de reflexión. Así, la persona interesada, en primer lugar, rellenará un formulario solicitando la modificación de su mención. En la primera comparecencia, se manifestará ante la persona encargada su disconformidad. Tras una información completa sobre las consecuencias de

⁶⁷ AMANDA, Agrupación de Madres de Adolescentes y Niñas con Disforia Acelerada.

⁶⁸ Consideran que la asistencia a las personas menores por parte de equipos médicos multidisciplinares especializados durante todo el proceso de la autodeterminación de género disminuiría el riesgo de no persistencia en el deseo de transexualidad y los riesgos psicológicos y orgánicos derivados de un proceso acelerado de la transición de género (<https://www.cgcom.es/notas-de-prensa/los-informes-de-equipos-medicos-multidisciplinares-constituyen-una-garantia-para>).

su opción y las medidas y recursos disponibles⁶⁹, se deberá suscribir la comparecencia inicial, reiterando la decisión. Finalmente, se volverá a citar en el plazo de 3 meses a la persona para que comparezca de nuevo, ratificando la solicitud por segunda vez y aseverando la persistencia de su decisión. Tras ese trámite, la solicitud deberá resolverse en el plazo de 1 mes. En la primera comparecencia se incluirá un nombre propio salvo que se quiera mantener el anterior⁷⁰.

En cualquier caso, es difícil pronunciarse sobre los criterios de la edad adecuada y los requisitos exigibles para el cambio registral de sexo por la complejidad que supone lograr «un equilibrio ideal entre el reconocimiento de la madurez progresiva del menor y la protección de su interés superior» (Salazar Benítez, 2021, p. 96). En el fondo de este debate, creemos que más que existir una preocupación por la rectificación registral del sexo de la persona menor, hay un temor o cautela sobre el inicio de posibles tratamientos médicos a edades muy tempranas que puedan ser irreversibles o causar efectos perjudiciales en la salud de los/las menores. En estas situaciones hay que atender al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁷¹, que permite otorgar el consentimiento a las personas menores emancipadas o mayores de 16 años, salvo que no sean capaces ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso lo dará su representante legal, después de haber escuchado su opinión (conforme a lo dispuesto en el art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Igualmente, el consentimiento lo prestará quien ostente la representación legal de la persona menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud de aquella, según el criterio médico.

Respecto a la atención sanitaria de las personas trans, la norma estatal, atendiendo a las competencias autonómicas en la materia, únicamente marca unos principios generales

⁶⁹ La persona encargada del registro civil debe informar sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, sobre las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato, así como de la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

⁷⁰ Para los casos en los que solicita solo el cambio de nombre, el artículo 48 reitera lo que ya dispuso la Instrucción de 2018 de la Dirección General de los Registros sobre la materia, reconoce el derecho de los/las menores trans a esta modificación por razones de identidad, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación del sexo, con el mero cumplimiento de los requisitos generales del artículo 51 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La disposición final undécima amplía el apartado 2.º de este precepto para aclarar que cuando se prohíben nombres que hagan confusa la identificación, no cabe en esta valoración dar relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad de la persona.

⁷¹ El artículo 57 del Proyecto de Ley trans remite a esta regulación, sin reforma alguna.

de actuación⁷² y encomienda a las Administraciones públicas la elaboración de protocolos y procedimientos específicos de actuación, contemplando la posibilidad de establecer equipos multidisciplinares de profesionales que informen, apoyen y acompañen a la persona en todo el proceso. Aunque no podemos entrar en profundidad en este tema, quizás sea necesaria una regulación garantista, homogénea en todo el territorio nacional, de los correspondientes acompañamientos (médicos, psicológicos, sociales...), fundamentales en este tipo de procesos bajo la idea de garantizar no llevar a cabo intervenciones o tratamientos irreversibles, cuando falta un consenso científico sobre el grado de reversibilidad de las percepciones de las personas menores de edad sobre sí mismas (Salazar Benítez, 2021, p. 97).

Si bien el proyecto ha acogido una de las principales reivindicaciones del colectivo trans, el derecho al cambio del sexo, basado en la decisión de la persona, no ha introducido, sin embargo, ninguna previsión para las personas no binarias. Aunque se propuso en alguna de las enmiendas, no tuvo los apoyos suficientes. Se sugería incluir un artículo para que las Administraciones públicas competentes adoptaran las medidas necesarias para garantizar que la documentación administrativa y los formularios fuesen adecuados a la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, incluidas las personas no binarias, expresión de género y características sexuales y a la diversidad familiar. En concreto, se pedían medidas que permitieran omitir, a petición de la persona interesada, la mención relativa al sexo en sus documentos oficiales⁷³. Únicamente se ha reconocido para las personas intersexuales que, al inscribir su nacimiento, si en el parte facultativo se indica la condición intersexual de la persona recién nacida, las personas progenitoras, de común acuerdo, pueden solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de 1 año. Pasado este plazo, la mención del sexo es obligatoria, por lo que las personas progenitoras habrán de solicitar su inscripción (art. 74.2).

Por último, el artículo 46 regula los efectos del cambio registral. Este tendrá carácter constitutivo, es decir, efectos *ex nunc*, a partir de la inscripción. Pero, para evitar posibles fraudes, abusos o, en determinadas situaciones, pérdida de derechos, se arbitran diferentes medidas. Por un lado, se indica que la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En la práctica supondrá que un hombre no pueda eludir posibles responsabilidades por actos de violencia de género acaecidos antes de su cambio registral, ni que una mujer que rectifica su sexo al de hombre pueda perder los derechos que ostentaba como víctima de esta violencia.

⁷² La no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación (art. 56).

⁷³ Enmienda núm. 3 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Grupo Parlamentario Republicano, Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu, Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Ana María Oramas González-Moro, Joan Baldoví Roda, Miquel i Valentí Sergi, Míriam Nogueras i Camero, Néstor Rego Candamil e Íñigo Errejón Galván.

Con la misma finalidad, se establece que el cambio de sexo del masculino al femenino no permitirá respecto a las situaciones anteriores acogerse a las medidas de acción positivas en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y, en sentido contrario, la mención registral pasando del sexo femenino al masculino no provocará la pérdida de los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de estas medidas de acción positiva, sin que haya lugar a su reintegro o devolución.

Finalmente, se utiliza una cláusula de cierre que dispone que, para las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo registral en el momento del nacimiento, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial.

Muchos de los reparos y temores de parte del colectivo feminista están relacionados con esta cuestión⁷⁴. Quizás ese miedo al uso fraudulento del cambio de sexo no sea argumento suficiente para negar esta regulación (Salazar Benítez, 2021, p. 92). Lo que se precisa es un estudio pausado de todas las situaciones a las que puede afectar este cambio normativo, para, al margen de los mecanismos existentes para evitar posibles fraudes, se adopten otro tipo de cautelas.

Es fundamental en este sentido que en los procedimientos de reconocimiento de la identidad sexual se adopten garantías suficientes que avalen una decisión meditada y estable. Con esta finalidad, el procedimiento previsto para la primera rectificación registral prevé varias fases separadas en el tiempo que buscan una reflexión y reafirmación de la decisión tras proporcionar la información necesaria. Sin embargo, se ha criticado, quizás con razón, la flexibilidad con la que se ha regulado la reversión de la rectificación registral para la vuelta al sexo inicial. Solo se establece un plazo de espera de 6 meses y el seguimiento del mismo procedimiento registral. Para una nueva modificación, la tercera, es exigible la

⁷⁴ Otra de las preocupaciones de algunos colectivos de mujeres, origen de un amplio debate en nuestro país, ha sido la de mantener la segregación por sexo en los espacios públicos (baños, vestuarios) para garantizar la seguridad e intimidad de las mujeres. Parece que hay poca evidencia empírica de que la exclusión de las mujeres trans de los espacios segregados por sexo garantice una mayor seguridad, quizás sigan existiendo prejuicios sobre su conducta y comportamiento que no son un fundamento suficiente para limitar sus derechos (Rubio Marín y Osella, 2020a). También entonces habría que valorar y estudiar la seguridad de las mujeres trans cuando se ven obligadas a acceder a espacios reservados a los hombres. Aun y todo, entendemos que una regulación para proteger la seguridad de todas las personas ante determinadas circunstancias y en concretos espacios es complicada. Recientemente ha saltado a los medios de comunicación un caso sucedido en Escocia sobre una mujer trans que, pendiente de la condena por dos violaciones antes de su transición, se hallaba en una cárcel de mujeres, aunque separada de ellas. La alarma social generada por este hecho ha llevado a la ministra principal de Escocia, Nicola Sturgeon, a declarar públicamente que esta persona no irá a una cárcel de mujeres (<https://www.europapress.es/internacional/noticia-escocia-confirma-trans-violo-dos-mujeres-antes-cambio-sexo-no-ira-carcel-mujeres-20230126174106.html>).

aprobación judicial. Tanto el Consejo de Estado como el CGPJ proponían una regulación más cautelosa que aportara una mayor seguridad jurídica: la aprobación judicial, un mayor plazo de espera y la limitación del número de veces al cambio.

4. La no discriminación por identidad sexual/género, expresión de género o características sexuales

4.1. Marco normativo de la tutela antidiscriminatoria

Como ya se ha adelantado, la primera tutela del colectivo LGTBI, y en concreto de las personas trans, se produce con la aplicación del principio de no discriminación en todos los niveles: internacional, europeo, comunitario y nacional.

La larga historia de discriminación, humillación y exclusión de las personas trans no ha cesado, a pesar de algunos logros que se van alcanzando. Los estudios que se realizan sobre este colectivo reflejan un panorama desolador, pero han servido como incentivo para promover la actuación de las diferentes instancias y organismos.

En el ámbito internacional son de gran interés los informes de homofobia de Estado que elabora anualmente ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), donde se examina país por país la situación del colectivo y el estado de la legislación nacional. Estas publicaciones son empleadas no solo por asociaciones activistas, sino también por organismos internacionales, como el Consejo de Derechos Humanos, el ACNUDH o, incluso, el TEDH, en los argumentos de sus sentencias. En el informe de 2021 se destaca que alrededor de un tercio de los Estados miembros de Naciones Unidas continúan criminalizando los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo y que en numerosos casos las expresiones de género no normativas o diversas parecen ser un elemento central que desencadena las detenciones, incluso cuando la legislación no criminaliza estas expresiones de género diversas de manera explícita (Botha, 2021).

De igual modo, estudios en el ámbito europeo⁷⁵ y nacional ponen de relieve el largo camino que queda por recorrer para la igualdad. Así, en 2019, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea realizó la mayor encuesta hasta la fecha sobre los delitos de odio y la discriminación contra las personas LGTBI, con 140.000 personas encuestadas.

⁷⁵ *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia 2022*, que elabora todos los años ILGA Europa, refleja la situación de todos los países de Europa y Asia Central. <https://www.ilga-europe.org/report/annual-review-2022/>

Muy interesante también resulta para un rápido análisis comparativo el *ranking* europeo sobre la situación de los derechos de las personas LGTBI. <https://www.ilga-europe.org/report/rainbow-europe-2022/>

Sus resultados (FRA, 2020) confirman que cada vez más personas se muestran abiertas a expresar quiénes son, pero el miedo, la violencia y la discriminación siguen siendo muy elevados. Los datos de la encuesta de 2019 respecto a la situación de las personas trans en nuestro país son preocupantes: el 63 % de las personas trans entrevistadas manifiestan haberse sentido discriminadas en los últimos 12 meses, destacando algunos ámbitos. El 34 % asegura haberlo sido en el espacio laboral, el 39 % explica que han sido discriminadas por el personal sanitario o de los servicios sociales y el 37 % afirma que ha sufrido discriminación en el ámbito escolar.

Pero la situación del colectivo LGTBI en algunos países es mucho más difícil. Así, en julio de 2021, la Comisión Europea tuvo que iniciar sendos procedimientos de infracción contra Hungría y Polonia en relación con la igualdad y la protección de los derechos fundamentales del colectivo LGTBI⁷⁶. En Hungría, a causa de una ley recientemente aprobada que prohíbe o limita el acceso de las personas menores de 18 años a contenidos que promuevan o representen la denominada «divergencia con respecto a la identidad personal correspondiente al sexo en el momento del nacimiento, el cambio de sexo o la homosexualidad», y, en Polonia, por las resoluciones sobre las denominadas «zonas libres de ideología LGBT» que se habían adoptado en varias regiones y municipios⁷⁷.

La evolución para corregir la falta de una mención expresa de estas condiciones personales en las cláusulas protectoras de la no discriminación de las principales normas de reconocimiento de derechos humanos, aunque anterior en el tiempo, ha seguido el mismo recorrido que la ya referida respecto a la configuración de los derechos a la identidad sexual/de género y a la expresión de género. Serán las Resoluciones de la ONU, y las sentencias del TEDH y del TJUE, en el ámbito europeo, las que irán incorporando, con una interpretación extensiva, primero la orientación sexual y más tarde la identidad y expresión de género, entre las categorías protegidas.

Así, el TEDH ha recurrido a la prohibición general de toda discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH, cuando la lesión ha sido invocada junto al trato desigual respecto a otros derechos sustantivos, reconocidos en el convenio o en alguno de sus protocolos, para condenar las actuaciones discriminatorias contra este colectivo. No hay duda de que se trata de una cláusula abierta que permite la inclusión de la identidad de género o su expresión entre las características protegidas⁷⁸.

⁷⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3668

⁷⁷ En respuesta a estas acciones, el Parlamento Europeo adoptó la *Declaración de la UE como una zona de libertad para las personas LGTBIQ*, Resolución del Parlamento Europeo de 11 de marzo de 2021 (2021/C 474/15).

⁷⁸ En la STEDH de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, se concluye que los artículos 8, 12 y 14 del CEDH pueden ser aplicados en los supuestos de discriminación de personas transexuales, empleando la jurisprudencia previamente desarrollada en relación con las diferencias basadas «en el género».

Resulta paradójico que el TJUE tuteló la identidad sexual antes que la orientación sexual, en la Sentencia de 30 de abril de 1996 (asunto C-13/94), sobre el despido de una mujer transexual que se había sometido a una operación de cambio de sexo. Se utilizó una amplia interpretación del concepto de la discriminación por razón de sexo, considerando que la aplicación de la Directiva 76/2007 no podía reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que debía extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo, «al basarse esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado» (§ 21). A pesar de este temprano reconocimiento, todavía no ha habido una inclusión expresa de la identidad y la expresión de género ni en las directivas de igualdad, ni en el artículo 19 del TFUE, ni en el artículo 21 de la CDFUE, al contrario que la orientación sexual que ya figura en estas normas. Ello no ha impedido que, en algunos asuntos, ya citados, la identidad de género haya quedado protegida en algunas directivas de igualdad (despido, edad de acceso a la jubilación de mujer trans, derecho a la pensión de supervivencia...).

En la regulación interna, el artículo 2.1 de la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tomando como referencia el artículo 14 de la CE, realiza una importante ampliación respecto de los motivos de discriminación, incluyendo, entre otros, la identidad sexual y expresión de género, aunque también mantiene la cláusula abierta «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La norma, tal y como se relata en la exposición de motivos, pretende tener carácter integral, por lo que establece un amplio conjunto de obligaciones incondicionales para las Administraciones públicas y de manera más limitada para las relaciones entre particulares, en la mayoría de los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social: el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación, entre otros. Sin embargo, como analizaremos en otro epígrafe, la ley no establece prácticamente medidas en el ámbito laboral y de empleo.

Se ha de destacar que, en el apartado de definiciones (art. 6), junto a nociones ya descritas en otras normas estatales (como la discriminación directa e indirecta, el acoso discriminatorio, las medidas de acción positiva...), se incorpora la discriminación por asociación, por error, múltiple e interseccional, ya aplicadas por los tribunales internos y por el TJUE⁷⁹. Estos conceptos también figuran en la mayoría de las denominadas leyes trans autonómicas, que se adelantaron igualmente a la ley estatal de igualdad, para proteger en su ámbito territorial la no discriminación por razones de identidad sexual/género o de expresión de género.

o la orientación sexual» (§ 109). Asimismo, la STEDH de 12 de mayo de 2015, asunto *Identoba y otros c. Georgia*, afirma que «la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 de la convención cubre debidamente las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género» (§ 96).

⁷⁹ La discriminación por asociación o refleja enunciada por la tan conocida Sentencia *Coleman*, STJUE de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06).

De igual manera, por escasos días, la STC 67/2022⁸⁰ se anticipó a la Ley 15/2022 y, ante el despido de una persona trans que alegaba la vulneración de los artículos 14 y 18 de la CE, resuelve incorporar la identidad de género en el listado del inciso segundo del artículo 14, declarando que:

[...] la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el art. 14 CE (FJ 4.º).

Cabe destacar que, aunque de manera indirecta o no tan clara, el tribunal parece incluir la expresión de género entre las categorías especialmente protegidas al considerar el «derecho a la propia imagen de la persona recurrente en amparo (art. 18.1 CE) en su vertiente del derecho a la expresión de género a través de su indumentaria y en el marco de proyección del art. 14 CE». Así, en la aplicación de esta doctrina al caso concreto, plasma con más claridad esta interpretación, al:

[...] rechazar [...] que hayan concurrido en este caso la lesión tanto del art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el art. 14 CE (FJ 6.º b).

Hasta el momento relatábamos el marco jurídico general de la no discriminación por razones de identidad, expresión o por las características sexuales, pero ¿qué añade al mismo el Proyecto de Ley trans? Como veremos, muchas de sus aportaciones están ya en la mayoría de las normas trans de las comunidades autónomas, pero es de suma importancia que consten en una ley de ámbito estatal para contar con un marco común.

En primer término, amplía el principio de discriminación en un doble sentido. Por un lado, suma a la orientación, identidad sexual y expresión de género, criterios ya enunciados en la Ley 15/2022, una cuarta circunstancia, las características sexuales, con la que,

⁸⁰ No ha sido esta la primera sentencia del Alto Tribunal sobre la discriminación de las personas trans; la STC 176/2008, de 22 de diciembre, acepta la restricción temporal a un padre transexual del régimen de visitas a su hijo, pero no a consecuencia de esta circunstancia, si no por su estado psicológico.

probablemente, se esté pensando sobre todo en las personas intersexuales. Esta ampliación supone la reforma de los artículos 4.1 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (disp. final decimocuarta.1 y 4)⁸¹.

Por otro lado, el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación se extiende no solo a las personas LGTBI, sino también a sus familias. Con ello se da cumplimiento al objeto de la norma enunciado en el artículo 1.1: «garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales, así como de sus familias»; idea también reflejada al inicio de la exposición de motivos.

Hay que destacar igualmente el apartado de definiciones, porque, como adelantamos, además de las que incorpora la Ley 15/2022, añade algunas más específicas como intersexualidad, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, persona trans, familia LGTBI, LGTBIfobia, homofobia, bifobia, transfobia. En el texto del proyecto se definía la violencia intragénero como la que se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo y/o género⁸² y se otorgaba a sus víctimas importantes derechos en materia laboral y de Seguridad Social. Pero las fricciones abiertas en el seno del PSOE por la equiparación de este tipo de violencia con la de género llevaron al grupo socialista a plantear su supresión en el trámite de enmiendas y finalmente consiguió los votos necesarios para este cambio.

La norma, a imagen de la nueva ley de igualdad y de las normas autonómicas trans, es de naturaleza transversal; así, después de establecer los criterios y líneas generales de la actuación de los poderes públicos, introduce diversas medidas que afectan a distintos ámbitos: administrativo, laboral, de la salud, de la educación, de la cultura, ocio y deporte, de la publicidad, los medios de comunicación social e internet; de la familia, la infancia y la juventud; del medio rural, del turismo y de la acción exterior y la protección internacional. La especificidad del colectivo trans lleva a que se le dedique un título propio, con políticas particulares para promover la igualdad efectiva en tres ámbitos: laboral, de la salud y educativo.

⁸¹ Además, esta ampliación de factores implica la propuesta de cambio de numerosas normas en el ámbito del trabajo, en concreto, de los siguientes artículos y normas: el artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (disp. final tercera); el apartado 8 del artículo 12, el apartado 8 del artículo 13 bis, la letra d) del apartado 2 del artículo 10 bis y la letra c) del artículo 16.1 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (disp. final sexta); el artículo 4.4 a) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (disp. final novena); las letras h) e i) del artículo 14 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (disp. final decimoquinta) y el artículo 33.4 f) de la Ley de empleo (disp. final decimosexta).

⁸² «[...] violencia en sus diferentes formas, como física, psicológica, económica o sexual, entre otras, que se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo y/o género y que constituye una manifestación de poder cuya finalidad es dominar y controlar a la víctima» (art. 3 o).

4.2. La discriminación de las personas trans en el ámbito laboral y las medidas de acción positiva en el empleo y en el trabajo

Aunque no existan muchos estudios respecto a la discriminación en el trabajo de las personas LGTBI y especialmente de las personas trans, los consultados reflejan datos concluyentes sobre el trato desigual y las situaciones de exclusión que padecen en este ámbito. En la UE, el informe de la Agencia por los Derechos Fundamentales (FRA, 2020), ya citado, indica respecto al colectivo LGTBI que 1 de cada 4 personas ocultaba su condición, 4 de cada 10 declaraban haber recibido un trato discriminatorio en el proceso de búsqueda de empleo y 2 de cada 10 se habían sentido discriminadas una vez ya empleadas. Pero las personas trans sufrieron en mayor medida este trato desigual en el entorno laboral, un 35 % frente al 21 % del colectivo en general.

En nuestro país, en 2020, un estudio de la UGT sobre la discriminación LGTBI en el trabajo (Abad y Gutiérrez, 2020) reflejaba que el 90 % de las personas entrevistadas consideraba que es un inconveniente ser LGTBI a la hora de encontrar empleo. El 86,6 % valoraba que era necesario ocultar la orientación sexual o la identidad de género para acceder a un empleo, debido fundamentalmente a la posible violencia contra la diversidad sexual y de género, propia o de otras personas. Así, 4 de cada 10 aseguraban haber vivido alguna agresión personalmente o hacia otra persona LGTBI. Especialmente alarmante es la situación de las personas trans. Su tasa de desempleo era del doble en relación con el conjunto de la muestra del colectivo en general. En el acceso al empleo, un 40 % de las personas trans consultadas aseguraban haber sido rechazadas en entrevistas de trabajo por motivo de su identidad de género y 4 de cada 10 reconocían haber ocultado su condición en las entrevistas de trabajo. Pero lo más grave es que un 20 % afirmaba haber sufrido violencia sexual.

Otro informe del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO, 2017) analiza desde una perspectiva cualitativa la situación que viven las personas LGTBI en el empleo y refleja las características de esta discriminación: la ocultación «voluntaria» y preventiva de su condición ante el temor a posibles represalias, la renuncia al disfrute de derechos derivados de este silencio y la segmentación forzada del mercado laboral, ya que evitan ciertos sectores productivos o trabajos que, por sus características, pueden suponer un mayor riesgo de trato desigual. Se incide de nuevo en la especial dificultad en el acceso a un empleo de las personas trans, especialmente de las mujeres, pues, a la posible transfobia y desconocimiento sobre la transexualidad, se le une el inconveniente de que tienden a interrumpir tempranamente su itinerario formativo a consecuencia del rechazo que sufren en su época de estudiantes o a causa del inicio de su proceso de tránsito.

Precisamente, acaba de publicarse un informe (Ministerio de Igualdad, 2022), coordinado por el Ministerio de Igualdad, en el que se estima que entre las personas trans hay una tasa de paro del 46,5 % (41,5 % entre mujeres trans, 48,7 % entre hombres trans y 69,2 % entre personas no binarias). Muestra que la discriminación de las personas trans suele dar

comienzo mucho antes de su entrada en el mundo laboral, en la etapa educativa, y que, a pesar de que ha mejorado el nivel formativo del colectivo, la formación y la preparación no es garantía suficiente para el acceso al empleo o para alcanzar un trabajo de calidad adecuado a su nivel educativo y a sus capacidades.

Los estudios e informes evidencian que el entorno laboral sigue siendo un ámbito adverso para el colectivo LGTBI, en el que se sigue produciendo la exclusión, el trato desigual e, incluso, la violencia. Estas conductas suelen ser más frecuentes y graves respecto a las personas trans. Estas investigaciones revelan también las peculiaridades que tiene esta discriminación, como son «el ocultamiento preventivo, la autosegregación y la LGTBI fobia, que determina altas dosis de violencia en el trabajo» (Sáez Lara, 2022, p. 48).

Esta realidad justifica la necesidad de un régimen jurídico que no se quede en la mera prohibición de discriminación, sino que, teniendo en cuenta sus rasgos, arbitre medidas eficaces para paliarla.

Sin embargo, actualmente, en la normativa laboral estatal, los artículos 4.1 c) y 17 del ET solo hacen alusión al colectivo homosexual (por la obligada trasposición de la Directiva 2000/78) y no contemplan ningún otro instrumento, acción u obligación.

La Ley 15/2022 ha corregido esta ausencia sumando a los factores protegidos la identidad sexual y la expresión de género, pero ha dedicado también dos artículos (9 y 10) al ámbito del trabajo por cuenta ajena, con alguna aportación interesante. Así, se ha de valorar de manera muy favorable la ampliación que se realiza al extender la prohibición de discriminación a la fase de reclutamiento con una mención específica del respeto a la igualdad de trato en el acceso al empleo incluyendo los «criterios de selección» y los «sistemas de acceso». Como se sabe, esta fase precontractual es la gran olvidada por las normas, también por la negociación colectiva, lo que propicia una sensación de impunidad. Por ello, el precepto insiste en vetar los criterios y sistemas de acceso al empleo que puedan generar también situaciones de discriminación indirecta y encomienda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) el desarrollo de planes específicos para su control. Anotar que es curioso que este nuevo contenido no haya llevado a la reforma expresa del artículo 17 del ET. ¿Olvido del legislativo? Eso parece.

El otro precepto, dedicado a la negociación colectiva, no proporciona novedades, es un recordatorio a las partes sociales de su obligación de cumplir con el principio de no discriminación y una invitación a introducir medidas de acción positiva en los convenios. Sin embargo, la disposición adicional quinta añade una obligación más concreta para las organizaciones empresariales y sindicales más representativas: elaborar un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de esa ley.

Las normas autonómicas de protección al colectivo LGTBI o al colectivo trans son las que han tratado de corregir la carencia de una norma estatal de medidas relacionadas con

el empleo o el trabajo, pero la falta de competencia normativa en lo laboral las ha conducido a establecer tales estrategias como acciones propias de las políticas públicas de empleo. Sin entrar en el estudio de cada norma, se puede concluir que, en síntesis, en la mayoría de ellas hay tres tipos de medidas:

- En el primer grupo hay una llamada a las Administraciones autonómicas para que garanticen la igualdad en el acceso y promoción en el empleo y aseguren la ausencia de discriminación por motivo de la diversidad sexual. Por citar algunas acciones de interés: incluir el fomento a la inserción laboral de este colectivo como cláusula social en la contratación administrativa, diseñar planes específicos de empleo con medidas de acción positiva, incluir en las ayudas y subvenciones de fomento del empleo criterios de igualdad de oportunidades y medidas de bonificación fiscal o subvención para la integración laboral de las personas trans en las empresas, incorporar en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar y el control por la ITSS del cumplimiento efectivo de los derechos laborales y de prevención de riesgos laborales de los colectivos LGTBI, entre otras.
- El segundo tipo de medidas se dirigen a los agentes sociales para instarles a la inclusión de cláusulas de promoción, prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación por causa de expresión e identidad de género en la negociación colectiva. En la misma línea, la norma invita a los interlocutores a la elaboración de planes de igualdad y no discriminación que incluyan expresamente a las personas trans.
- Por último, están las disposiciones destinadas a empresarios o personas empleadoras. En este caso se alude a la responsabilidad social empresarial para que en este ámbito elaboren códigos éticos o de conducta con medidas de protección y acciones que fomenten la contratación o inclusión laboral del colectivo. Como contraprestación, las Administraciones se comprometen a divulgar las buenas prácticas de las empresas en esta materia.

Como se comprueba, las acciones propuestas a los interlocutores sociales y a las empresas son de promoción o impulso, no son obligatorias, quizás porque las comunidades autónomas asumen su falta de competencia laboral para establecer derechos y deberes en el sector privado.

Es aquí donde el Proyecto de Ley trans podía haber sido más ambicioso. En el caso del Estado no sirve apelar o ampararse en la falta competencial para justificar la inacción en este ámbito. Sin embargo, a nuestro entender, es una norma timorata, nada atrevida, pues, salvo excepciones, prácticamente no establece obligaciones o, cuando lo hace, las deriva a una futura regulación más concreta.

Las medidas laborales generales, para todo el colectivo LGTBI, se regulan dentro de las políticas públicas para promover la igualdad efectiva (capítulo II, título I) y, como si se hubiesen copiado los textos de las normas autonómicas, el artículo 14, tras afirmar que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán tener en cuenta, en sus políticas de empleo, el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de las causas previstas en esta ley y que, a estos efectos, podrán adoptar medidas adecuadas y eficaces, realiza una enumeración de las acciones que ya conocemos: la promoción y garantía de la igualdad de trato y oportunidades y la prevención, corrección y eliminación de toda forma de discriminación en el empleo, afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales, acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional e incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, la promoción de la igualdad en el ámbito de la formación profesional, el apoyo de campañas divulgativas, la implantación de indicadores de igualdad, el impulso de cláusulas en los convenios colectivos, el velar por el cumplimiento efectivo de los derechos a través de la ITSS y el impulso a los códigos éticos y protocolos en Administraciones públicas y empresas, entre otras.

Sin embargo, se ha de destacar la incorporación en la fase de debate y aprobación de las enmiendas en la Comisión de Igualdad de un nuevo precepto, el actual artículo 15, puesto que en este caso sí se establece una importante obligación para la parte empleadora. En concreto, se impone a las empresas de más de 50 personas trabajadoras que, en un plazo de 12 meses a partir de la entrada en vigor de la norma, cuenten con un conjunto planificado de medidas y recursos pactado a través de la negociación colectiva y acordado con la representación legal de las personas trabajadoras, para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. Incluyendo entre esas medidas un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. El alcance y el contenido preciso de esta obligación se pospone a un futuro desarrollo reglamentario.

Este impulso a la negociación colectiva se hacía necesario, porque, a pesar de que algunas organizaciones sindicales⁸³ llevan muchos años visibilizando la discriminación de este colectivo y tratando de incorporar la diversidad, la inclusión y la no discriminación de las personas LGTBI a los textos convencionales, son pocos los convenios que contemplan medidas para este colectivo. En un interesante estudio sobre todos los convenios publicados en el BOE durante el año 2012, se constata que comienza a existir una admisión a esta realidad, pero tímida y lenta (Morales Ortega, 2022).

⁸³ Solo a título de ejemplo, porque otras muchas organizaciones sindicales han realizado estudios, documentos de buenas prácticas para la negociación colectiva o para las empresas, recientemente CC. OO., en junio de 2022, ha publicado una guía muy útil para la negociación colectiva y para la confección de protocolos ante situaciones de acoso (véase CC. OO., 2022).

En el mismo apartado se encomienda al Consejo de Participación de las Personas LGTBI⁸⁴ la recopilación y difusión de las buenas prácticas realizadas por las empresas en materia de inclusión de colectivos LGTBI y de promoción y garantía de igualdad y no discriminación por razón de las causas contenidas en la norma.

La peculiaridad del colectivo trans justifica que el texto dedique uno de sus títulos al establecimiento de acciones específicas para el logro de la igualdad real de estas personas. De hecho, la primera medida se refiere a la elaboración de una estrategia estatal para la inclusión social de este grupo, con carácter cuatrienal, a fin de implementar acciones de acción positiva en el ámbito laboral, educativo, sanitario y de vivienda.

Entre las acciones laborales que acoge el texto, se regulan por separado las que se denominan medidas de fomento del empleo y las medidas de integración sociolaboral. Dentro de las primeras, el artículo 54 establece que el Ministerio de Trabajo y Economía Social, siguiendo las líneas de la estrategia general, diseñará medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo, teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres trans.

El artículo 55 obliga a las Administraciones públicas a que dentro de sus competencias establezcan las medidas para impulsar la integración sociolaboral de las personas trans, pudiendo instaurar entre otras: el fomento del desarrollo de estrategias y campañas de concienciación en el ámbito laboral, la implementación de medidas e incentivos para organismos públicos y empresas privadas que favorezcan la integración e inserción laboral de las personas trans, la monitorización de la evolución de la situación laboral de las personas trans en el territorio de competencia y la adopción de bonificaciones fiscales, ayudas y subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans en situación de desempleo. Finalmente, se indica que en los planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans. De nuevo, asistimos a medidas que se posponen.

Por otro lado, la supresión en el texto normativo de la violencia intragénero ha privado a este tipo de víctimas de los derechos laborales y de Seguridad Social⁸⁵ que les reconocía

⁸⁴ Creado en el artículo 9 como órgano colegiado dependiente del Ministerio de Igualdad a través de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género para institucionalizar la colaboración y fortalecer el diálogo permanente entre las Administraciones públicas y la sociedad civil.

⁸⁵ En concreto, en la relación laboral: suspensión de la duración del contrato temporal (art. 11.4 b) ET), suspensión del periodo de prueba (art. 14.3 ET), permisos justificados y remunerados (art. 21.4 LO 1/2004), la reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo o trabajo a distancia (art. 37.8 ET), movilidad geográfica (apdos. 4 y 5 art. 40 ET), suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 n) ET), extinción del contrato de trabajo (art. 49.1 m) ET), o protección frente al despido (arts. 53.4 y 55.5 b) ET). En materia de Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo por estas causas darán lugar a una situación legal de desempleo y el tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

la propuesta inicial, equiparables a los que disfrutaban las víctimas de violencia de género, de acuerdo con el artículo 21 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, recientemente reformado⁸⁶. En relación con esta materia, únicamente se reconoce como una medida de protección a la violencia en el ámbito familiar que, cuando exista una sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar en favor de la víctima, esta podrá solicitar la reordenación de su tiempo de trabajo, la movilidad geográfica y el cambio de centro de trabajo a sus empleadores, que deberán atender la solicitud en la medida de sus posibilidades organizativas (art. 69.3).

En definitiva, desde la perspectiva laboral, es una norma insuficiente y, por ello, coincidimos en que ha resultado «decepcionante» (Sáez Lara, 2022, p. 63). Posiblemente, las dificultades para consensuar y aprobar determinadas cuestiones tan controvertidas han dejado a un lado otros aspectos. Desde el ámbito del empleo y del trabajo hay muchas ausencias, se esperaba alguna medida de acción positiva específica destinada a prevenir o compensar las desventajas que sufre el colectivo, especialmente el de las personas trans, pero no las hay, ni siquiera en el ámbito del empleo público (Cuesta Aguado, 2021, p. 151)⁸⁷. Confiamos en que la ausencia de la ley sea enmendada por la negociación colectiva gracias a la nueva obligación para las empresas de acordar e implantar las medidas y recursos necesarios que garanticen la igualdad real y efectiva de estas personas trabajadoras.

5. A modo de conclusión

Era preciso un cambio normativo, pero las leyes por sí mismas no pueden modificar situaciones de discriminación tan arraigadas en la sociedad; se necesita una evolución de las concepciones sociales, un cambio social y cultural en el que, al fin, los seres humanos «dejemos de ser "idénticos" para al fin ser "iguales"» (Salazar Benítez, 2021, p. 99).

⁸⁶ Disposición final novena.6 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁷ En esta línea, plantea la posibilidad de establecer cuotas de reserva de empleo, como con otros colectivos vulnerables, aunque con «fórmulas lo suficientemente seguras como para que surtan los efectos previstos y generen confianza —en la población, en general, y en su validez a los efectos previstos, en particular—».

Referencias bibliográficas

- Abad, T. y Gutiérrez, M. G. (2020). *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España*. UGT. https://www.ugt.es/sites/default/files/resumen_ejecutivo1.pdf
- ACNUDH. (2012). *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf
- ACNUDH. (2016). *Vivir libres e iguales. Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*. Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf
- Amich Elías, C. (2007). Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 5, 199-219.
- Benavente Moreda, P. (2013). Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 105-161. <http://hdl.handle.net/10486/662580>
- Benavente Moreda, P. (2018). Menores transsexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 38, 273-316.
- Botha, K. (2021). *Nuestras identidades bajo arresto. Un panorama global de la aplicación de normas que criminalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo y las expresiones de género diversas*. ILGA. https://ilga.org/downloads/Nuestras_Identidades_Bajo_Arresto_2021.pdf
- Butler, J. (1990). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós.
- Cano Galán, Y. (2022). Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio? *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9.
- CC. OO. (2022). *Igualdad y diversidad en los convenios colectivos*. Confederación Sindical de CC. OO. <https://www.ccoo.es/f88dd8d800482702dae2da4ee09c983100001.pdf>
- Cuesta Aguado, P. M. de la. (2021). Sexo, igualdad, diversidad y leyes LGTBI. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 141-154. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6066>
- Feministes de Catalunya. (2022). *Informe Trànsit: de homes adults a nenes adolescents. Canvis, tendències i interrogants sobre la població atendida per el Servei Trànsit en Catalunya 2012-2021*. <https://feministes.cat/es/publicaciones/informe-transit-cataluna-2022>
- FRA. (2014). *Ser «trans» en la UE. Análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGTB en la UE (resumen)*. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_es.pdf
- FRA. (2020). *A long way to go for LGBTI equality*. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf
- García López, D. J. (2015). La intersexualidad en el discurso médico-jurídico. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8, 54-70. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2476>

- Gómez Fernández, I. (2018). La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 89-120.
- Ibáñez García, I. (25 de noviembre de 2022). Nunca se legisló tan mal. Debemos exigir un cambio radical al respecto. *diariolaley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/11/29/nunca-se-legislo-tan-mal-debemos-exigir-un-cambio-radical-al-respecto>
- IMIO. (2017). *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España. Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*. <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbi todelEmpleo.pdf>
- Littman, L. (2019). Correction: Parent reports of adolescents and young adults perceived to show signs of a rapid onset of gender dysphoria. *PLOS ONE*, 14(3), e0214157. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0214157>
- Lora del Toro, P. de. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Alianza Editorial.
- Lora del Toro, P. de. (2021). *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*. Alianza Editorial.
- Martínez de Pisón Cavero, J. (2020). Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 209-239. <https://doi.org/10.7203/CEFD.42.16635>
- Martínez de Pisón Cavero, J. (2021). Las personas LGBTIQ y sus derechos. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 19, 57-70. <http://doi.org/10.18172/redur.5214>
- Ministerio de Igualdad. (2022). *Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans*. <https://www.igualdad.gob.es/ministerio/dgltgbi/Documents/Estudio%20exploratorio%20sobre%20la%20inserci%C3%B3n%20sociolaboral%20de%20las%20personas%20trans.pdf>
- Mirayes Fernández, A. (2021). *Distopías patriarcales. Análisis feminista del «generismo queer»*. Cátedra.
- Morales Ortega, J. M. (27 de abril de 2022). La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. <https://grupo.us.es/iwpr/2022/04/27/la-presencia-del-colectivo-lgtbi-en-la-negociacion-colectiva/>
- Nieto Piñeroba, J. A. (2008). *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*. Edicions Bellaterra.
- Peribáñez Blasco, E. (2018). La ONU y los derechos humanos de las personas LGBTI+. Historia de un reconocimiento tardío. *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, 22, 471-498. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-I-2018-1004710497
- Rubio Marín, R. y Osella, S. (2020a). El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 45-75. <https://hdl.handle.net/1814/70564>
- Rubio Marín, R. y Osella, S. (30 de diciembre de 2020 –2020b–). ¡Bienvenida la nueva Ley de las personas trans y la autodeterminación de género! *eDiario.es*. https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/2021-bienvenida-nueva-ley-personas-trans-auto-determinacion-genero_132_6631132.html
- Sáez Lara, C. (2022). Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 5, 43-65. <https://doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03>

- Salazar Benítez, O. (2015). La identidad de género como derecho emergente. *Revista de Estudios Políticos*, 169, 75-107. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.169.03>
- Salazar Benítez, O. (2021). ¿Existe un derecho a la identidad sexual? *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 14, 71-102. <http://hdl.handle.net/10017/52356>
- Sillero Crovetto, B. (2020). La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro. *Revista de Derecho Civil*, 1(7), 141-172. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/501>
- Suárez Llanos, M. L. (2020). La identidad y el género del derecho frente al derecho a la identidad de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, 175-202. <https://doi.org/10.30827/acfs.v54i0.9498>
- Tubert, S. (2003). *Del sexo al género: los equívocos de un concepto*. Cátedra.

Marta Arrúe Mendizábal. Profesora doctora titular de escuela universitaria. Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Ha impartido dentro del área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social diversas asignaturas en los diferentes grados de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Empresariales (Vitoria y Bilbao) y ha participado como docente en el Máster de Abogacía y en el Máster de Seguridad y Salud en el Trabajo de la UPV-EHU. Asimismo, ha colaborado en varios proyectos de investigación e innovación educativa y su línea principal de investigación está relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales no laborales por parte de los trabajadores (intimidación, protección de datos, imagen, secreto de las comunicaciones...). <https://orcid.org/0000-0001-5955-4209>

El impulso de la concertación social autonómica en políticas de empleo: institucionalización del diálogo social y régimen legal común para la participación institucional

Sergio Canalda Criado

*Profesor lector Serra Húnter,
Universitat de Barcelona (España)*

sergio.canalda@ub.edu | <https://orcid.org/0000-0002-7536-1711>

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Molero Marañón, don Ignacio Carvajal Gómez-Cano, don Eduardo López Ahumada, doña María José López Álvarez y don Álvaro Rodríguez de la Calle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

Este artículo estudia los marcos favorables para el surgimiento del diálogo social desde la década del 2000, a saber, la política coordinada de empleo de la Unión Europea y el modelo español de descentralización territorial de la política de empleo. Posteriormente, se estudia el marco institucional de participación de los agentes sociales en la política de empleo, tanto a nivel estatal como autonómico. Así, se analizan las recientes normas aprobadas en las comunidades autónomas, las cuales crean órganos específicos para la concertación social y dotan de un régimen común a la participación institucional de los agentes sociales.

Se puede afirmar que el marco autonómico de la política de empleo es idóneo para el diálogo social, atendiendo a la configuración en las nuevas normas de la participación de los agentes sociales como representantes del interés general con poderes negociadores. Sin embargo, no es posible detectar una influencia decisiva de las nuevas normas en los pactos tripartitos.

Palabras clave: participación institucional; diálogo social; política de empleo; agentes sociales; libertad sindical; marco autonómico; servicios públicos de empleo; Estrategia europea de empleo.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Revisado: 22-12-2022 / Publicado (en avance *online*): 13-02-2023

Cómo citar: Canalda Criado, S. (2023). El impulso de la concertación social autonómica en políticas de empleo: institucionalización del diálogo social y régimen legal común para la participación institucional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 175-211. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3345>



The promotion of regional social concertation in employment policies: institutionalisation of social dialogue and common legal regime for institutional participation

Sergio Canalda Criado

Profesor lector Serra Húnter.

Universitat de Barcelona (España)

sergio.canalda@ub.edu | <https://orcid.org/0000-0002-7536-1711>

This paper has won a finalist in the **Financial Studies 2022 Award** in the Labour and Social Security Law.

The jury members were: Mrs. María Luisa Molero Marañón, Mr. Ignacio Carvajal Gómez-Cano, Mr. Eduardo López Ahumada, Mrs. María José López Álvarez and Mr. Álvaro Rodríguez de la Calle.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

This article studies the favourable background for the emergence of social dialogue since the 2000s, namely the coordinated employment policy of the European Union and the Spanish model of territorial decentralisation of employment policy. Subsequently, it examines the institutional framework for the participation of the social partners in employment policy, both at national and regional level. Thus, the recent regulations approved in the autonomous communities are analysed, creating specific bodies for social concertation and providing a common regime for the institutional participation of the social partners.

It can be affirmed that the autonomous framework of employment policy is a proper one for social dialogue, taking into account the configuration in the new rules of the participation of the social partners as representatives of the general interest with negotiating powers. However, it is not possible to detect a decisive influence of the new rules on the tripartite pacts.

Keywords: institutional participation; social dialogue; employment policy; social partners; freedom of association; regional framework; public employment services; European Employment Strategy.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Revised: 22-12-2022 / Published (online preview): 13-02-2023

Citation: Canalda Criado, S. (2023). The promotion of regional social concertation in employment policies: institutionalisation of social dialogue and common legal regime for institutional participation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 175-211. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3345>



Sumario

1. Marcos institucionales y no institucionales para el intercambio político entre agentes sociales y poderes públicos
 2. Marcos favorables para los acuerdos tripartitos autonómicos: política europea de empleo y descentralización territorial
 - 2.1. De la Estrategia coordinada de empleo de la UE al Semestre europeo: ¿hay espacio para el diálogo social?
 - 2.2. De la descentralización de la política de empleo hasta la coordinación de los servicios y programas del Sistema Nacional de Empleo. ¿Un proceso de recentralización?
 3. La predisposición para compartir el poder político: análisis de los cauces estatal y autonómico para el diálogo social en política de empleo
 - 3.1. Marco general para la participación de los agentes sociales en el SNE
 - 3.2. La política de empleo a nivel estatal como un compartimento estanco: débil participación institucional y desinterés en el diálogo social tripartito
 - 3.3. La creación del espacio político compartido en el marco autonómico: defensa del interés general, capacidad negociadora y ámbito material
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas
- Anexo. Normas sobre consejos de diálogo social y participación institucional

1. Marcos institucionales y no institucionales para el intercambio político entre agentes sociales y poderes públicos

Nuestros sistemas democráticos se caracterizan por la integración de los diferentes grupos sociales y sus respectivos intereses en la esfera política a través de mecanismos institucionales y otros que implican el reconocimiento de un espacio para la participación política no institucional, principalmente, a través de las asociaciones de la sociedad civil. En el campo de las relaciones laborales y la esfera socioeconómica, este tipo de procesos tienen una de sus manifestaciones más importantes en la denominada «concertación social», representando esta una fórmula de intercambio de puntos de vista y de negociación entre los Gobiernos, las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales.

La concertación social se asocia al intercambio entre los agentes sociales y el Gobierno central, pero también existe una importante trayectoria en el ámbito autonómico e, incluso, en el ámbito local (Subirats, 1989). Con relación a la concertación social en las comunidades autónomas (CC. AA.), se ha afirmado que la «concertación y el diálogo social –más o menos institucionalizado– han facilitado la gobernabilidad/gobernanza de las comunidades autónomas, aunque siempre con el rasgo de su carácter cíclico y fluctuante» (Lois González *et al.*, 2005). Así, existen múltiples estudios que analizan los pactos tripartitos autonómicos y su papel jurídico-político¹. Es más, durante la última década se ha constatado una trayectoria fructífera en términos de pactos tripartitos en el nivel autonómico coincidiendo con un periodo adverso como fue la imposición de políticas de austeridad durante la Gran Recesión (López López y Canalda Criado, 2021), en contraste con el descenso en el diálogo social tripartito a nivel europeo y, en el caso de España, a nivel estatal. Si bien existen condicionantes concretos que han influido favorablemente en el surgimiento del diálogo social tripartito autonómico en la década de 1990 –como se verá más adelante, se analizará la política coordinada de empleo y la descentralización territorial de las políticas de empleo en el Estado autonómico– y que pueden continuar favoreciendo esas prácticas tripartitas, ello no obsta para que el diálogo social hubiera sido igual de fructífero en aquellos otros niveles.

Esta diferencia puede radicar en la existencia de una «predisposición a compartir el poder político» con los agentes sociales, señalada como condición previa para que exista concertación

¹ Véanse, por ejemplo, Monereo Pérez (2015) para todas las CC. AA., Pérez Ortiz *et al.* (2018b) para Aragón, Catalinas (2014) para Cataluña, Gallego y Pitxer (2012) para la Comunidad Valenciana, López López y Aparicio Tovar (1990) para Madrid y Moreno Vida (2009) para Andalucía.

social (Cruz Villalón, 2006, p. 24). En relación con ello, han sido aprobadas diferentes normas que, en el marco autonómico, han dotado al diálogo social de un cauce institucional, en el sentido que se describirá más adelante. Por ello, en este trabajo se plantea como hipótesis que la tendencia hacia la institucionalización ha podido favorecer la consecución de dichos pactos al asegurar cauces para dicha predisposición. Dicho de otro modo, partiendo de la premisa de que los pactos sociales tripartitos que se han dado a nivel autonómico se inspirarían «en la implicación y corresponsabilidad de los agentes sociales» (Fernández Avilés, 2016, p. 262), las nuevas normas representarían la voluntad de compartir el espacio político con los agentes sociales; requisito para la existencia de concertación social.

Se ha afirmado que «la participación en los procesos de decisiones políticas públicas por parte de las organizaciones de intereses se institucionaliza a través de la concertación social» (Moreno Vida, 2013, p. 88). Aunque el objetivo del presente trabajo no es realizar un estudio pormenorizado sobre qué debe entenderse por «diálogo social» o «concertación social», este último más común en nuestra tradición jurídica, sí es necesario apuntar algunos elementos característicos que ayuden a entender el proceso normativo hacia la institucionalización, en tanto que las normas que se analizarán han regulado al mismo tiempo nuevos órganos de diálogo social y un régimen jurídico común para la participación institucional.

En general, se ha afirmado que el diálogo social sería un concepto amplio, siendo una de sus manifestaciones la concertación social, donde interactúan los agentes sociales con los poderes públicos. Como término equivalente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido el diálogo social tripartito en el nivel más alto atendiendo a varias características: en primer lugar, se trataría de una manifestación concreta del diálogo social tripartito, definido como «la interacción del Gobierno, empleadores y trabajadores (a través de sus representantes) como asociados iguales e independientes para buscar soluciones a asuntos de interés común» (OIT, 2018, p. 3); en segundo lugar, en cuanto a la función, este «puede contribuir a la formulación y adopción de políticas sociales, económicas y laborales y aplicarse a toda adopción de decisiones que afecte al lugar de trabajo o a los intereses de los empleadores y trabajadores» (OIT, 2018, p. 3); en tercer lugar, podría adoptar «diversas formas, mecanismos y nombres, incluidos los consejos laborales tripartitos, los consejos nacionales de diálogo social, los consejos económicos y sociales y otras instituciones similares» (OIT, 2018, p. 15); y, en cuarto lugar, podría producirse de «forma institucionalizada, con un alcance general o temático (como los organismos especializados de fijación de salarios) o convocarse en respuesta a una situación determinada, por ejemplo, cuando los interlocutores tripartitos deben recurrir al diálogo frente a una crisis económica» (OIT, 2018, p. 15).

Por su parte, el término de participación institucional presentaría unos rasgos más delimitados por las normas que la habilitan, teniendo como primera referencia la Constitución o los estatutos de autonomía (Pérez Ortiz *et al.*, 2018a). En este sentido, como el Tribunal Constitucional ha afirmado «no existe un concepto preciso de "participación institucional", externo a la Constitución, y al que deba entenderse que esta remite», por lo que se basa en el artículo 129 de la Constitución española (CE) para razonar que «dicho precepto entiende

por participación la desarrollada en el seno de "organismos públicos", fuera de la cual, otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución, pero tampoco reguladas por ella». Así, la participación institucional parecería tener cabida dentro del concepto más amplio de diálogo social tripartito de la OIT, aunque ubicado en un nivel inferior, pues esta se produciría en el seno de las Administraciones públicas, alcanzándose «la coparticipación en la toma de decisiones, así como la asunción de facultades de gestión y control» (Ysas Molinero, 2010, p. 220), sin tener nítidamente capacidad negociadora.

Una distinción relevante entre concertación social y participación institucional sería el grado de institucionalización. Así, se puede afirmar que la concertación social a nivel estatal en España –o, a riesgo de ser reiterativo, diálogo social tripartito en el nivel más alto en la terminología usada por la OIT– se habría producido fuera de los cauces institucionales y, por ello, se encontraría muy escasamente juridificada, «de modo que el marco legal posee un impacto tan solo indirecto sobre su puesta en marcha, ejecución y resultados» (Cruz Villalón, 2006, p. 23). Aun así, el reconocimiento en la CE de los sindicatos de personas trabajadoras y las asociaciones empresariales y su contribución a «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (art. 7 CE) sitúa a este como «el instrumento que asume los fenómenos de concertación social dentro de nuestro sistema político y los considera compatibles y complementarios con los canales formalizados de expresión de la voluntad de los poderes legislativo y ejecutivo del Estado» (Cruz Villalón, 2006, p. 24). Además, el Tribunal Constitucional ha situado la concertación social como manifestación de la acción sindical de las organizaciones sindicales y, por lo tanto, del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, aunque como parte del contenido adicional. También, Pérez Amorós (2014, p. 97) afirma que la concertación social, junto con la negociación colectiva, es manifestación de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, encuadradas ambas en la libertad sindical.

Por otro lado, de acuerdo con Cruz Villalón (2006), al ser la participación institucional «una "incrustación" de los agentes sociales en el seno de órganos cuya actuación está presidida por los principios más formales propios del derecho administrativo, [ello] conduce necesariamente a una fuerte juridificación del proceso de concertación». Además, la participación institucional es parte del ejercicio del derecho a la libertad sindical, pues la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS) recoge la participación institucional como una manifestación de la capacidad de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal (art. 6.3 a) LOLS), así como a las organizaciones sindicales más representativas a nivel de comunidad autónoma en su ámbito específico ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal (art. 7.1 LOLS). Por otro lado, el Estatuto de los Trabajadores prevé la representación institucional de las empresas (disp. adic. sexta) ante las Administraciones públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de comunidad autónoma para aquellas asociaciones empresariales que cuenten con el 10 % o más de las empresas y personas trabajadoras en el ámbito estatal, y únicamente a nivel de comunidad autónoma para aquellas que cuenten en esta con un mínimo del 15 % de empresas y personas trabajadoras.

Parecería, por lo tanto, que el intercambio político entre agentes sociales y poderes públicos se produciría a través de estas dos vías inconexas, las cuales se distinguen por producirse a distintos niveles, con distinto alcance –en términos de consulta y negociación– y en distinto nivel de institucionalización/juridificación: una concertación social *a priori* sin regulación ni ubicación institucional a nivel estatal y, por el contrario, una participación institucional fuertemente juridificada. Sin embargo, en oposición al escenario de concertación social estatal, la creación de órganos para la institucionalización del diálogo social entre Gobiernos autonómicos y agentes sociales, así como la regulación de un marco normativo común para todos los procesos de participación institucional, parten de la necesidad de regulación simultánea de ambos fenómenos, existiendo paralelismos en el papel de los agentes sociales entre las dos manifestaciones del diálogo social y, como consecuencia de ello, quebrando la distinción conceptual entre una y otra manifestación en términos de juridificación.

A continuación, en el segundo epígrafe, se toman en consideración otros marcos apuntados por la doctrina que influyeron en el surgimiento de los pactos autonómicos y se evalúa su evolución con el fin de contrastar si continúan siendo favorables o si, por el contrario, pudieran desplazar sus efectos hacia el diálogo social a nivel estatal. Además, atendiendo a dichos marcos, a saber, la Estrategia coordinada de empleo de la Unión Europea (UE) y la distribución competencial de las políticas de empleo, el análisis se centra en el marco institucional de la política de empleo². En el tercer epígrafe, se analizarán los distintos cauces previstos para el diálogo social en el marco legal de las políticas de empleo con el fin de testar la hipótesis planteada, es decir, la voluntad de los Gobiernos de compartir con los agentes sociales el poder político; condición, como se expondrá, inexcusable para que se produzcan dichos procesos, incluyendo los recientes de institucionalización del diálogo social como nuevo factor a favor del mantenimiento del diálogo social tripartito en las CC. AA.

2. Marcos favorables para los acuerdos tripartitos autonómicos: política europea de empleo y descentralización territorial

Como se avanzaba, entre las materias donde más fructífero se ha mostrado recientemente el diálogo social tripartito a nivel autonómico se encuentra la política de empleo, constatándose que históricamente la mayoría de este tipo de acuerdos ha solido tener un

² El marco analizado corresponde al previsto en el texto refundido de la Ley de empleo de 2015, en su versión a 30 de diciembre de 2021. Si bien está próxima la aprobación de una nueva ley de empleo, el análisis toma en consideración la vigente norma, por cuanto que, por un lado, es la que ha fundamentado el diálogo social y los pactos tripartitos hasta la fecha y, por otro lado, la versión de la nueva ley no aprobada (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 112-5, de 13 de diciembre de 2022) no modifica las previsiones existentes en lo relativo a la participación de los agentes sociales.

contenido centrado fundamentalmente en el empleo (Moreno Vida, 2013). La doctrina académica habría señalado, como principales factores, el hecho de que la creación de la Estrategia coordinada de empleo en el ámbito de la UE, así como la descentralización de las políticas de empleo, fueron factores favorables para la aparición de los primeros pactos tripartitos autonómicos y su posterior eclosión desde finales de los años noventa y la primera década del siglo XXI.

Aunque estos marcos pudieran favorecer la aparición de los pactos tripartitos autonómicos, en general, y en materia de empleo, en particular, no es posible deducir que estos continúen teniendo un efecto positivo para la conclusión actual de estos. Es decir, su evolución podría tener efectos contrarios, desplazando el nivel donde se produce el diálogo social hacia el estatal. Por ello, en los siguientes epígrafes se analizarán cada una de estas variables y su reciente evolución. Con respecto a la Estrategia coordinada de empleo, se analizará su aparición desde la Estrategia europea de empleo hasta la inclusión de la política de empleo en el marco del Semestre europeo. Por su parte, se estudiará el proceso de descentralización competencial de la política de empleo en el marco del diseño territorial del Estado y las últimas modificaciones legales del marco institucional.

2.1. De la Estrategia coordinada de empleo de la UE al Semestre europeo: ¿hay espacio para el diálogo social?

Entre las razones para el fomento del diálogo social en las CC. AA. e, inclusive, en instancias inferiores, se ha señalado la política coordinada de empleo (Aragón *et al.*, 2008). Sin embargo, valga la pena mencionar otros instrumentos supranacionales que hubieran ejercido una influencia positiva, como hubieran sido las Iniciativas locales por el empleo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de Europa o los Yacimientos de empleo, propuestos en el Informe Delors (Pérez Ortiz *et al.*, 2018a). En lo concerniente a la política coordinada de empleo, si bien esta fue parte de los tratados de la Comunidad Económica Europea (De Pablos Ramírez y Martínez, 2008), el análisis partirá desde la aprobación de la Estrategia europea de empleo de 1997. A continuación, se analiza la regulación de la política de empleo y su reciente evolución en relación con la participación de los agentes sociales.

El marco legal actual tiene su primer punto de referencia en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, el cual proclama que la UE establecerá un mercado interior y que obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. Además, se ha afirmado que el fomento del empleo debe integrarse en la dimensión social del mercado interior (Comisión Europea, 2013). Para ello, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la UE tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social

adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana, en la definición y en la ejecución de sus políticas y acciones (art. 9 TFUE).

El alcance de las competencias de la UE en materia de empleo parecería limitar su capacidad de actuación, pues la política de empleo es una competencia exclusiva de los Estados miembros (EE. MM.) de la UE. Sin embargo, la UE es competente para definir la orientación de las políticas de empleo de los EE. MM. para garantizar su coordinación (art. 5.2 TFUE). Concretamente, en el marco de la política de empleo, el artículo 145 del TFUE establece que los EE. MM. y la UE se esforzarán por desarrollar «una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico». Así, el tratado diferencia la función de cada uno de los actores. En primer lugar, los EE. MM. deberán ex artículo 146.1 del TFUE perseguir dichos objetivos haciéndolos compatibles con las orientaciones generales de las políticas económicas adoptadas por el Consejo. En segundo lugar, al Consejo le corresponde la elaboración de orientaciones para los EE. MM. en políticas de empleo (art. 148.2 TFUE) –necesariamente compatibles a su vez con las orientaciones generales en política económica–, así como recomendaciones a los EE. MM. sobre la aplicación de dichas orientaciones (art. 148.4 TFUE). Por otro lado, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán implementar «iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto» (art. 149 TFUE). En definitiva, la Estrategia coordinada para el empleo entre los EE. MM. y la UE es la clave de bóveda de la acción de la Unión en materia de empleo. Esa coordinación se caracteriza, sin embargo, por su sometimiento a las orientaciones generales en política económica que aprueba el Consejo (ex art. 121 TFUE) y que obligan tanto a los EE. MM. en la elaboración de sus objetivos de empleo (art. 146.1 TFUE) como al Consejo cuando ha de elaborar las orientaciones en políticas de empleo para los EE. MM. (art. 148.2 TFUE).

Como antes se mencionó, no fue hasta 1997, con la adopción de la Estrategia coordinada de políticas nacionales de empleo o Estrategia europea del empleo (EEE)³, cuando la política de empleo ocupa la posición relevante que tiene hoy. A través de la EEE, la Comisión había de proponer «directrices para el empleo» al Consejo, para que este las adoptara y, posteriormente, fueran incorporadas a los planes de acción nacionales de empleo elaborados por los Estados. Así, en su origen, las directrices tenían un carácter autónomo. Sin embargo, tras la revisión de la Estrategia de Lisboa en 2005, las directrices para el empleo se incluyeron en las «directrices integradas» que abarcaban también las orientaciones generales de las políticas económicas⁴. Durante la última década, las directrices se producían en

³ Véase Cumbre extraordinaria de Luxemburgo sobre el empleo, celebrada el 20 y 21 de noviembre de 1997.

⁴ En las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 2005, se matiza que las orientaciones generales de las políticas económicas «deberían seguir englobando todo el espectro de las políticas macro

el marco de la Estrategia Europa 2020 que el Consejo Europeo adoptó⁵ en 2010. En dicho marco y tras el estallido de la crisis de 2008, la Comisión creó el Semestre europeo como una forma de coordinación integrada de las políticas económicas para la UE (Comisión Europea, 2010), que ha terminado por incluir también las orientaciones en política de empleo no solo por su conexión con las políticas macroeconómica y presupuestaria, sino también porque a través de aquel se controlaba la evolución de los EE. MM. en la consecución de los objetivos de la Estrategia 2020.

En definitiva, es posible afirmar que la integración europea ha determinado y determina la política interna de los EE. MM. con relación a la materia de empleo, impulsando que el marco de las políticas de empleo se sitúe bajo el paraguas de la política macroeconómica. Así, para Rodríguez-Piñero Royo, el empleo habría dejado de ser la prioridad principal para las políticas públicas en tanto que «[l]as exigencias de equilibrio presupuestario, la mejora de la competitividad internacional o la salvaguardia de la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social» se habrían impuesto a los objetivos de empleo (Rodríguez-Piñero Royo, 2016, p. 72). A pesar del desplazamiento hacia las instituciones comunitarias de parte de las decisiones en materia económica y de empleo, desde las primeras directrices de empleo adoptadas por el Consejo se afirmaba que se contaría con los interlocutores sociales «a todos los niveles, en todas las fases de esta acción» y se evaluaría regularmente su contribución⁶. Tampoco en las Directrices de 2003⁷ el Consejo afirmaba que la efectiva puesta en práctica de las directrices de empleo requería «la participación activa de los interlocutores sociales en todas las etapas del proceso, desde la formulación de las políticas hasta su ejecución»⁸. Es más, el artículo 126 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy art. 146 TFUE) se refería a «las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales» como elemento a tener en cuenta cuando los Estados coordinaran sus actuaciones en el seno del Consejo. Sin embargo, este reconocimiento formal a la participación de los agentes sociales no se habría extendido al diálogo social tripartito a nivel estatal. De acuerdo con De la Porte y Pochet (2004, p. 74), en todos los países,

y microeconómicas, así como las políticas en materia de empleo, siempre que haya interacción con las primeras». Además, los EE. MM. elaborarían «programas nacionales de reforma» e informes anuales sobre el seguimiento de la estrategia, mientras que la Comisión, por un lado, presentaría un «programa comunitario de Lisboa» como réplica a los programas nacionales y, por otro, informaría sobre la aplicación de la estrategia al Consejo, quien examinaría cada primavera los progresos realizados y se pronunciaría sobre los ajustes de las «directrices integradas» que resultaran necesarios. Véase Consejo Europeo de Bruselas del 22 y 23 de marzo de 2005. Conclusiones de la presidencia.

⁵ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas del 25 y 26 de marzo de 2010.

⁶ Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997, sobre las Directrices para el empleo en 1998 (98/C 30/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 30/1, de 28 de enero de 1998.

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L 197/13, de 5 de agosto de 2003.

⁸ Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2003/578/CE) (DOUE L 197/13, de 5 de agosto de 2003).

excepto Luxemburgo, los planes nacionales de acción se caracterizaban por ser documentos gubernamentales, más que documentos coproducidos con la participación de los agentes sociales. Por su parte, Casey (2005, p. 60) afirmó que, si bien los agentes sociales tenían un papel que desempeñar en la EEE, solo se producía si aceptaban las reglas preestablecidas⁹. Ni siquiera, como señaló Freyssinet (2010, p. 5), la desaceleración económica que comenzó en 2001 condujo a un retorno a gran escala a la negociación de acuerdos sociales a diferencia de la crisis anterior¹⁰ y, sin embargo, el impulso de los pactos sociales habría sido eliminado, con raras excepciones. De hecho, la institucionalización del diálogo social tripartito¹¹ a nivel europeo con la creación en 2003 de la Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo¹² (CST) como el «foco para la contribución de los interlocutores sociales en el marco de la Estrategia de Lisboa»¹³ habría sido un pálido reflejo de los regímenes tripartitos tradicionales, entre otras razones, como señalan Prosser y Perin (2015, p. 394), por la dificultad de replicar sus características a nivel transnacional¹⁴.

Con el inicio de la Gran Recesión, el debilitamiento del diálogo social se ha señalado como consecuente de la propia involución de la dimensión social europea (Valdeolivas García, 2021, p. 38). Concretamente, desde la implementación por primera vez del Semestre europeo en 2011 hasta 2015, la intervención de los interlocutores sociales fue prácticamente inexistente a nivel europeo y muy dispar entre los diferentes EE. MM. (Eurofound, 2016). Así, la Declaración conjunta de los interlocutores sociales europeos¹⁵, sobre la participación de los interlocutores sociales en la gobernanza económica europea, de 24 de octubre de 2013, revela que su inclusión no había sido efectiva a pesar de que la participación de los interlocutores sociales en el Semestre europeo se contempló, en un primer momento, en el caso

⁹ En este sentido, es interesante lo apuntado por Mailand (2008, p. 355) sobre cómo la EEE pudo ser utilizada por los Gobiernos nacionales para legitimar externamente medidas o reformas impopulares.

¹⁰ Freyssinet (2010, pp. 3-4) destaca que casi todos los países interesados por cumplir los criterios de acceso para la adopción del euro, excepto Francia y el Reino Unido, experimentaron con pactos sociales para hacer frente al problema del desempleo.

¹¹ Para un análisis de la evolución del diálogo social en la UE, véase Gorges (2001).

¹² Decisión del Consejo, de 6 de marzo de 2003, por la que se crea la Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo (DOUE L 70, de 14 de marzo de 2003).

¹³ Se pretendía refundir los procesos de diálogo social existentes, es decir, en el Comité de Empleo dentro de la EEE, en el «diálogo macroeconómico» establecido en el Consejo Europeo de Colonia de 1999 y, finalmente, en el diálogo social sobre protección social. Véase Comisión de las Comunidades Europeas (2002).

¹⁴ Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el artículo 152 del TFUE reconoce que «[l]a Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social».

¹⁵ Firmada por la Confederación Europea de Sindicatos (CESE), por parte de las personas trabajadoras, y por la Confederación de Empresas Europeas (BUSINESSEUROPE), el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP) y la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME), por parte de las personas empleadoras.

de que se considerase pertinente¹⁶. Por otro lado, la Comisión en su comunicación «Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria» afirmó que tanto el diálogo macroeconómico como la CST eran oportunidades clave para implicar a los interlocutores sociales en el proceso del Semestre europeo (Comisión Europea, 2013, p. 15). A partir de 2016, la Comisión se comprometió a mejorar la participación de los interlocutores sociales a nivel de la Unión en la gobernanza económica y el Semestre europeo en el marco de la Declaración de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y los interlocutores sociales europeos «Un nuevo comienzo para el diálogo social»¹⁷.

Frente a dicho escenario, cabe preguntarse si la política de la UE en materia de empleo, cuya trayectoria puede caracterizarse como un proceso de coordinación reforzada a través del Semestre europeo, permite todavía vías para el diálogo social. En relación con la existencia del diálogo social a nivel estatal, hay que recordar, como ya se ha hecho, que la regulación del Semestre europeo la contempla. Inclusive, el artículo 146.2 del TFUE declara asunto de interés común el reconocimiento de los interlocutores sociales en materia de empleo a nivel nacional. Así, la ausencia de participación a nivel nacional (Nahles, 2021) sería imputable a los Gobiernos de los EE. MM., abriéndose la vía a que esta se produzca. Por lo tanto, la inclusión de la política de empleo en el Semestre europeo no sería óbice para que esta se produjese, aunque los hechos apuntan a lo contrario.

Con relación a la política coordinada de empleo y el diálogo social a nivel autonómico, se ha argumentado que las orientaciones y directrices de la EEE conformaron «un marco de referencia relevante para la concertación social territorial» (Aragón *et al.*, 2008, p. 5). Inclusive, se debe tener en cuenta que, de forma específica, la aprobación de los pactos territoriales a favor del empleo a partir de 1996 para la captación de los fondos estructurales habría exigido como principio fundamental la puesta en marcha de procesos de diálogo social (Lois González *et al.*, 2005, p. 343). Esta necesaria participación de los agentes sociales se mantendría en la aplicación de los fondos estructurales de la UE y el respeto al «principio de asociación» (Bache, 2010). Dentro de los fondos estructurales, hay que destacar el Fondo Social Europeo, el cual está destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de las personas trabajadoras, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales (art. 162 TFUE). Por otro lado, también puede ser relevante el papel destacado de las CC. AA. en cuanto al diseño del Fondo de Cohesión (Carmona Contreras y Kölling, 2013). Así pues, no es de extrañar que la gestión de dichos fondos por las CC. AA. y la obligación

¹⁶ Véase el Reglamento (CE) núm. 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

¹⁷ Declaración firmada el 27 de junio de 2016.

de incorporar a los agentes sociales se considere un contexto favorable de diálogo social. Es más, la regulación de los convenios de transición justa como instrumento jurídico necesario para la captación de fondos de recuperación de la UE refuerza la participación de los agentes sociales en este tipo de procesos¹⁸. Por lo tanto, el contexto europeo seguiría siendo favorable para el diálogo social a nivel autonómico.

2.2. De la descentralización de la política de empleo hasta la coordinación de los servicios y programas del Sistema Nacional de Empleo. ¿Un proceso de recentralización?

Como se ha apuntado en otro lugar, el crecimiento del diálogo social a nivel autonómico a partir de la década de los años noventa está relacionado con, entre otros factores, la transferencia de competencias en materias sociales y de empleo a las CC. AA. (Aragón *et al.*, 2008, p. 5). Efectivamente, se ha señalado que el «desarrollo de las competencias autonómicas y la potenciación de las estructuras horizontales "regionales" de nuestros agentes sociales han sido, y aún son en buena parte, dos fenómenos paralelos que en gran medida se retroalimentan» (Calvo Gallego, 2009, p. 578). En este epígrafe se analizará la configuración legal de la política de empleo, así como su distribución competencial, con el objetivo de evaluar la trayectoria seguida por la descentralización de las políticas activas de empleo como factor favorable del diálogo social en las CC. AA.

El artículo 40 de la CE manda que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. La literalidad y la interpretación sistemática de dicho precepto suscitan que la política de empleo debe estar encaminada al progreso social y económico, como consecuencia además de la ubicación del precepto en el capítulo III sobre principios rectores de la política social y económica. De acuerdo con ello, el mandato constitucional de la persecución del pleno empleo encontró por primera vez su desarrollo legal en la Ley básica de empleo (LBE)¹⁹ de 1980. El modelo de servicio público de empleo en dicha LBE se configuraba como un único servicio centralizado en torno al Instituto Nacional de Empleo (INEM) creado en 1978 y se caracterizaba por la escasa implantación de las políticas activas, basándose principalmente su actuación en la protección por desempleo. Sin embargo, la evolución del sistema se ha producido en el sentido de descentralizar territorialmente las competencias en materia de política de empleo, de acuerdo con el modelo de Estado autonómico, mediante, por un lado, la asunción por parte de las

¹⁸ En relación con los convenios de transición justa, véanse Canalda Criado (2021) y Escribano Gutiérrez (2021).

¹⁹ Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo (BOE de 17 de octubre de 1980).

CC. AA. en el ejercicio de su autonomía del fomento del empleo, al encuadrarse la competencia sobre política de empleo en el fomento del desarrollo económico de su respectivo territorio según lo previsto en el artículo 148.1.13 de la CE, y, por otro lado, el traspaso de la ejecución de la legislación laboral, en virtud del artículo 149.1.7 de la CE, en el ámbito del empleo y la formación profesional para el empleo²⁰ por parte del Estado hacia aquellas.

Aunque se hubiera producido la descentralización de otras materias del ámbito socio-laboral con anterioridad, lo cierto es que la mayoría de las CC. AA. recibieron el traspaso de las políticas activas de empleo durante la primera década del presente siglo. Concretamente, salvo la anomalía que representó el tardío traspaso al País Vasco de las competencias en políticas activas de empleo, el proceso culminaría en 2003 con la aprobación de una nueva Ley de empleo (LE) que derogaría la de 1980. De acuerdo con aquel proceso, en la definición de política de empleo (art. 1 LE) se introdujo como actores a las CC. AA., así como se estableció el Sistema Nacional de Empleo (SNE), definiéndose como el «conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo» y quedando integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y los servicios públicos de empleo de las CC. AA. (art. 5 LE). En la redacción vigente del texto refundido de la Ley de empleo (TRLE)²¹, se mantiene el reconocimiento de las CC. AA. en los mismos términos.

Como reflejo de la mencionada descentralización, en la LE de 2003 se estableció la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales como uno de los órganos del SNE, definida como el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración General del Estado y las CC. AA. y, como la propia norma destaca, en lo relacionado con la Estrategia española de activación para el empleo (EEAE) y con los Planes anuales de política de empleo (PAPE) (art. 8 TRLE). Estos son definidos (art. 9 TRLE) como los instrumentos de coordinación del SNE y se caracterizan por que, por un lado, la EEAE tiene un carácter plurianual y contiene, entre otros, los «principios de actuación y objetivos estratégicos y estructurales a alcanzar en materia de políticas de activación para el empleo, incluyendo políticas activas de empleo y de intermediación laboral, para el conjunto del Estado» (art. 10.2 b) TRLE), así como también refleja las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en todo el Estado, incluyendo «tanto los servicios y programas que realizan los servicios públicos de empleo con fondos estatales como los que las comunidades autónomas realizan con recursos económicos propios» (art. 13.3 TRLE); por otro lado, los PAPE tienen carácter anual y fijan los «objetivos de la Estrategia española de activación para el empleo a alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas comunidades autónomas» y contienen la «previsión de los servicios y

²⁰ Sobre la materia de política de empleo como política asumida por las CC. AA., véase Suárez Corujo (2018).

²¹ Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo (BOE de 24 de octubre de 2015).

programas de políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se proponen llevar a cabo, tanto las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias [...] como el Servicio Público de Empleo Estatal en su ámbito competencial» (art. 11 TRLE).

En definitiva, la definición de la política de empleo, la configuración del SNE y sus instrumentos de coordinación, reflejan el alto grado de descentralización de las políticas activas de empleo, correspondiendo a las CC. AA. en su ámbito territorial «el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidos» (art. 3.2 TRLE), mientras que permanece como competencia del Estado la coordinación del sistema y la aprobación de los proyectos de normas con rango de ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, así como el desarrollo de dicha ordenación (art. 3.1 TRLE).

A partir del agravamiento de la Gran Recesión, las recomendaciones específicas²² a España en el ciclo del Semestre europeo en 2012 incluyeron como necesidad:

[...] aplicar las reformas del mercado laboral y tomar medidas adicionales encaminadas a aumentar la eficacia de las políticas activas del mercado de trabajo²³
[...] reforzando la coordinación entre los servicios públicos de empleo nacionales y autonómicos, incluido el intercambio de información sobre ofertas de empleo²⁴.

Es más, en el Programa nacional de reformas de España de 2012 se anunciaron varias medidas para mejorar la coordinación entre las Administraciones: en primer lugar, un catálogo de servicios comunes para garantizar «una actuación homogénea» en la gestión de las políticas activas de empleo; en segundo lugar, el establecimiento de objetivos prioritarios que debían ser atendidos por las CC. AA. mediante las acciones con cargo a los fondos distribuidos por el SEPE; y, en tercer lugar, la fijación de indicadores para evaluar el cumplimiento de los objetivos y la evaluación de las políticas desarrolladas por las CC. AA., cuyos resultados condicionarían los criterios de distribución de los fondos del SEPE para el año siguiente. Así, este nuevo modelo de programación, evaluación y financiación de las políticas activas de empleo fue incorporado tanto a la EEAE 2014-2016 y se ha mantenido con cambios en la EEAE 2017-2020.

²² Para un análisis de la incidencia de las recomendaciones de la UE en la construcción del nuevo modelo de políticas activas de empleo, véase García Piñeiro (2018).

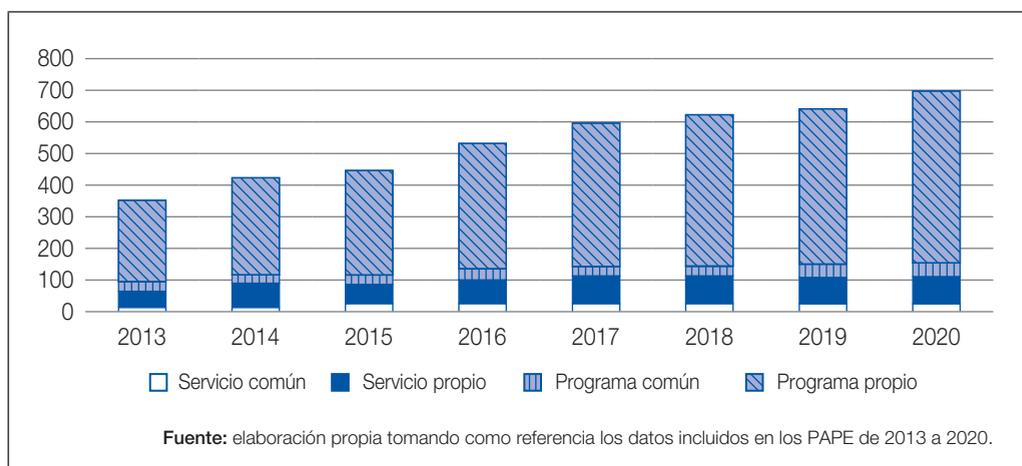
²³ Sobre el contexto en el cual se producen las reformas encaminadas a la modernización de los servicios públicos de empleo, véase Fernández Rodríguez y Martín Martín (2014).

²⁴ Recomendación del Consejo, de 10 de julio de 2012, sobre el Programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de estabilidad de España para 2012-2015 (2012/C 219/24) (DOUE C 219/81, de 24 de julio de 2012).

La importancia²⁵ de ese nuevo marco para el desarrollo de las políticas activas de empleo radica en la nueva centralidad del Estado como actor en la coordinación y el control de la ejecución de las políticas activas de empleo. Así, tomando como referencia el año 2013, a continuación se analizarán los efectos del nuevo modelo de las políticas activas de empleo en relación con el número total de servicios y programas propios y comunes desarrollados por las CC. AA., así como el presupuesto que reciben las CC. AA. a cargo del SEPE para el desarrollo de políticas activas de empleo.

Respecto de la cartera de servicios comunes y el total de servicios y programas desarrollados, existe una tendencia de incremento desde 2013 tanto de los programas y servicios comunes, así como de los servicios y programas propios que ofrecen las CC. AA., manteniéndose prácticamente el peso de estos últimos respecto del total a pesar del crecimiento de los primeros. Concretamente, los servicios propios de las CC. AA. han pasado de 52 (15 % del total de servicios y programas) en 2013 a 88 (13 % del total de servicios y programas) en 2020. Por su parte, los servicios comunes fueron 9 (3 % del total) en 2013 y crecieron en 2015 hasta ser 21 (5 % del total de servicios y programas), manteniéndose estable pasando a representar el 3 % del total de servicios y programas en 2020. Por su parte, los programas propios de las CC. AA. fueron 262 en 2013 (75 % del total de servicios y programas) y crecieron hasta 548 (79 % del total de servicios y programas) en 2020. Los programas comunes fueron 27 en 2013 (8 % del total de servicios y programas) y alcanzaron a ser 39 (6 % del total de servicios y programas) en 2020.

Gráfico 1. Servicios y programas del SNE (2013-2020)



²⁵ La consecución de los objetivos perseguidos por las medidas implementadas ha sido cuestionada, entre otros, por Del Pozo Sen y Suárez Corujo (2017).

El hecho de que se mantenga el peso porcentual de los servicios y programas comunes respecto del total de servicios y programas es más destacable si atendemos a que el incremento de los servicios y programas propios de las CC. AA. se ha producido en casi todas ellas. Como se puede ver en la siguiente tabla, únicamente en las islas Canarias el número total de programas y servicios propios es el mismo en 2013 y en 2020, mientras que en el País Vasco el número de servicios y programas propios se reduce de 32 en 2013 a 23 en 2020. Es más, el total de medidas distintas que incluyen los PAPE pasaron de 314 en 2013 a 636 en 2020, es decir, un incremento del 84 %.

Tabla 1. Servicios y programas propios incluidos en los PAPE de 2013 y 2020 por comunidad autónoma

CC. AA.	PAPE 2013	PAPE 2020	Diferencia 2013-2020	Variación
Castilla-La Mancha	10	65	55	550 %
Illes Balears	9	46	37	411 %
Extremadura	14	45	31	221 %
Castilla y León	15	43	28	187 %
Madrid	16	42	26	163 %
La Rioja	10	26	16	160 %
Galicia	27	56	29	107 %
Principado de Asturias	12	24	12	100 %
Región de Murcia	17	32	15	88 %
Aragón	20	37	17	85 %
Cantabria	13	23	10	77 %
Andalucía	33	58	25	76 %
Comunidad Valenciana	23	37	14	61 %
Cataluña	21	33	12	57 %

CC. AA.	PAPE 2013	PAPE 2020	Diferencia 2013-2020	Variación
◀ Navarra	19	23	4	21 %
Islas Canarias	14	14	0	0 %
País Vasco	32	23	-9	-28 %
Ceuta	0	0	0	-
Melilla	0	0	0	-
Gestión estatal no transferida	9	9	0	0 %
Total medidas distintas	314	636	252	84 %

Fuente: elaboración propia tomando como referencia los datos incluidos en los PAPE de 2013 a 2020.

Respecto del presupuesto para las políticas activas de empleo, de acuerdo con la distribución territorial de los fondos para los ejercicios económicos de 2013 y 2019 con cargo a los presupuestos generales del Estado para su gestión por las CC. AA., se puede ver el importante aumento a partir de 2013²⁶, habiéndose incrementado en todas ellas. Ahora bien, la variación porcentual de la parte del presupuesto anual recibido por las CC. AA. no ha variado prácticamente, lo cual podría deberse a la satisfactoria consecución de los objetivos por todas ellas o a la ineficacia de los controles de los resultados para la distribución de los fondos.

Tabla 2. Distribución territorial de los fondos para los ejercicios económicos de 2013 y 2019 con cargo a los presupuestos generales del Estado para su gestión por las CC. AA.

	2013		2019	
	Euros	%	Euros	%
Illes Balears	24.719.543	1,8	51.601.817,86	2,2
Islas Canarias	76.071.474	5,7	156.483.691,16	6,7

²⁶ Hay que llamar la atención sobre que este incremento corrige la falta de financiación durante los años anteriores. Véase Cueto Iglesias (2017).

	2013		2019	
	Euros	%	Euros	%
◀ Extremadura	49.794.890	3,7	99.915.902,87	4,3
Cataluña	193.678.406	14,4	388.562.753,47	16,6
Aragón	34.561.815	2,6	68.909.535,16	2,9
Navarra	13.526.350	1	26.156.100	1,1
Región de Murcia	35.596.996	2,7	68.366.868,81	2,9
Castilla y León	76.979.362	5,7	142.132.375,48	6,1
Madrid	168.743.766	12,6	305.962.983,72	13,1
Cantabria	19.153.236	1,4	33.504.636,39	1,4
Comunidad Valenciana	132.309.923	9,9	224.761.312,28	9,6
Galicia	106.834.188	8	180.040.583,86	7,7
Principado de Asturias	40.356.603	3	67.937.339,82	2,9
La Rioja	7.975.122	0,6	13.139.327,78	0,6
Castilla-La Mancha	63.777.404	4,8	101.793.817,02	4,4
Andalucía	298.502.182	22,2	407.698.341,32	17,4
Total	1.342.581.260	100	2.336.967.387	100

Fuente: elaboración propia con base en los datos obtenidos de la Orden ESS/2198/2013, de 21 de noviembre, la Orden TMS/425/2019, de 8 de abril, la Orden TMS/941/2019, de 6 de septiembre, y la Orden TMS/1156/2019, de 26 de noviembre.

Como conclusión, si bien se habría producido una cierta recentralización de las políticas activas de empleo a partir de 2012 (Hernández Moreno y Ramos Gallarín, 2017), esta no restringiría en exceso el ámbito político autonómico. Efectivamente, a pesar de la aprobación de la cartera de servicios comunes y el control de los resultados para el incremento de los fondos a cargo del SEPE para cada comunidad autónoma, esta recentralización no implica necesariamente un retroceso en el desarrollo de la política de empleo propia por

parte de las CC. AA., pues, como hemos visto, los servicios y programas propios también aumentaron en el periodo estudiado y, en relación con el presupuesto para políticas activas, no se puede deducir una dependencia total de los fondos distribuidos por el SEPE, pues se ha de partir de la disposición de los fondos propios de las CC. AA. y de los que reciben de la UE (arts. 22 y 25 TRLE).

3. La predisposición para compartir el poder político: análisis de los cauces estatal y autonómico para el diálogo social en política de empleo

En los anteriores epígrafes se han analizado los factores que han sido señalados como favorables para el surgimiento de los procesos de diálogo social tripartito en el ámbito de las CC. AA. En este epígrafe se presentará un tercer factor que no ha sido tomado en consideración y que puede favorecer la persistencia del diálogo social tripartito durante un contexto adverso como fue la Gran Recesión, a saber, la voluntad de los Gobiernos de abrir el poder político a la participación de los agentes sociales. Es más, la predisposición para compartir el poder político con los agentes sociales a través del tripartismo es lo que habría desaparecido durante la Gran Recesión a nivel estatal, así como a nivel de la UE (Candalda Criado, 2022). En cambio, el mantenimiento del diálogo social tripartito y la consecución de impactos sociales durante aquel periodo de tiempo apuntan a que este factor pervivió en el ámbito autonómico.

De acuerdo con Cruz Villalón (2006, p. 24), los procesos de concertación social supondrían, entre otros, «la identificación de los interlocutores por excelencia cuando se trata de abordar las políticas socioeconómicas, [y] la fijación de unas mínimas reglas del juego en lo procedimental que permita conocer a cada uno los canales de actuación que se encuentran abiertos». A continuación, se presentará el marco general de las políticas de empleo para analizar los diferentes cauces reconocidos para el diálogo social en esta materia, para posteriormente examinar cada uno de ellos en el nivel estatal y autonómico.

3.1. Marco general para la participación de los agentes sociales en el SNE

El marco jurídico de la política de empleo se caracteriza por el reconocimiento legal de la participación institucional de las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas en el propio SNE. Es necesario recordar que el reconocimiento de la participación de los agentes sociales en materia de empleo se produce inclusive con anterioridad no solo a la LOLS, sino también a la LBE. Efectivamente, con la creación del INEM, el legislador preconstitucional pretendía aumentar la participación en la gestión de los interesados (el preámbulo de la norma habla de «lógicas exigencias de una sociedad

democrática»²⁷. Así, el desarrollo reglamentario del INEM incluyó también la participación de los «sindicatos de más significación, en proporción a su representatividad», así como de las organizaciones empresariales de más representatividad en el Consejo General del INEM (art. 3 RD 439/1979)²⁸. Así pues, se puede destacar la fuerte vinculación histórica de la participación de los agentes sociales en la política de empleo.

Atendiendo al marco legal establecido en el TRLE, la participación institucional de los agentes sociales en el ordenamiento jurídico de la política de empleo se reconoce, en primer lugar, a través del Consejo General del SNE (art. 8 TRLE)²⁹, que se constituye como «el órgano consultivo y de participación institucional en materia de política de empleo y de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral» (art. 8 TRLE). En segundo lugar, el artículo 13 a) del TRLE establece como principio del SNE la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el SEPE y en los servicios públicos de empleo de las CC. AA., en la forma en que estos determinen, de acuerdo con lo previsto en la ley. Y, en tercer lugar, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas participarán en los órganos de gobernanza del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (art. 40 TRLE)³⁰.

Además, el TRLE incluye otra previsión que apunta hacia una participación de los agentes sociales más allá del marco institucional, es decir, un proceso de diálogo social tripartito al máximo nivel establecido en el artículo 10 del TRLE, por el cual las organizaciones empresariales y sindicales deberán participar de la elaboración de la EEAE. Si bien esta obligación es clara, no existe un marco en donde deba producirse dicho proceso de diálogo social: la elaboración de la EEAE recae sobre el Ministerio de Trabajo y Economía Social, a quien compete la coordinación de la política de empleo, si bien la norma prevé que esta se produzca en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales (art. 3 TRLE), es decir, en colaboración con las CC. AA., y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

²⁷ Real Decreto-Ley (RDL) 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (BOE de 18 de noviembre de 1978).

²⁸ Posteriormente, pero antes también de la aprobación de la LOLS, la participación de los agentes sociales aparecía en la LBE en dos sentidos: de forma indirecta, mediante la consulta sobre las medidas de fomento del empleo, por una parte, y en la participación institucional en el Consejo General del INEM (art. 40 LBE).

²⁹ Esta fue una de las innovaciones de la LE, en la que se establecían como órganos del SNE la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales –que ya existía– y el Consejo General del SNE.

³⁰ Concretamente, el artículo 33 del RD 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, prevé la creación de la Comisión Estatal de Formación para el Empleo, cuyas funciones serán las atribuidas al Consejo General del SNE en materia de formación profesional para el empleo, y cuya composición, número de vocales y funcionamiento serán los mismos que los establecidos para la Comisión Permanente del Consejo General del SNE.

En conclusión, existen dos cauces principales a través de los cuales se articula la participación de los agentes sociales en la política de empleo: por un lado, a través de la participación institucional en los servicios públicos de empleo tanto a nivel estatal como de las CC. AA., de la Comisión Estatal del Sistema de Formación Profesional para el Empleo, así como a través del Consejo General del SNE. Por otro lado, una vía no institucional y no definida que sitúa a los agentes sociales como interlocutores ante el Ministerio de Trabajo y Economía Social y donde también participan las CC. AA. a través de la Conferencia Sectorial.

Ante dicho marco, es posible preguntarse si el hecho de que las políticas de empleo son un ámbito donde la participación institucional de los agentes sociales se encuentra ampliamente desplegada pudiera favorecer la producción de acuerdos tripartitos como resorte institucional que afianza el compromiso de compartir el poder político. Por ello, a continuación se analizan los cauces a nivel estatal y autonómico para el diálogo social, introduciendo las iniciativas normativas de las CC. AA. que han podido favorecer el diálogo social al máximo nivel, así como el fortalecimiento de la participación institucional dentro de los servicios de empleo autonómicos. En sentido contrario, la ausencia de una fuerte institucionalización del diálogo social a nivel estatal, así como una participación institucional débil en el SEPE, habrían generado un espacio de incertidumbre y de desarticulación que no favorece la consecución de acuerdos tripartitos.

3.2. La política de empleo a nivel estatal como un compartimento estanco: débil participación institucional y desinterés en el diálogo social tripartito

Como se vio más arriba, a nivel estatal existen dos cauces para la participación de los agentes sociales en materia de política de empleo: por un lado, la participación institucional a través del SEPE y, por otro lado, a través de una vía no institucional mediante la participación de los agentes sociales en la elaboración de la EEAE. Además, podemos situar a este nivel supraautonómico la participación institucional en el Consejo General del SNE. A continuación, se analizarán cada una de estas vías.

En primer lugar, en relación con la participación institucional en el SEPE, es conveniente recordar que, entre las competencias de este, figuran las siguientes: la elaboración y elevación al Ministerio de Trabajo y Economía Social de «las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo que procedan» (art. 18 a) TRLE), la elaboración del proyecto de EEAE y de los PAPE en colaboración con las CC. AA. (art. 18 d) TRLE)³¹, y gestionar «los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su

³¹ Se incluye la referencia a que las «organizaciones empresariales y sindicales más representativas participarán en la elaboración de dicha estrategia y recibirán información periódica sobre su desarrollo y seguimiento».

presupuesto de gastos» (art. 18 h) TRLE). Dicho de otra forma, aunque las competencias en materia de políticas activas de empleo han sido asumidas por las CC. AA. en los términos que se expusieron anteriormente, ello no es óbice para que el SEPE pueda gestionar otros programas de empleo y formación profesional como, por ejemplo, el Sistema de Garantía Juvenil³². Sin embargo, las funciones de los órganos donde se materializa la participación institucional en el SEPE no abarcan estas competencias, al menos explícitamente.

Efectivamente, de acuerdo con el RD 1383/2008, de 1 de agosto³³, y la Orden TIN/2189/2009, de 31 de julio³⁴, la participación institucional se produce a través del Consejo General del SEPE y la Comisión Ejecutiva Central, siendo ambos definidos como órganos rectores y de participación institucional de la Administración General del Estado y de los interlocutores sociales (arts. 1 y 12 Orden TIN/2189/2009). Analizadas las funciones de cada uno de estos órganos, estas son mayoritariamente funciones de seguimiento del funcionamiento del SEPE sin abarcar otras funciones que puedan albergar un proceso de diálogo social en relación con la puesta en marcha de políticas de empleo. Dicho de otra forma, teniendo el SEPE competencias en materia de políticas de empleo y de elaboración del proyecto de EEAE y los PAPE, las vías de participación institucional en este, al menos formalmente, no favorecen un proceso de diálogo social. De esta forma, se alejan los procesos de diálogo y negociación sobre las diferentes políticas de empleo que desarrolla el SEPE³⁵. En este sentido, se ha afirmado la necesaria reforma del modelo de participación institucional en tanto que esta se produce alejada de los ámbitos donde se definen y elaboran las políticas de empleo (Villar Cañada, 2016, p. 116). Es importante destacar este hecho por cuanto se verá que las vías de participación institucional en las CC. AA. han favorecido el diálogo social en materia de políticas de empleo dentro de sus competencias.

³² Orden ESS/668/2017, de 13 de julio, por la que se designa al Servicio Público de Empleo Estatal como organismo competente en materia de gestión del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

³³ RD 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal.

³⁴ Orden TIN/2189/2009, de 31 de julio, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo General, la Comisión Ejecutiva Central y las Comisiones Ejecutivas Territoriales del Servicio Público de Empleo Estatal.

³⁵ Entre otras se pueden señalar: en primer lugar, la gestión de las políticas de empleo en las ciudades de Ceuta y Melilla al no haber asumido estas las competencias sobre la materia; en segundo lugar, los programas que vienen desarrollándose desde hace tiempo en relación con la concesión de las subvenciones en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración del Estado e instituciones sin ánimo de lucro que contraten a personas desempleadas para realizar obras y servicios de interés general y social, las subvenciones a corporaciones locales del Programa de fomento de empleo agrario, o las subvenciones para la puesta en marcha de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo en el ámbito de gestión del SEPE; y, en tercer lugar, la gestión de las acciones de formación profesional para el empleo que le competen.

En segundo lugar, respecto de la vía de participación institucional en el Consejo General del SNE, como se avanzó anteriormente, este se define como órgano consultivo de participación institucional. Aunque el TRLE se remite al desarrollo reglamentario para determinar sus funciones, sí incluye explícitamente entre estas la consulta e informe de la EEAE y de los PAPE. Además, atendiendo a su desarrollo por medio del RD 1722/2007, de 21 de diciembre³⁶, se puede comprobar que, entre sus funciones, el Consejo General puede albergar no solo la consulta, sino, además, la elaboración de propuestas concretas, pues se incluye «[f]ormular propuestas de política de empleo nacional sobre objetivos y prioridades para el Programa anual de trabajo del SNE, informar sobre el mismo y conocer su grado de ejecución y resultados» (art. 9)³⁷. Por esta razón, sería posible que los agentes sociales a través del Consejo General del SNE pudieran influir en el diseño de las políticas de empleo. Si se analiza el funcionamiento del Consejo General y, más concretamente, las funciones que competen al Consejo General del SNE cuando actúa en Pleno o en Comisión Permanente –sin contar las posibles Comisiones Especiales (art. 16 RD 1722/2007)–, se puede observar que ninguna de las funciones de la Comisión Permanente hace referencia a la formulación de propuestas de políticas de empleo, por lo cual dicha función recaería en el Consejo General cuando actuara en Pleno³⁸. Aun así, las reducidas ocasiones en las que se reúne el Consejo General en Pleno aleja las posibilidades de la continuidad del diálogo social³⁹.

Y, en tercer lugar, se ha señalado como última vía de participación de los agentes sociales en la política de empleo su participación no institucional en la elaboración de la EEAE. Es importante destacar que esta vía se sitúa fuera de la participación institucional en el SEPE, a quien compete la elaboración del proyecto de la mencionada estrategia. Por lo tanto, se ubicaría en un plano superior en donde los agentes sociales se situarían como interlocutores del propio Gobierno y, de esta forma, en el máximo nivel de concertación social. Esta participación, aunque no institucional, se produciría, del tenor literal del artículo 3 del TRLE, de forma paralela o, inclusive, parecería incardinarse en el seno de la Conferencia Sectorial. Si se analizan los reglamentos internos de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos

³⁶ Por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del SNE.

³⁷ El mencionado Programa anual de trabajo se situaba en el marco plurianual definido en el Plan nacional de acción para el empleo, siendo sustituidos por el PAPE y la EEAE en 2011, tras la reforma de la LE por el RDL 3/2011, de 18 de febrero, y en ambos casos se situaban como instrumentos de coordinación del SNE.

³⁸ Corresponderá al Pleno la realización de las funciones atribuidas al Consejo General, y se reunirá dos veces al año, o cuando lo convoque su presidencia a iniciativa propia, o a solicitud de la cuarta parte de sus miembros (art. 17.2).

³⁹ De acuerdo con los informes anuales del SEPE del periodo 2010-2019, el Pleno se habría reunido dos veces en 2010, una en 2012, una en 2013, dos veces anualmente entre los años 2014 y 2018, y tres veces en 2019. Por su parte, la Comisión Permanente se habría reunido tres veces en 2010, dos en 2011 y dos veces en 2016. No habría información para los años 2012 y 2013.

Laborales, se puede comprobar que, en el aprobado en 1997, no se incluye ninguna referencia a la posible participación de los agentes sociales y, en el aprobado en 2021, se prevé la posible «participación en el mismo de las organizaciones representativas de los intereses afectados, con el fin de recabar propuestas o formular consultas»⁴⁰ únicamente en los grupos de trabajo que se pueden crear para llevar a cabo tareas técnicas. En relación con una participación fuera de cualquier marco, también de la Conferencia Sectorial, estaríamos ante una manifestación propia de diálogo social tripartito en el nivel más alto.

Con relación a esta última posibilidad, podría pensarse que la descentralización de la política de empleo alejaría esta materia de la concertación social estatal. Sin embargo, se ha apuntado que la concertación social a este nivel habría servido al Estado para:

[...] desplegar un papel mucho más influyente en ciertas materias socioeconómicas, que han permitido programar y planificar políticas públicas para el conjunto del Estado, sin que ello se pudiera percibir como una injerencia por parte del Estado de las competencias estatutariamente asumidas por las comunidades autónomas (Cruz Villalón, 2006, p. 31).

Por lo tanto, es pertinente preguntarse cuál ha sido la evolución del diálogo social tripartito a nivel estatal en materia de empleo, a lo cual se puede anticipar que ni los instrumentos de coordinación del SNE, en particular, ni las políticas de empleo, en general, han sido objeto de dicha concertación durante los últimos años.

Efectivamente, si se analizan las diferentes fases⁴¹ de la concertación social a nivel estatal, es posible detectar una tendencia donde la política de empleo ha sido menos frecuente o bien desaparece como materia de los acuerdos tripartitos. Con el inicio de la crisis en 2008, a pesar de la firma de la Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social en 2008 y del Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones en 2011, la política de empleo aparece de forma desigual: en el acuerdo de 2008 responde a una declaración de urgencia sin incluir medidas específicas, mientras que el texto de 2011 sí incluyó reformas de carácter estructural que después se incluirían en la LE⁴² y, como medida coyuntural, un plan de choque dirigido especialmente a jóvenes y parados de larga duración. A partir de 2014, con la firma del Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, parecería abrirse un nuevo periodo de diálogo social que ha

⁴⁰ Artículo 9 del Reglamento aprobado en la reunión de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, celebrada en Madrid el 28 de abril de 2021.

⁴¹ Véase Pérez Infante (2009).

⁴² RDL 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, y RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.

continuado durante los últimos años hasta el inicio de la pandemia⁴³, aunque sin grandes acuerdos allí donde pudiera haberlos habido, como, por ejemplo, para la reforma del Sistema de Formación Profesional para el Empleo de 2015. En aquellas materias donde sí existieron acuerdos tripartitos, estos muestran cierta discontinuidad, pues han existido acuerdos en algunos casos, como en el Acuerdo sobre el programa extraordinario de activación para el empleo de 2014 o en el Plan de choque por el empleo juvenil de 2017, mientras que en otros casos no se ha producido, como en el Programa de acción conjunto para la mejora de la atención a parados de larga duración de 2016. Igualmente, mientras que no hubo acuerdo en la EEAE para el periodo 2012-2014 ni en la EEAE del periodo 2014-2016, sí lo hubo para la EEAE para el periodo 2017-2020 (Consejo Económico y Social, 2018, p. 437).

3.3. La creación del espacio político compartido en el marco autonómico: defensa del interés general, capacidad negociadora y ámbito material

A diferencia del marco estatal, el marco autonómico se presenta como un potente escenario para el diálogo social en materia de políticas de empleo. Como ha señalado Calvo Gallego (2009, p. 577):

[la] progresiva importancia de las políticas de empleo en las nuevas concepciones del mercado de trabajo, y el hecho de que, como entes políticos que son, las CC. AA. puedan dotar de una orientación propia a dichas políticas, ha potenciado el papel de estos sujetos [los agentes sociales].

De acuerdo con la hipótesis formulada en el comienzo del trabajo, aquí se plantea que el éxito en la producción de acuerdos tripartitos se debe a la institucionalización de la voluntad de compartir el poder político, y ello con base en la institucionalización del diálogo social al máximo nivel y la creación de un régimen común para la participación institucional en todos los niveles.

Aunque aquí no se analizará la regulación autonómica específica de la participación institucional de los agentes sociales en los respectivos servicios públicos de empleo, sí cabe hacer mención, en contraposición a la regulación de esta en el SEPE, de que algunas de las normas de creación⁴⁴ de los servicios de empleo autonómicos recogen la participación de

⁴³ Sobre los procesos de diálogo social durante la pandemia, véanse Baylos Grau (2021) y Canalda Criado (2022).

⁴⁴ Como señalan Cueto Iglesias y Suárez Cano (2015, p. 284), la creación de los servicios públicos de empleo de las CC. AA. se produjo de forma desajustada en el tiempo, pues en ocasiones «se ha anticipado a la transferencia de la competencia, mientras que, en otras, su creación ha sido posterior al traspaso de la competencia».

los agentes sociales en órganos entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de políticas de empleo. A modo de ejemplo, en Andalucía, los agentes sociales forman parte del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo, entre cuyas funciones se encuentra elaborar «las propuestas de planes y programas para el empleo, para su oportuna tramitación»⁴⁵. En Cataluña, dicha participación se produce a través del Consejo de Dirección del Servicio Público de Empleo de Cataluña, a quien compete: «c) Debatir y aprobar, con carácter previo, la propuesta de los programas operativos a presentar ante la Unión Europea que afecten al ámbito de las competencias del Servicio Público de Empleo de Cataluña»⁴⁶. Inclusive, la aprobación del Reglamento⁴⁷ del Consejo General de Empleo del Servicio Público de Empleo de Castilla y León donde participan los agentes sociales fue, según previsión de la ley, sometida a un «proceso previo de negociación tripartito con los agentes sociales y económicos más representativos de la Comunidad de Castilla y León»⁴⁸. En general, se ha afirmado que el funcionamiento de los servicios públicos de empleo ha sido una constante de los acuerdos tripartitos autonómicos (Aragón *et al.*, 2008, pp. 73-74).

En relación con lo que aquí interesa, durante los últimos 20 años se han aprobado leyes que regulan la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel autonómico y que además han institucionalizado el diálogo social al máximo nivel con los respectivos Gobiernos (véase anexo). Estas normas conformarían un tercer estadio en la evolución del diálogo social autonómico, habiendo sido precedidas por aquellas otras por las que se creaban los consejos de relaciones laborales y los consejos económicos y sociales durante las décadas de los ochenta y noventa, pero que «no habrían sido creadas "ex profeso" para el fomento de la concertación» (Lois González *et al.*, 2005). Concretamente existen estas normas en quince CC. AA., mientras que en Andalucía y en Asturias existe el proyecto de aprobación. En particular, en este trabajo se destaca que estas leyes se han aprobado en trece CC. AA. desde el inicio de la Gran Recesión en 2008, en contraposición con la reducción del diálogo social a nivel estatal y europeo, siendo ello la plasmación del compromiso de las Administraciones autonómicas para compartir el poder político a través de la institucionalización del diálogo social y la regulación del derecho a la participación institucional. Es más, este último aspecto corregiría el hecho de que «la participación institucional a nivel autonómico parece desarrollarse de forma aluvional, dispersa y descoordinada, privada de una necesaria coordinación entre los distintos ámbitos en los que se desarrolla» (Calvo Gallego, 2009, p. 580).

⁴⁵ Artículo 8.3 b) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

⁴⁶ Artículo 28 de la Ley 13/2015, de 9 de julio, de ordenación del sistema de empleo y del Servicio Público de Empleo de Cataluña.

⁴⁷ Decreto 41/2016, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio Público de Empleo de Castilla y León.

⁴⁸ Disposición final primera de la Ley 10/2003, de 8 de abril, de creación del Servicio Público de Empleo de Castilla y León.

Las normas aquí analizadas representan ese compromiso en dos sentidos: algunas de las normas han sido precedidas de acuerdos tripartitos donde se contemplaba la regulación del propio diálogo social y, la segunda, la búsqueda de garantías para la efectividad del diálogo social practicado hasta ese momento. En primer lugar, con relación a la regulación de los órganos de diálogo social precedida por acuerdos tripartitos, es importante destacar no solo la voluntad compartida para la aprobación de la norma, sino también el alto grado de consenso con la que esta nacería. Se puede citar aquí, a modo de ejemplo, la Ley canaria de 2014, fruto del IV Acuerdo de concertación social, o la Ley de Castilla y León de 2008, cuyo texto surge del Acuerdo tripartito de Castilla y León de 2008 sobre las «bases para la creación del Consejo del Diálogo Social y regulación de la participación institucional». En segundo lugar, respecto de la búsqueda de garantías para la efectividad del diálogo social, muchas de las normas dejan entrever la perspectiva de futuro para asegurar la continuidad del diálogo social practicado hasta ese momento a través de la regulación de sus competencias, su composición y su funcionamiento. Más explícitamente, la ley de la Región de Murcia reconoce que:

[e]l modelo de concertación ha evidenciado sobradamente su eficacia en el desarrollo de los intereses sociales y económicos de la comunidad autónoma [...]. Sin embargo, se considera necesario dotar al modelo de las suficientes garantías en orden a su pervivencia, fortalecimiento y consolidación, estableciendo un sistema objetivo y transparente, determinando los derechos, los deberes, la legitimación y el procedimiento de la participación institucional.

También, la norma de Cataluña de 2020 reconoce que es objeto de esta «seguir potenciando los mecanismos de concertación social, reconociendo los agentes sociales y garantizándolos para que puedan realizar eficazmente su tarea en todos los ámbitos e instancias de participación institucional que se creen». Del mismo modo, la Ley de la Comunidad Valenciana de 2015 reconoce la acción social propia de interés general desarrollada por las organizaciones empresariales y sindicales y, así, la «incorpora como uno de los ejes sobre los que hacer pivotar la acción pública de la Generalitat». Y como último ejemplo, el Decreto de Extremadura de 2021 viene a reforzar la concertación social regulada en la Ley de 2003 fijando «con la suficiente seguridad jurídica y garantías las reglas básicas que encaucen al mayor nivel el diálogo tripartito y la concertación social en Extremadura».

Entre el contenido de las normas aprobadas figura, en primer lugar, la regulación de la participación institucional en las Administraciones públicas autonómicas y, en segundo lugar, la constitución con carácter permanente de mesas de diálogo social al máximo nivel. Ahora bien, no todas las normas incluyen ambos aspectos⁴⁹. Cuando la norma regula tanto el diálogo

⁴⁹ Por un lado, la norma del País Vasco de 2019 es la única que solamente regula el diálogo social y no incluye ninguna previsión acerca de la participación institucional, aunque hace mención de una posible norma con rango de ley aprobada tras su discusión mediante la mesa de diálogo social creada al efecto; por otro lado, no se regula el diálogo social tripartito en las normas de Galicia (2008), Murcia (2017) y las Islas Baleares

social como la participación institucional, se observa que el diálogo social se conceptualiza como la máxima expresión de la participación institucional, es decir, la participación institucional se refiere a niveles inferiores del sector público, mientras que los órganos de diálogo social sitúan a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas como interlocutores directos con el Gobierno de las CC. AA. Por esta razón, la distinción entre uno y otro no es más que el nivel al cual se produce la participación de los agentes sociales y no, en cambio, las funciones en uno y otro ámbito. A partir de aquí, se puede afirmar que la voluntad por compartir el poder político en aquellas normas se fundamenta en dos ejes: en el papel que se espera de los agentes sociales en relación con la defensa de los intereses generales y en el reconocimiento de estos como sujetos activos en procesos de negociación.

En relación con cómo en las normas se define qué debe entenderse por diálogo social es destacable la variación en la conceptualización que se hace de este en las diferentes leyes, aunque siempre pivotando en la defensa de los intereses generales. En este caso, la coincidencia con la regulación de la participación institucional es máxima, por cuanto que esta se fundamenta en la misma capacidad de los agentes sociales para representar los intereses generales, si bien la ley precisa que dicha capacidad únicamente recae sobre aquellas organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. A modo de ejemplo, en Castilla y León se considera el diálogo social «el proceso de negociación y concertación en materias económicas y sociales, así como en otras de interés general, desarrollado entre la Junta de Castilla y León y los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas de la comunidad autónoma». Por su parte, la norma catalana hace equivalentes los términos «diálogo social permanente» y «concertación social», los cuales define como:

[...] la participación, la interacción, la negociación y las conversaciones que se llevan a cabo de forma estable y en todos los ámbitos que determina la presente norma, con el objetivo de alcanzar consensos entre las Administraciones y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en materia de acción social y económica de interés general (art. 2.2)⁵⁰.

En Navarra se define el diálogo social como:

[...] el ejercicio de tareas y actividades de promoción y defensa, en el seno de la Administración autonómica, sus organismos públicos y entidades públicas, de los intereses generales, comunes, sectoriales e intersectoriales que corresponden a todos los trabajadores y trabajadoras y a los empresarios y empresarias.

(2011), aunque en esta última se habilita a su Gobierno para crear la Mesa Social Tripartita de las Islas Baleares como órgano de participación institucional en materia de relaciones laborales (disp. adic. primera).

⁵⁰ Se refiere especialmente en ámbitos como la mejora del empleo y su calidad y dignidad; la dinamización empresarial e industrial; el crecimiento económico sostenible e inclusivo; y la preservación del estado del bienestar.

En lugar de «interés general», la norma de Aragón se refiere al diálogo social como «todo tipo de negociación, consulta o intercambio de información entre los representantes del Gobierno de Aragón y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Aragón sobre temas de interés común relativos a la política económica y social» (art. 2.1).

En segundo lugar, la construcción de la participación de los agentes sociales se fundamenta en la inclusión de la competencia negociadora. A modo de ejemplo, en el caso de la Mesa del Diálogo Social de Aragón, esta se define como el «máximo órgano de encuentro, negociación y participación institucional permanente» (art. 4), mientras que el contenido de la participación institucional también incluye las «mesas o foros específicos de negociación o concertación socioeconómica» (art. 13)⁵¹. En otros casos, como la norma de las Islas Baleares, donde no se incluye regulación del diálogo social, sí se prevé como contenido de la participación institucional la presencia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas «en la totalidad de los órganos y las instituciones de participación de diálogo social general y permanente o en cualesquiera mesas o foros específicos de negociación o concertación socioeconómica» (art. 4). Además de incluir la negociación en la propia definición de diálogo social, en Cataluña se incluye la buena fe negociadora dentro de los derechos y deberes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas como principio en sus tareas de representación (art. 8.1). Por su parte, tanto en Extremadura como en La Rioja se prevé la creación, en el primer caso, de «comisiones sectoriales, permanentes o temporales, con la finalidad de impulsar y negociar materias concretas» (art. 9 Decreto 11/2021, que desarrolla la Ley 3/2003) y, en el segundo caso, de comisiones especializadas y de comisiones negociadoras, con «la finalidad de impulsar y de negociar materias concretas» (art. 10). Destaca el supuesto de la norma de Madrid, que no incluye ninguna referencia a la negociación, aunque incluye como funciones del Consejo para el Diálogo Social de la Comunidad de Madrid el «diálogo, participación y concertación social», así como tampoco menciona la capacidad negociadora en la norma que regula en la participación institucional en niveles inferiores.

Además de estos ejes, y como aquí se ha centrado la investigación en la política de empleo, es necesario recabar cómo esta materia aparece en el ámbito material de la participación institucional y de los consejos de diálogo social. Tomando en consideración únicamente la definición de diálogo social o las funciones de los órganos de diálogo social creados, es común que figure una referencia a la materia socioeconómica o al empleo.

⁵¹ También en Navarra destaca como manifestación del diálogo social «la negociación y concertación en las materias económicas, sociales, laborales y en todas aquellas de interés general que afecten a la calidad de vida de la sociedad» (art. 1.2), mientras que en el País Vasco se define la mesa de diálogo social como:

[...] el órgano a través del cual se canaliza la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en los procesos de diseño y, en su caso, de negociación y concertación de las políticas públicas que incidan en el ámbito sociolaboral o afecten a las relaciones laborales y a la negociación colectiva (art. 2.1).

Concretamente, en la norma en Cataluña se incluyen como ámbitos donde desplegar el diálogo social «la mejora del empleo y su calidad y dignidad; la dinamización empresarial e industrial; el crecimiento económico sostenible e inclusivo; y la preservación del estado del bienestar» (art. 2.2)⁵². Y, finalmente, la Mesa del País Vasco articula el proceso de diálogo social, previendo dar traslado de lo acordado en aquella a otros foros donde también están representadas las organizaciones sindicales y empresariales, como, por ejemplo, al Consejo de Administración del Servicio Público de Empleo Vasco en los ámbitos de las políticas activas de empleo (art. 3). Si abrimos el análisis a las referencias en la regulación de la participación institucional, esta aparece específicamente a la política de empleo. Así, esta referencia aparece cuando se define el ámbito de aplicación de la participación institucional en relación con los órganos que tengan competencia en el empleo o la formación profesional, como, por ejemplo, en Illes Balears (art. 2), en Canarias (art. 4), en Cantabria (art. 2), en Galicia (art. 3) o en la Comunidad Valenciana (art. 3). En el caso de Aragón, se incluye como contenido de la participación institucional «la participación en la elaboración de instrumentos de planificación de la actuación política en materia de empleo y formación profesional» (art. 9), así como en Galicia en relación con la elaboración de Planes generales de actuación sobre empleo y formación profesional (art. 4.2), mientras que en el caso de Extremadura se refiere a instrumentos de planificación de actuación política como los Planes generales de actuación sobre el empleo.

4. Conclusiones

Las experiencias exitosas de diálogo social a nivel autonómico en materia de políticas de empleo durante los últimos 10 años, coincidiendo con el periodo de la Gran Recesión, demuestran la posibilidad de hallar puntos de encuentro y la participación efectiva de los agentes sociales en la esfera política, inclusive, cuando el contexto se presentaba ciertamente hostil. La pregunta que se hacía al comienzo de este trabajo planteaba cuáles podrían ser los factores que hubieran favorecido la consecución de pactos tripartitos durante aquel periodo, por lo que se han analizado los factores que en otros trabajos fueron señalados como propicios para el surgimiento del diálogo social autonómico y su evolución, hallando que: por un lado, a pesar de la mayor coordinación a nivel europeo de la política de empleo a través del Semestre europeo, el escenario de la UE continúa siendo favorable, especialmente por la gestión de los fondos estructurales que afectan a las políticas de empleo; por otro lado, la posible recentralización de las políticas de empleo no ha agotado el margen de las CC. AA. para diseñar sus propias políticas. Es más, ambos factores no se oponen a la existencia de diálogo social a nivel estatal en materia de política de empleo.

⁵² En términos muy similares, la norma de Aragón, cuando se refiere al diálogo social y el campo sobre el cual este se extiende, menciona que especialmente se pretende garantizar «las actuaciones sectoriales e intersectoriales en la mejora del empleo de su calidad y dignidad, y la dinamización empresarial e industrial» (art. 1.2).

Partiendo de la premisa de que la voluntad de compartir el poder político por parte de los Gobiernos es un factor no solo favorable, sino también necesario, se ha analizado el contexto donde se produce el diálogo social en el marco del SNE. Concretamente, se ha planteado que dicho diálogo social se produce a través de dos cauces: por un lado, el diálogo social tripartito en el nivel más alto o concertación social y, por otro lado, la participación institucional en el seno de las Administraciones públicas que forman parte del SNE. Debido a la descentralización territorial, ambos cauces se pueden encontrar a nivel estatal y a nivel autonómico. Como se ha podido demostrar, la participación de los agentes sociales a nivel estatal en las políticas activas de empleo se desarrolla en un escenario, al menos, no idóneo por cuanto que la participación institucional en el SEPE, así como en el Consejo General del SNE, carece de funciones específicas sobre aquellas, y, aunque también se prevé una participación no institucional en la elaboración de la EEAE, lo cierto es que esta es asumida por el legislador sin dotar de un marco concreto ni garantías para su efectividad.

En cambio, la participación de los agentes sociales en el marco autonómico se produce en un entorno *a priori* favorable. En primer lugar, porque los órganos de los servicios públicos de empleo autonómicos donde ejercen los agentes sociales la participación institucional tienen como funciones aquellas relacionadas con el diseño y la programación de políticas activas de empleo. En segundo lugar, porque la creación de órganos específicos para la concertación social y de un régimen común para la participación institucional vertebran y garantizan el compromiso de compartir el poder político. El hecho de dotar de un marco jurídico a ambas dimensiones del diálogo social ha podido favorecer la producción de acuerdos tripartitos en dos sentidos: por una parte, dotando de estabilidad institucional al diálogo social al máximo nivel y, por otra, se ha transversalizado la capacidad negociadora como manifestación también de la participación institucional en el resto de niveles.

Si bien no es posible detectar de forma generalizada referencias a los nuevos órganos que institucionalizan el diálogo social en los acuerdos tripartitos analizados –una excepción clara son los acuerdos en Castilla y León–, por lo que pueda deducirse que los acuerdos son consecuencia directa de aquellos, lo cierto es que la ausencia de un marco similar a nivel estatal y el abandono del diálogo social tripartito en este último nivel durante la Gran Recesión sugieren la conveniencia de regular el diálogo social tripartito en el nivel más alto entre los agentes sociales y el Gobierno central. Por otro lado, no escapa a este análisis que la mera existencia de un marco institucional no garantiza el éxito del diálogo social y, por lo tanto, la consecución de acuerdos tripartitos. Sin embargo, los acuerdos analizados sí reflejan la confianza en el diálogo social por su trayectoria histórica en los diferentes territorios y la eficacia de este. En definitiva, las nuevas normas no son el fin, sino el medio que reconoce jurídicamente las experiencias tripartitas consolidadas en el ámbito político autonómico.

Referencias bibliográficas

- Aragón, J., Blanco, M., De la Fuente, L., Licerias, L., Puig-Samper, F., Rocha, F. y Santana, A. I. (2008). *La concertación social territorial en España. Una aproximación a los acuerdos autonómicos*. Fundación Primero de Mayo.
- Bache, I. (2010). Partnership as an EU policy instrument: A political history. *West European Politics*, 33(1), 58-74. <https://doi.org/10.1080/01402380903354080>
- Baylos Grau, A. (2021). Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, número extra 149*, 15-36.
- Calvo Gallego, F. J. (2009). Leyes de participación institucional y consejos de relaciones laborales en el actual mapa autonómico. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 100(2), 575-611.
- Canalda Criado, S. (2021). La Estrategia de transición justa: una pieza clave para la aplicación del fondo de recuperación de la UE. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 74.
- Canalda Criado, S. (2022). La participación de los agentes sociales en la gestión de la crisis de la COVID-19: el diálogo social tripartito en España, Italia y Portugal. *Revista Internacional del Trabajo*, 141(1), 169-188. <https://doi.org/10.1111/irs.12192>
- Carmona Contreras, A. M. y Kölling, M. (2013). La participación de las CC. AA. en la negociación de la política de cohesión. ¿Ambitions beyond capacity? *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 161, 239-278.
- Casey, B. H. (2005). Building social partnership? Strengths and shortcomings of the European Employment Strategy. *Transfer. European Review of Labour and Research*, 11(1), 45-63. <https://doi.org/10.1177/102425890501100>
- Catalinas, M. A. (2014). El espacio catalán de relaciones laborales: breve reflexión sobre el modelo de participación institucional. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, 11, 6-22. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i11.10175>
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2002). *El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio*. COM(2002) 341 final. Bruselas, 26 de junio de 2002. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0341:FIN:ES:PDF>
- Comisión Europea. (2010). *Reforzar la coordinación de las políticas económicas*. COM(2010) 250 final. Bruselas, 12 de mayo de 2010. [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0250_/com_com\(2010\)0250_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0250_/com_com(2010)0250_es.pdf)
- Comisión Europea. (2013). *Reforzar la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria*. COM(2013) 690 final. Bruselas, 2 de octubre de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0690:FIN:ES:PDF>
- Consejo Económico y Social. (2018). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2017*. <https://www.ces.es/memorias>
- Cruz Villalón, J. (2006). Caracterización general de la concertación social en España. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 7, 21-38.
- Cueto Iglesias, B. (2017). Desempleo, políticas activas de empleo y servicios públicos de empleo. Retos y propuestas. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 28, 283-298.
- Cueto Iglesias, B. y Suárez Cano, P. (2015). El papel de las políticas activas: una perspectiva desde las comunidades autónomas. *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, 87, 282-309.

- Escribano Gutiérrez, J. (2021). Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales. En C. Chacartegui Jávega (Coord.^a), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa* (pp. 119-148). Tirant lo Blanch.
- Eurofound. (2016). *Role of the social partners in the European Semester*. Publications Office of the European Union.
- Fernández Avilés, J. A. (2016). Las políticas autonómicas. En J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Bernat y B. M. Lóez Insua (Dir.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (pp. 245-268). Thomson Reuters.
- Fernández Rodríguez, C. J. y Martín Martín, M. P. (2014). Los discursos sobre la modernización de los servicios públicos de empleo: ¿hacia una nueva forma de gobernanza? *Política y Sociedad*, 51(1), 177-200. https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2014.v51.n1.42054
- Freyssinet, J. (2010). *Tripartite responses to the economic crisis in the principal Western European countries*. International Labour Office.
- Gallego, J. R. y Pitxer, J. V. (2012). La economía política de la concertación social territorial en España y la inclusión/exclusión de la economía social en un contexto de crisis. Análisis especial de los pactos territoriales en el País Valenciano. *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 76, 127-158.
- García Piñeiro, N. (2018). El nuevo modelo de políticas activas de empleo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, número extra 135*, 295-337.
- Gorges, M. J. (2001). The new institutionalism and the study of the European Union: The case of the social dialogue. *West European Politics*, 24(4), 152-168. <https://doi.org/10.1080/01402380108425469>
- Hernández Moreno, J. J. y Ramos Gallarín, J. A. (2017). La centralización de la gobernanza territorial en las políticas activas del mercado de trabajo en España durante la Gran Recesión (2011-2016). *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 18, 5-22. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i18.10433>
- Lois González, R. C., Miramontes Carballada, A., Piñeiro Antelo, A. y Rodríguez González, R. (2005). Los pactos territoriales a favor del empleo en España. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 39, 335-360.
- López López, J. y Aparicio Tovar, J. (1990). La concertación sobre empleo: el caso de la Comunidad de Madrid. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 17, 38-55.
- López López, J. y Canalda Criado, S. (2021). By-products of austerity: Regionalisation of collective bargaining in Spain. En A. Farahat y X. Arzoz (Eds.), *Contesting austerity: A socio-legal inquiry* (pp. 233-252). Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781509942848.ch-013>
- Mailand, M. (2008). The uneven impact of the European Employment Strategy on member States' employment policies: A comparative analysis. *Journal of European Social Policy*, 18(4), 353-365. <https://doi.org/10.1177/09589287080948>
- Monereo Pérez, J. L. (Dir.). (2015). *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. Consejo Económico y Social de España.
- Moreno Vida, M. N. (2009). Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 100(2), 551-574.

- Moreno Vida, M. N. (2013). Los acuerdos de concertación social, con especial atención al acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 120, 85-122.
- Nahles, A. (2021). *Report on strengthening EU social dialogue*. Publications Office of the European Union.
- OIT. (2018). *Diálogo social y tripartismo*. Oficina Internacional del Trabajo.
- Pablos Ramírez, J. C. de y Martínez, A. (2008). La Estrategia europea de empleo: historia, consolidación y claves de interpretación. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 77, 105-133.
- Pérez Amorós, F. (2014). Concertación social para el empleo en España (2008-2014). *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2, 95-108.
- Pérez Infante, J. I. (2009). La concertación y el diálogo social en España: 1977-2007. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 81, 41-70.
- Pérez Ortiz, L., Fernández Rodríguez, C. J., Ibáñez Rojo, R., Ferrer Sais, A., Alonso Benito, L. E. y Ruesga Benito, S. M. (2018a). Aspectos conceptuales sobre el diálogo social. Algunos apuntes. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 617-632.
- Pérez Ortiz, L., Fernández Rodríguez, C. J., Ibáñez Rojo, R., Ferrer Sais, A., Alonso Benito, L. E. y Ruesga Benito, S. M. (2018b). Un análisis sobre el diálogo social en la perspectiva regional. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 14, 257-281.
- Porte, C. de la y Pochet, P. (2004). The European Employment Strategy: Existing research and remaining questions. *Journal of European Social Policy*, 14(1), 71-78. <https://doi.org/10.1177/09589287040398>
- Pozo Sen, A. del y Suárez Corujo, B. (2017). La Estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo. *Revista de Información Laboral*, 2, 65-98.
- Prosser, T. J. y Perin, E. (2015). European tripartism: Chimera or reality? The "new phase" of the European social dialogue in the light of tripartite theory and practice. *Business History*, 57(3), 376-397. <https://doi.org/10.1080/00076791.2014.983481>
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2016). Política económica y política de empleo. En J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto (Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura (pp. 63-73). Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Suárez Corujo, B. (2018). La tortuosa distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia sociolaboral. A propósito de los programas extraordinarios para desempleados de larga duración. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 397-409.
- Subirats, J. (1989). Iniciativas económicas y concertación local. *Papers. Revista de Sociología*, 32, 133-144.
- Valdeolivas García, Y. (2021). El diálogo social en la Unión Europea y la negociación colectiva a nivel europeo. *Documentación Laboral*, 122, 35-47.
- Villar Cañada, I. M. (2016). Participación institucional en la política de empleo. En J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto (Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura (pp. 107-116). Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Ysas Molinero, H. (2010). *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*. Bomarzo.

Anexo

Normas sobre consejos de diálogo social y participación institucional

- Ley 1/2018, de 8 de febrero, de diálogo social y participación institucional en Aragón (Boletín Oficial de Aragón núm. 37, de 21 de febrero de 2018).
- Ley 4/2009, de 1 de diciembre, de participación institucional de los agentes sociales en el ámbito de la comunidad autónoma (Boletín Oficial de Cantabria núm. 246, de 24 de diciembre de 2009).
- Decreto-Ley 9/2020, de 24 de marzo, por el que se regula la participación institucional, el diálogo social permanente y la concertación social de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Cataluña (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 8096, de 26 de marzo de 2020).
- Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de participación de Castilla-La Mancha (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 253, de 26 de diciembre de 2019).
- Ley 7/2015, de 2 de abril, de participación y colaboración institucional de las organizaciones sindicales y empresariales representativas en la Comunitat Valenciana (Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 7501, de 9 de abril de 2015).
- Ley 8/2008, de 16 de octubre, para la creación del Consejo del Diálogo Social y regulación de la participación institucional (Boletín Oficial de Castilla y León núm. 205, de 23 de octubre de 2008).
- Decreto 3/2019, de 15 de enero, de creación de la Mesa de Diálogo Social en la Comunidad Autónoma del País Vasco (Boletín Oficial del País Vasco núm. 13, de 18 de enero de 2019).
- Ley 3/2003, de 13 de marzo, sobre participación institucional de los agentes sociales más representativos (Diario Oficial de Extremadura núm. 35, de 22 de marzo de 2003).
- Decreto 1/2021, de 8 de enero, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de Concertación Social y Económica de Extremadura (Diario Oficial de Extremadura núm. 8, de 14 de enero de 2021).
- Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia (Diario Oficial de Galicia núm. 12, de 19 de enero de 2009).
- Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Canarias (Boletín Oficial de Canarias núm. 250, de 26 de diciembre de 2014).

- Ley 2/2011, de 22 de marzo, por la que se regula la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (Bulletí Oficial de les Illes Balears núm. 47, de 31 de marzo de 2011).
- Ley 1/2016, de 4 de abril, de impulso y consolidación del diálogo social en La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja núm. 39, de 8 de abril de 2016).
- Ley 7/1995, de 28 de marzo, de participación de los agentes sociales en las entidades públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 85, de 10 de abril de 1995).
- Decreto 21/2017, de 28 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Consejo para el Diálogo Social de la Comunidad de Madrid y se establece su composición, organización y funcionamiento (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 65, de 17 de marzo de 2017).
- Ley foral 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se crea el Consejo Navarro del Diálogo Social en Navarra (Boletín Oficial de Navarra núm. 230, de 24 de noviembre de 2014).
- Ley 5/2017, de 5 de julio, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de la Región de Murcia (Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 156, de 8 de julio de 2017).

Sergio Canalda Criado. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona con la calificación de excelente *cum laude* por unanimidad. Ha participado en varios proyectos de I+D a nivel nacional y europeo. Actualmente es profesor lector Serra Húnter en la Universitat de Barcelona. Ha impartido docencia en grado y posgrado en la UPF, así como en la Barcelona School of Management (BSM) y en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Ha obtenido la acreditación de profesor titular de universidad de la ANECA y la de profesor agregado de la AQU Catalunya. <https://orcid.org/0000-0002-7536-1711>

La relevancia del deber (profesional) de lealtad constitucional en la enseñanza como medio para la defensa de la Constitución y el orden democrático-liberal

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2022, Godenau vs. Germany, núm. 80450/17](#)

Sergio Martín Guardado

Investigador posdoctoral «Margarita Salas».

Área de Derecho Constitucional.

Universidad de Salamanca (España)

martinguardado@usal.es | <https://orcid.org/0000-0003-0116-5301>

Extracto

El presente comentario jurisprudencial aborda el caso Godenau vs. Alemania y reflexiona acerca del deber de lealtad a la Constitución de los docentes en el país germano. Una profesora es despedida y, posteriormente, incluida en una lista de docentes no aptos para su desempeño como maestros en las escuelas públicas regionales debido a su vinculación y militancia activa en formaciones políticas de extrema derecha, entendiéndose que se ha incumplido este deber profesional que parte de la Norma Fundamental de la República Federal de Alemania. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la medida del Land de Hesse, atendiendo a determinadas actuaciones de la señora Godenau.

Palabras clave: límites a la libertad de expresión; deber profesional de lealtad constitucional; libertad de enseñanza; defensa de la democracia; odio y polarización política; democracia liberal; enseñanza en valores democráticos.

Recibido: 27-12-2022 / Aceptado: 28-12-2022 / Publicado (en avance *online*): 23-01-2023

Cómo citar: Martín Guardado, S. (2023). La relevancia del deber (profesional) de lealtad constitucional en la enseñanza como medio para la defensa de la Constitución y el orden democrático-liberal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2022, Godenau vs. Germany, núm. 80450/17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 213-221. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11473>

The relevance of the (professional) duty of constitutional loyalty in teaching as a means for the defense of the Constitution and the liberal-democratic order

Commentary on the Ruling of the European Court of Human Rights of November 29, 2022, Godenau vs. Germany, Num. 80450/17

Sergio Martín Guardado

Investigador posdoctoral «Margarita Salas».

Área de Derecho Constitucional.

Universidad de Salamanca (España)

martinguardado@usal.es | <https://orcid.org/0000-0003-0116-5301>

Abstract

This jurisprudential comment addresses the case Godenau vs. Germany and reflects on the duty of loyalty to the Constitution of teachers in the German country. A teacher is fired and, later, included in a list of teachers unfit to work as teachers in regional public schools due to her involvement and active militancy in extreme right-wing political formations, understanding that this professional duty that starts from the Constitution of the Federal Republic of Germany has been breached. The European Court of Human Rights endorses the measure of the Land of Hesse, based on certain actions of Ms. Godenau.

Keywords: limits to freedom of expression; professional duty of constitutional loyalty; freedom of education; defense of democracy; hate and political polarisation; liberal democracy; teaching democratic values.

Received: 27-12-2022 / Accepted: 28-12-2022 / Published (online preview): 23-01-2023

Citation: Martín Guardado, S. (2023). The relevance of the (professional) duty of constitutional loyalty in teaching as a means for the defense of the Constitution and the liberal-democratic order. Commentary on the Ruling of the European Court of Human Rights of November 29, 2022, Godenau vs. Germany, Num. 80450/17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 213-221. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11473>

1. Marco normativo aplicable en la resolución del caso

Vamos a proceder al análisis de un caso que se desarrolla en Alemania y que tiene connotaciones constitucionales evidentes, más allá de lo que las cuestiones eminentemente profesionales pudieran implicar. Por ello haremos alusión, en primer término, a las normas constitucionales propias del país de referencia y que han incidido directa o indirectamente en su resolución:

- El artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que reconoce y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión y opinión, aunque establece su posible limitación por ley. Y, específicamente, en el ámbito de la libertad de enseñanza establece que esta «no exime de la lealtad a la Constitución».
- El artículo 12.1 de la Constitución de Alemania que, por su parte, establece el derecho a la libre elección de profesión u oficio.
- También habrá que tener muy presente el artículo 21.2 de dicha Norma Fundamental, en el sentido de que se contempla la inconstitucionalidad de aquellas formaciones políticas que, por sus fines o por la actividad de sus miembros y simpatizantes, desvirtúen o pretendan eliminar el régimen democrático-liberal o la pervivencia del Estado.
- Y, finalmente, el artículo 33 de la Constitución federal alemana, que establece el derecho fundamental de acceso a ostentar y ejercer cargos públicos, de acuerdo con los principios de idoneidad, capacidad y rendimiento profesional (art. 33.2). Las personas insertas en la función pública están sujetas a una relación de servicio y lealtad definida por el derecho público (art. 33.4 y 5).

En este último sentido, es indispensable hacer referencia a las normas que desarrollan y especifican un deber profesional de lealtad para con el Estado y los valores democráticos en los que este se sustenta, representados por la Constitución y, por ello, en su respeto y salvaguarda.

Este deber de lealtad constitucional se concreta, para el presente caso, en:

- La sección 3(1) del Convenio colectivo para el servicio público del Land de Hesse, vigente al tiempo en que se desarrollan los hechos objeto de litis, establece que

«cada aspecto de la conducta de un empleado [público] debe reflejar su compromiso con el concepto de un orden constitucional libre y democrático en el sentido de la Ley Fundamental».

La supervisión del cumplimiento del deber de lealtad para con la Constitución de las personas que desarrollan funciones públicas deberá realizarse de acuerdo con el siguiente régimen jurídico:

- La Ley de funcionarios públicos de Hesse, en vigor al momento de producirse los hechos, cuyas secciones 107d(1) y 107g(1) establecen, respectivamente: a) que cabe la existencia de un registro de personal sin consentimiento de la persona interesada para fines de administración o gestión del personal al servicio de la Administración y, en concreto, para preparar y aplicar decisiones sobre ella y b) que los datos de dicho registro se procesarán y serán utilizados en exclusiva para estos fines relacionados con la administración o la gestión de recursos humanos. No obstante, al proceder a la recogida y almacenamiento de datos, por vez primera, se le notificará, así como las sucesivas modificaciones que puedan operar respecto de estos [sección 107g(5)].
- La Ley de protección de datos de Hesse, que estaba vigente, establecía que la parte empresarial puede procesar datos de las personas trabajadoras para establecer, ejecutar o poner fin a la relación laboral, así como para la implementación de medidas internas de administración y gestión de personal o cuando así se contemple en una norma legal, convenio colectivo o contrato [sección 34(1)].

Las dudas acerca del posible incumplimiento del deber de lealtad del personal que desarrolla funciones públicas pueden sustentarse en la pertenencia y afiliación a determinadas organizaciones políticas y a su propia actividad como parte de estas. Por ello, hay que tener también en cuenta los preceptos invocados en el caso y concordantes con la Constitución federal alemana del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH), como son:

- El artículo 10 del [CEDH](#), que garantiza la libertad de expresión y de opinión y, a su vez, reconoce la exigencia de ciertos deberes y responsabilidades en su ejercicio. El CEDH ampara así la posibilidad de someter a ciertas limitaciones el ejercicio de este derecho fundamental cuando las mismas se entiendan como medidas necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moralidad pública y, en concreto, los derechos de otras personas, así como la defensa del orden o la prevención del delito, etc. (art. 10.2 [CEDH](#)).
- El artículo 11 del [CEDH](#), que reconoce la libertad de asociación y afiliación política, al tiempo que permite imponer restricciones a su ejercicio, en términos similares al artículo 10.2 del CEDH. Y, además, especifica que el reconocimiento del derecho no impide la imposición de restricciones legítimas a su ejercicio y,

especialmente, a las Fuerzas Armadas, Policía y demás personal al servicio de la Administración del Estado (art. 11.2 CEDH).

- Y, finalmente, el artículo 14 del CEDH, que prohíbe la discriminación en el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades del convenio y, en concreto, los dos anteriores, en los que ha de asegurarse la no discriminación fundada en las opiniones políticas u otras circunstancias personales o sociales.

2. Supuesto de hecho: ¿es legítima la inclusión de una profesora en una lista de personas consideradas no aptas para su nombramiento como docentes de escuelas públicas del Land de Hesse?

En el Land alemán de Hesse, una profesora de una escuela pública dependiente de las autoridades educativas de la Administración regional fue despedida allá por el año 2006 debido a dudas sobre su deber profesional de lealtad a la Constitución (art. 33 Ley Fundamental de la República Federal Alemana). Las dudas vendrían justificadas entonces por la pertenencia y afiliación de la demandante a partidos y organizaciones políticas de extrema derecha, vinculados incluso a movimientos neonazis, con base en sus propias actuaciones. Pero, sobre todo, por sus propios actos y, especialmente, sus declaraciones, en las que expresaba su ideología, presuntamente contraria a la Constitución. En concreto, la demandante perteneció al partido de Los Republicanos alemanes (*Die Republikaner*) desde 1993 a 2006. Un partido del que se despliegan múltiples indicios de no estar comprometido con los valores democráticos y la dignidad de las personas y, en concreto, con la protección de esta, en relación con no nacionales y solicitantes de asilo. La demandante ostentó además responsabilidades institucionales y orgánicas en dicha formación política.

Tras accionar la profesora contra el despido ante el tribunal laboral competente, las partes decidieron poner fin de forma amistosa al conflicto, acordando, por un lado, la extinción del contrato a la fecha originalmente convenida, prevista en el contrato, manteniendo sus retribuciones, pero quedando liberada de la prestación de trabajo. La Administración educativa del Land asumió el compromiso de suprimir cualquier referencia al despido en su expediente profesional. *A posteriori*, el Land de Hesse la incluirá en una lista (interna) que contiene a las personas consideradas como no aptas para desempeñar responsabilidades docentes. Dicha lista está dispuesta en favor de que las autoridades educativas responsables de las escuelas públicas de Hesse dispusieran de la información necesaria ante una posible solicitud de empleo en el ámbito docente. Lejos de huir del ordenamiento jurídico, la lista se ampara tanto en las previsiones constitucionales como en la normativa sobre función pública y protección de datos personales, anteriormente referidas. Lo cierto es que, aun conservando las autoridades subregionales la discreción para seleccionar o no a esta potencial candidata, esto dificultaría su contratación. Pero, a pesar de la solicitud de exclusión de la lista por parte de la demandante a los organismos competentes, estos la denegaron.

El Land solicitó además a la autoridad educativa subregional competente que, a través de la oficina central de gestión del personal docente, garantizara que esta persona dejase de ser una potencial candidata en cualquiera de las escuelas públicas de todo el Land. El acceso a la lista quedaba reducido a las personas empleadas en dicha oficina, así como a quince responsables subregionales de Hesse, únicamente, pues la información ni se trasladaba a otros Länder de la República Federal ni tampoco a las escuelas privadas del propio Land. Y, por supuesto, llegado el caso, se garantizaría un examen de idoneidad de la persona potencialmente candidata en cada proceso de selección, *ad personam*. La inclusión de la demandante en la lista fue fehacientemente notificada, tal y como exigían las normas aplicables sobre función pública y protección de datos personales. A pesar de ello, la demandante se opuso y solicitó la eliminación de sus datos. Cosa que no ocurrió, al negarse a ello las autoridades competentes. Llegado el caso a los tribunales alemanes, estos apreciaron que había una base legal sólida: la sección 34(1) de la Ley de protección de datos del Land en conexión con las secciones 107d y 107g de la Ley de funcionarios civiles de Hesse.

Se consideró probada la falta de compromiso de la demandante con el orden democrático-liberal sustentado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, contravieniendo así el artículo 3.1 del convenio colectivo aplicable. En suma, se entendió su ineptitud para desempeñar responsabilidades docentes en escuelas públicas de Hesse, al no poder asegurar el necesario respeto al orden constitucional, así como a los valores y principios básicos de la Constitución que han de estar implicados en la enseñanza, de acuerdo con lo que aquella dispone.

Pero, en concreto: ¿cuáles fueron los hechos que llevaron a los tribunales internos a avalar la decisión de las autoridades educativas, así como la legitimidad de la lista y la inclusión de la información relativa a la demandante? Entre otros:

- El compromiso político de una organización hostil con la Constitución (a pesar de que el Tribunal Constitucional alemán no la hubiera declarado inconstitucional con base en el art. 21.2 Norma Fundamental) de la que la demandante formó parte: *Dei Republikaners*.
- Su progresiva radicalización, al desvincularse, tiempo después de su despido, de la formación política por no compartir la preocupación expresada por la dirección de la misma sobre la cooperación con el NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*). En el escrito de renuncia criticaba duramente al Estado alemán, asegurando su total disposición para «restablecer un orden libre», donde, además, se «omite deliberadamente la palabra *democrático*».
- Sus actividades en nombre de la Alianza Cívica *Pro Schwalm-Eder* junto a miembros de su gabinete que tenían vinculaciones evidentes con organizaciones de la extrema derecha alemana: el NPD y diversos grupos de jóvenes neonazis. En dicha alianza se mantuvo hasta el término de 2008.

- Aparición en mítines políticos de organizaciones juveniles de extrema derecha y entrevistas en la revista *Voz Alemana* del ultranacionalista NPD. En un mitin refirió, concretamente, expresiones tales como: «60 años después de la guerra [nosotros] todavía nos inclinamos ante lo que los vencedores decretaron y aceptamos»; lo que para ella eran «verdades a medias y mentiras sobre [nuestra] propia gente».

Todas estas expresiones hacen evidente que «la inclusión del solicitante en la lista no resultaba desproporcionada con respecto al objetivo perseguido» (par. 20 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –STEDH– referida). De hecho, *a posteriori*, el Gobierno constató que la demandante continuó participando en organizaciones y actividades vinculadas a la extrema derecha a pesar de que ella no lo pusiera de manifiesto. Y destaca la participación en una conferencia en Barcelona: «La democracia manipulada», en la que se exhibieron banderas del NPD alemán y en la que uno de los asistentes «vestía una camiseta con la esvástica ligeramente modificada». La difusión del evento y los materiales promocionales utilizados presentaban a la demandante como parte de «una familia de militares y miembros fundadores del NPD». Además, en internet, el nombre de la demandante se vincula a numerosas publicaciones y discursos extremistas que incluso podrían tener relevancia penal. Como ejemplo, incluían estas declaraciones: «sería negligente terminar mi publicación sin referirme al "régimen brutal" que presuntamente asesinó a millones de judíos y fue responsable de millones de muertes más durante la Segunda Guerra Mundial»; tan graves, que rozan el negacionismo del Holocausto.

3. Dimensión valorativa: la relevancia del deber de lealtad en el ámbito de la docencia para con la Constitución y la democracia liberal

La demandante nunca se distanció de las formaciones políticas con que había estado vinculada en el pasado, simplemente tuvo la pretensión de ser menos activa políticamente, lo que tampoco fue así. O, al menos, no de forma plena. Y, así, quedó sobradamente probada su falta de lealtad constitucional, tanto para los tribunales internos como para el TEDH.

Los tribunales internos no apreciaron una injerencia ilegítima en la libertad de elección de profesión u oficio garantizada constitucionalmente. Pues, con la vista puesta en la protección del orden constitucional y en virtud de lo que este mandata, se entendía como un riesgo cierto que un maestro o maestra abusara potencialmente de su función educativa para atentar contra el orden democrático-liberal sustentado en la Constitución. Esto es, su inclusión y mantenimiento en la lista suponía una medida proporcionada de acuerdo con el interés público que estaba en juego.

Claramente, la lealtad para con el régimen político-constitucional es un deber específico entre las personas empleadas en la escuela pública en Alemania. Dicho deber de lealtad

no es solo un mandato constitucional, sino, además, una necesidad para preservar la democracia liberal, con el fin de educar a niños y niñas en los valores basilares de la Constitución, con lo que no podrán cumplir, evidentemente, maestros y maestras que no asuman en positivo los mismos; ya que no puede obviarse que el estudiantado queda prioritariamente bajo su principal influencia.

Es cierto que este deber de lealtad constitucional puede chocar con la libertad de expresión y de opinión garantizada por el artículo 10 del CEDH. Pero, a pesar de haber sido incluida en la lista por razón de las opiniones expresadas, estas pueden entenderse como contrarias a la Constitución. Y el propio CEDH en su artículo 10.2 contempla la posibilidad de limitarlas con la vista puesta en la protección del orden constitucional y, especialmente, los derechos de las personas como fundamento primero y último de cualquier régimen democrático-liberal.

Como se expresa en el propio fallo, el deber de lealtad constitucional es expresión de «una democracia capaz de defenderse a sí misma», en la que profesionales docentes, en tanto «símbolo de autoridad» para el alumnado, deben guardar respeto a la Constitución, también «en cierta medida en sus actividades fuera de la escuela». El alto grado de lealtad debido por los docentes se justifica así por la «enorme importancia, desde una perspectiva de política pública, de enseñar y educar a los niños, de manera creíble, sobre la libertad, la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho».

No se trata tanto de la pertenencia a determinadas organizaciones políticas ni su existencia, sino la actividad contraria a la Constitución llevada a cabo por parte de la maestra y de las formaciones. En tanto que a través de la imposición del deber de lealtad constitucional no se pretende la implantación de una hipotética democracia militante ni el pensamiento único, sino que, con amparo en la Norma Fundamental, se pretende que determinadas personas no intenten imponer el suyo. Lo que, sin duda, se sustenta en la protección de las minorías y tiene una evidente carga de preservación del principio de igualdad y no discriminación, así como de la propia dignidad humana.

En este sentido, en la STEDH de 26 de septiembre de 1995 (*Vogt vs. Alemania*), que analiza, en un supuesto parecido, el caso de una maestra afiliada al Partido Comunista Alemán, el TEDH reconoce la vulneración del artículo 10 del CEDH. Sin embargo, la señora Vogt no hizo nunca ni declaraciones anticonstitucionales ni adoptó posiciones contrarias a la Norma Fundamental o, al menos, esto no fue probado. Tampoco asumió una opción adoctrinadora ni se mostró hostil para con la Constitución y, por ello, también se entendió una vulneración del artículo 11 del CEDH.

La mera afiliación o militancia activa en un partido no permite hacer dudar sobre el cumplimiento del deber de lealtad constitucional en la enseñanza, pero sí actuaciones relevantes y de pleno contrarias a los valores que defiende la Norma Fundamental (STEDH de 24 de noviembre de 2005, *Otto vs. Germany*). Entre ellas, el ataque frontal a las minorías y el negacionismo de las atrocidades del régimen nazi, como en el presente caso.

4. Trascendencia del fallo: ¿es extrapolable el deber de lealtad constitucional en la escuela pública al caso español?

En tiempos relativamente recientes, en España se ha dado todo un debate acerca de la necesidad de cumplir con el [artículo 27.2 de la Constitución española](#) (CE), que exige una educación en valores y principios democráticos que propicien la convivencia en el respeto a los derechos y libertades de los demás. Algunas formaciones políticas se han opuesto, en determinados casos, cuando se trata de abordar determinadas cuestiones acerca de algunas minorías como el colectivo LGTBI+ o cuando se trata de propiciar la inclusión de las personas inmigrantes, desde las aulas. Asumiendo que «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3 CE) puede suponer un límite a esta educación en valores democráticos, en favor de los derechos humanos y en el respeto a determinados grupos históricamente discriminados.

Ello sería una forma de asumir que los valores privados deben superponerse a los valores que impregnan la Constitución y la vida en democracia: la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo político como, por supuesto, la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 CE).

Otro hecho relevante es el asunto de la exclusión del castellano de la escuela pública catalana, sobre la que ya ha alertado en el pasado mes de octubre la Comisión Europea. ¿Cómo puede ser que en el país de la pluralidad lingüística se permita la imposición obligada de asumir un único modelo lingüístico en la educación? O, también, ¿cómo puede ser que una lengua que nos une con países más allá de nuestras fronteras pretenda ser utilizada como un elemento de división dentro de nuestro propio territorio?

Estas cuestiones, sin una cierta e inidentificable respuesta, y que preocupan ya en demasía en un creciente clima político y social de crispación y polarización política, pueden encontrar su solución en la preservación del [artículo 27.2 de la CE](#) a través de una hipotética articulación de un deber de lealtad constitucional en la escuela pública.

Pero no lo olvidemos: el deber de lealtad a la Constitución y a los derechos y libertades de los demás no debe utilizarse con el fin de eliminar las críticas a quien en cada momento ejerza responsabilidades de gobierno.

No, esto también sería un ataque a la Constitución y al pluralismo. Esa tentación, les confieso, me preocupa en demasía, dada nuestra imposibilidad para alcanzar un pacto de Estado en materia educativa, como lo demuestran nuestros ya 44 años de democracia. Las asignaturas dispuestas en favor de la enseñanza de los valores constitucionales mutan casi con cada cambio de gobierno y, probablemente, tampoco sepamos implementar de la forma adecuada este deber de lealtad constitucional en la escuela pública. Por el momento, está claro que estas reformas tan trascendentales son desaconsejables en estos tiempos de incertidumbre y creciente polarización política, donde se puede tender con ello más a victimizar a los populismos extremistas que a introducir realmente la Constitución y sus valores en las aulas.

La consideración de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como víctimas de violencia de género a los efectos de la percepción de la renta activa de inserción

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5654/2022, de 15 de diciembre**

Fernando Fita Ortega

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia (España)*

fernando.fita@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-5462-6859>

Extracto

La evolución del concepto de víctima de violencia de género es un hecho. Además, el cuerpo normativo dirigido a proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad se está desarrollando de forma gradual, a medida que la sociedad va siendo consciente cada vez más de los diversos escenarios de vulnerabilidad y los parlamentos y gobiernos van reaccionando a los mismos. Estos factores son considerados en la sentencia comentada para, adoptando una perspectiva de género, dar una solución que favorece la protección de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual.

Palabras clave: víctimas de trata; víctimas de violencia de género; renta activa de inserción; perspectiva de género; criterios de interpretación de las leyes; acreditación condición de víctima de trata; ingreso mínimo vital.

Recibido: 13-01-2023 / Aceptado: 13-01-2023 / Publicado (en avance *online*): 20-01-2023

Cómo citar: Fita Ortega, F. (2023). La consideración de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como víctimas de violencia de género a los efectos de la percepción de la renta activa de inserción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5654/2022, de 15 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 222-230. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11575>

The consideration of women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation as victims of gender violence for the purpose of receiving the active insertion income

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 5654/2022, of 15 December

Fernando Fita Ortega

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia (España)*

fernando.fita@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-5462-6859>

Abstract

The evolution of the concept of victim of gender violence is a fact. Also, the body of regulations aimed at protecting vulnerable women is gradually developing, as society becomes increasingly aware of the different scenarios of vulnerability and parliaments and governments are reacting to them. These factors are considered in the judgment analyzed in order to, adopting a gender perspective, provide a solution that favor the protection of women victims of trafficking for sexual exploitation.

Keywords: victims of trafficking; gender violence victims; active insertion income; gender perspective; methods of interpretation of law; certification of victim of trafficking; minimum vital income.

Received: 13-01-2023 / Accepted: 13-01-2023 / Published (online preview): 20-01-2023

Citation: Fita Ortega, F. (2023). The consideration of women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation as victims of gender violence for the purpose of receiving the active insertion income. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 5654/2022, of 15 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 222-230. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11575>

1. Marco normativo considerado en el litigio sometido a la decisión judicial comentada

La sentencia versa sobre la consideración de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como colectivo incluíble dentro del concepto de víctima de violencia de género al que hace referencia el [artículo 2.2 c\) del Real Decreto \(RD\) 1369/2006, de 24 de noviembre](#), por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. En este precepto se establece que podrán ser personas beneficiarias del programa las personas trabajadoras desempleadas menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación, tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctimas de violencia de género o doméstica, salvo cuando convivan con el agresor, siempre que se encuentren inscritas como demandantes de empleo; y carezcan de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Cabe señalar con carácter previo que la sentencia no aborda, por no ser objeto de la controversia sometida a su valoración, la contradicción existente entre los [apartados 1 c\) y 2 c\) del artículo 2 del RD 1369/2006](#), respecto al requisito de haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el [título III de la Ley general de la Seguridad Social](#) –salvo cuando la extinción se hubiera producido por imposición de sanción– y carezca del derecho a la protección por dicha contingencia. Dicha contradicción surge con la modificación introducida por el [artículo 21 del Real Decreto-Ley \(RDL\) 20/2012, de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que en el artículo 2.1 c) excluye de semejante requisito a las víctimas de violencia de género, mientras que el artículo relativo a dicho colectivo (art. 2.2 c) solamente excluye los requisitos relativos a la edad (art. 2.1 a) y ser demandante de empleo (art. 2.1 b), manteniendo, pues, el relativo a la prestación por desempleo.

Para resolver sobre la cuestión de fondo, la sentencia analiza los artículos 1 y 23 de la Ley orgánica (LO) 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que se refieren, respectivamente, a la definición de víctima de violencia de género y a su acreditación, y lo hacen –lo que resulta especialmente destacable– teniendo en cuenta el [artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, esto es, integrando la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades en la aplicación e interpretación del [artículo 2.2 c\) del RD 1369/2006](#).

Junto a tales normas, la sentencia considera otras disposiciones de ámbito autonómico, nacional, comunitario e internacional, empleando una prolija normativa al abordar la cuestión. Así, se alude a la [Ley gallega 11/2007, de 27 de julio](#), para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género; a la [LO 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; a la [LO 5/2010, de 22 de junio](#), por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que introdujo, dentro del libro II del Código Penal, un nuevo título VII bis, «De la trata de seres humanos», integrado por el [artículo 177 bis](#); a la [Ley 19/2021, de 20 de diciembre](#), por la que se establece el ingreso mínimo vital; y, finalmente, por lo que se refiere a la normativa interna, a la reciente [LO 10/2022, de 6 de septiembre](#), de garantía integral de la libertad sexual. Como normativa comunitaria, la sentencia trae a colación la [Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011](#), relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Por último, desde el ámbito internacional, la sentencia recoge previsiones contenidas en el [Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños](#) (Palermo, 2000), así como en el [Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos](#) (Varsovia, 2005), y alude al [Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica](#) (Estambul, 2011).

2. Supuesto de hecho

La sentencia de suplicación, que confirma la sentencia de instancia, se refiere a un supuesto de denegación, por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), de la renta activa de inserción (RAI) a una mujer víctima de trata con fines de explotación sexual, por no demostrar la solicitante ser víctima de violencia de género. La solicitante se encontraba incurso, como víctima, en un procedimiento judicial ante los juzgados de instrucción de Vigo seguido por un delito de trata de seres humanos, constando informe de la Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales (UCRIF) de la Comisaría de Policía Nacional Vigo-Redondela en el que se la identifica como víctima de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

La sentencia de instancia reconoció a la demandante el derecho a la incorporación al Programa de Renta Activa de Inserción, al estimar su solicitud de equiparación a víctima de violencia de género a los efectos de acceder a la RAI. Frente a esta decisión se formalizó recurso de suplicación por el letrado del SPEE argumentando la infracción, por incorrecta interpretación, del [artículo 2.2 c\) del RD 1369/2006](#), por cuanto que las víctimas de trata no son víctimas de violencia de género a los efectos de acceso a la RAI, pues, sostiene el SPEE, que las víctimas de violencia de género a las que se refiere el [artículo 2.2 c\) del RD 1369/2006](#) son solamente aquellas definidas como tales en el [artículo 1 de la LO 1/2004](#), esto es, las víctimas de la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce

sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, así como las víctimas de la violencia que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas anteriormente referidas.

Refuerza su argumentación indicando que, para acreditar la condición de víctima de violencia de género, se debe estar a lo establecido en el [artículo 23 de la LO 1/2004](#), y sus desarrollos normativos, que no contemplan más que las víctimas incluidas en el modelo común para la acreditación administrativa de víctimas de violencia de género aprobado en la Conferencia Sectorial de Igualdad de 3 de abril de 2019, que se refiere a las contempladas en el [artículo 1 de la LO 1/2004](#); señalando, por otra parte, que las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual ostentan la protección administrativa que les reconoce el [artículo 59 bis de la LO 4/2000](#), que no incluye el derecho a acceder a la RAI.

Finalmente, el SPEE sostiene que el concepto más amplio de víctima de género recogido en convenios internacionales no conlleva la equiparación de protección de todas las víctimas de violencia de género, ni en general ni en particular a efectos de acceso a la RAI.

3. Puntos básicos del criterio judicial

Interesa subrayar, en primer término, que la sentencia afirma que no procede a extender a todas las víctimas de violencia de género, sin mediación legislativa, el concepto que de esta categoría de personas se utiliza en el [RD 1369/2006](#), invocando para ello el concepto que de violencia de género se emplea en normas e instrumentos supranacionales, lo cual, reconoce, excedería de su función jurisdiccional. Según indica en el último párrafo del punto segundo del fundamento séptimo, la sentencia se limita a interpretar y aplicar aquella norma.

En esa labor hermenéutica, la sentencia acude a los criterios interpretativos previstos en los artículos 3 y 4 del Código Civil (CC), realizando una interpretación finalista, teniendo en cuenta el contexto de la norma y la realidad social del tiempo de su aplicación, invocando, asimismo, una interpretación analógica y tomando en consideración la perspectiva de género en la aplicación de las normas.

Aplicando tales cánones interpretativos, la sentencia comienza su motivación argumental señalando que el [RD 1369/2006](#) atiende exclusivamente al concepto de violencia de género vigente en el momento de su aprobación (el manejado en el texto original de la LO 1/2004), llevada a cabo en un momento en el que todavía no se había introducido el delito de trata de seres humanos (lo que se hizo, tal y como se señala en la sentencia, en 2010). Por ello, sostiene la necesidad de realizar una interpretación ajustada a la realidad en la que la norma debe aplicarse, que tome en consideración la evolución que tanto el concepto de violencia de género como la regulación de la trata de seres humanos han experimentado en la norma

internacional e interna, en la que una prestación social con semejanzas a la RAI, como es el ingreso mínimo vital (IMV), equipara la protección de víctimas de violencia de género y de trata de personas. En este último sentido, con afán meramente ilustrativo, la sentencia alude a la [Ley gallega 11/2007](#), que, desde 2016, incluye expresamente, como una forma de violencia de género, la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual.

El segundo hilo argumental seguido en la sentencia se refiere a la necesaria interpretación de la norma desde una perspectiva de género a la luz de lo dispuesto en el [artículo 4 de la LO 3/2007](#). Cabe recordar que este precepto, intitulado «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Desde esta aproximación, la sentencia analiza si cabría equiparar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual a aquella en la que se encuentran las víctimas de violencia de género a manos de la pareja o expareja, y que dio lugar a que fuesen incluidas estas últimas en el [RD 1369/2006](#) con objeto de proporcionarles una especial protección.

En este orden de consideraciones, la decisión objeto de comentario se detiene en el análisis del [artículo 59 bis de la LO 4/2000](#). Esta disposición reconoce una cierta protección a la víctima de trata de seres humanos en situación irregular, y su familia, durante el periodo de restablecimiento y reflexión al que se refiere el apartado segundo de esta disposición (lo que no ocurre en el caso del IMV, pues la [Ley 19/2021](#), por la que este se establece, exige, en su [artículo 10](#), la residencia legal y efectiva en España), pero deja fuera de la misma a quienes no revistan la condición de ciudadana extranjera en situación irregular, ya sea por haber regularizado la misma, o por no tratarse de una persona en situación irregular. En tales casos, la vulnerabilidad derivada de la dificultad para acceder al mercado de trabajo así como la inmediatez de sus necesidades y, en su caso, las de sus hijos/as, y la situación de desamparo económico derivada de la separación de sus redes familiares y de apoyo, permiten equiparar su realidad a la de las víctimas de violencia de género que presentan dificultades de acceso al mercado de trabajo, cualquiera que sea su edad, y a la necesaria inmediatez en la protección, especialmente perceptible si el sustento económico de la unidad familiar es el maltratador, y más aún cuando acaece un desarraigo de la víctima derivado del abandono del domicilio familiar. En consecuencia, en virtud de la analogía por identidad de razón (situación de vulnerabilidad) que presentan ambos colectivos, y que motivó la inclusión de la regulación específica contenida en el [RD 1369/2006](#) a las víctimas de violencia de género a manos de la pareja o expareja, la sentencia concluye la equiparación a las víctimas de violencia de género de las víctimas de trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual a efectos de la RAI regulada en el [artículo 2.2 c\) del RD 1369/2006](#).

Por último, y por lo que se refiere a las dificultades de acreditación de la condición de mujer víctima de trata con finalidad de explotación sexual ante la inexistencia de regulación a los efectos del acceso a la RAI, en la sentencia se considera que se trata esta de una

«mera cuestión burocrática que no puede obstar la recta aplicación del derecho» cuando quien lo solicita está identificada como víctima de trata de seres humanos con fines de explotación sexual por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en un informe incorporado en un procedimiento judicial seguido por un delito de trata de seres humanos, como sucede en este caso.

4. Valoración de la sentencia

La sentencia objeto de esta entrada refleja, desde mi punto de vista, la convicción del tribunal de que en la labor jurisdiccional deben primar los principios y valores que inspiran al ordenamiento jurídico más allá de lo que disponga el tenor literal de la norma, como así exige el propio ordenamiento jurídico, pues, en efecto, lo hace sin atribuirse competencias que no le son propias, sino, como en ella se afirma, utilizando los cánones hermenéuticos recogidos en el CC.

Encomiable resulta, en este proceder, la meticulosidad con la que se abordan los criterios de interpretación recogidos en los artículos 3 y 4 del CC. En este sentido, resultan particularmente escrupulosos tanto el análisis de la evolución del concepto de violencia de género, cuya realidad en el ámbito del derecho no es tan lejana en el tiempo –dato objetivo más que subjetivo, pese a que quien escribe este texto es de principios de la segunda mitad del siglo pasado–, como la indagación acerca de cuál ha sido la razón que ha llevado a reconocer a la víctima de violencia de género como sujeto titular del derecho a una RAI, así como la razonable equiparación que puede realizarse con la mujer víctima de trata con objeto de explotación sexual.

Especial atención debe ponerse, por otra parte, a la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación de la norma. Incorporación que no resulta caprichosa, sino que, como justifica la sentencia, obedece al mandato legal contenido en el [artículo 4 de la LO 3/2007](#) y que, poco a poco, se va abriendo paso en las decisiones de los órganos judiciales (en el caso de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de su [Sentencia de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009](#)). En este sentido, una cierta similitud puede apreciarse entre la sentencia comentada y la dictada por el Tribunal Supremo en 2020 ([Sentencia 908/2020, de 14 de octubre](#)) respecto al derecho de la pensión de viudedad en caso de parejas de hecho reconocido en el [artículo 174.3 de la Ley general de la Seguridad Social de 1994](#), y que requería la convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento. Según esta sentencia:

La interpretación con perspectiva de género conduce a interpretar el artículo 174.3 LGSS de 1994 (actual artículo 221 LGSS de 2015) en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

Resultaría, por consiguiente, deseable que las Administraciones públicas comenzasen a tener presente igualmente este criterio en la adopción de sus decisiones, habida cuenta, además, de que el [artículo 15 de la LO 3/2007](#) realiza un especial llamamiento a que las Administraciones públicas incorporen el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres como criterio informador, con carácter transversal, en sus actuaciones.

Finalmente, interesa referirse al modo en que la sentencia resuelve el problema de la acreditación de la condición de víctima de trata con finalidad de explotación sexual. Argumenta la sentencia que, ante la inexistencia de normas legales o reglamentarias o de criterios administrativos para acreditar la situación de violencia de género a los efectos del acceso a la RAI, cabe entender acreditada la condición de víctima de trata, para los fines de explotación sexual, por el hecho de que la solicitante aparecía como víctima de trata en un procedimiento judicial, en el que constaba informe oficial de la policía en el que se la reconocía como tal.

No se tiene en cuenta, sin embargo, que pocos meses antes de dictarse sentencia –y por ello, sin duda, no aplicable al caso enjuiciado– se ordenó, por [Resolución de 7 de julio de 2022](#), la publicación del Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 27 de mayo de 2022 (BOE de 13 de julio) que se refiere, precisamente, a la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual. Este acuerdo tiene por objetivo favorecer una identificación proactiva de las víctimas de trata de seres humanos exclusivamente con fines de explotación sexual (apdo. primero). Ello supone que, junto a las identificaciones de víctimas de trata realizadas por policía o agentes fronterizos, se posibilite una identificación preventiva y no solamente reactiva o *post hoc*, normalmente vinculada a la necesidad de establecer la identidad de las víctimas para los procesos penales o migratorios. Conviene destacar que el procedimiento de acreditación contemplado en el apartado cuarto de este acuerdo no impide la acreditación de condición de víctima de trata con fines de explotación sexual por otros medios, sino que exonera, a quien obtenga la acreditación administrativa siguiendo las previsiones de esta norma, de tener que aportar ningún otro título para acreditar las situaciones de trata que le permita el ejercicio de los derechos y el acceso a recursos y servicios reconocidos por la normativa estatal vigente (apdo. tercero).

Esta norma desarrolla el [artículo 47 del RDL 6/2022, de 29 de marzo](#), por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de Respuesta a las Consecuencias Económicas y Sociales de la Guerra en Ucrania, cuya finalidad no es otra que proteger de las consecuencias económicas y sociales de la guerra a los trabajadores y sectores vulnerables, sin olvidar a otros colectivos especialmente vulnerables, entre los que se encuentra el integrado por víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual en el marco de la crisis humanitaria provocada por la guerra. Para la consecución de este objetivo, la norma –adoptada en un contexto propicio para el aumento de la trata de mujeres con objeto de explotación sexual, pero sin limitarse a las situaciones de trata favorecidas por el mismo– plantea la necesidad de delimitar la condición de víctima de trata de seres humanos o

explotación sexual disponiendo que la misma podrá acreditarse «a través de un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por entidades sociales especializadas debidamente reconocidas por las Administraciones públicas competentes en la materia».

Por último, conviene abordar dos posibles objeciones a la conclusión alcanzada por la sentencia. En primer término, por cuanto esta última norma citada, el [RDL 6/2022](#), no incorpora, en el [artículo 47.2](#), una referencia expresa a la RAI, cuando dispone que la referida acreditación «dará acceso a los derechos de información y derivación a recursos asistenciales establecidos en la normativa estatal y en el artículo 12 del Convenio de Varsovia, y, en caso de cumplir el resto de requisitos, al ingreso mínimo vital». Podría, en efecto, esgrimirse que el legislador no ha considerado necesario o conveniente incluir a las víctimas de trata con fines de explotación sexual entre quienes puedan beneficiarse de la RAI, pues pudiendo haber precisado expresamente su inclusión en esta norma, no lo hizo cuando tuvo oportunidad para ello.

En segundo lugar, por cuanto si bien el [artículo 59 bis de la LO 4/2000](#) excluye de su ámbito, dejando fuera de su protección, a quienes no revistan la condición de ciudadana extranjera en situación irregular, la [Ley 19/2021](#), por la que se establece el IMV, incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a las víctimas de trata con residencia legal y efectiva en España, dispensando del requisito de haberla ostentado de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud a las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual ([art. 10.1 a](#)).

En todo caso, desde mi punto de vista, los argumentos esgrimidos en la sentencia resultan lo suficientemente sólidos como para compartir su fallo, sin que una falta de intervención legislativa expresa, o el hecho de que pudieran existir otros mecanismos de protección de quienes se encuentran en situación de trata con fines de explotación sexual, justifiquen, por sí solos, la exclusión de la protección ofrecida por la RAI regulada en el [RD 1369/2006](#).

Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Supremo 508/2022, de 1 de junio**

Cristina Ramírez Bandera

Investigadora del Grupo PAIDI SEJ 347,
«Políticas de empleo, igualdad e inclusión social»,
Universidad de Málaga (España)

cristinaramirezbandera@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-5794-8789>

Extracto

Cada vez resulta más frecuente que las empresas –e incluso las instituciones públicas– recurran a la figura de los estudiantes universitarios en prácticas o los becarios para, bajo el pretexto de proporcionarles una formación que mejore sus destrezas profesionales y su empleabilidad, satisfacer necesidades de personal a un menor coste, encubriendo con ello una relación laboral. En el presente análisis se pretende poner de manifiesto la insuficiencia del marco normativo actual por el que se rigen las prácticas externas realizadas por dichos estudiantes, resaltando la necesidad de una nueva regulación que prevenga los constantes abusos empresariales que llegan a nuestros órganos jurisdiccionales y proteja con mayor fuerza los derechos de estos jóvenes en nuestro país.

Palabras clave: prácticas externas; estudiantes universitarios en prácticas; becarios; formación; abusos empresariales; fraude de ley; relación laboral.

Recibido: 09-01-2023 / Aceptado: 10-01-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-01-2023

Cómo citar: Ramírez Bandera, C. (2023). Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 508/2022, de 1 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 231-238. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11549>

When corporate abuses become a habit: the insufficient protection given by the law to grant holders and trainee university students

Regarding Supreme Court Ruling 508/2022, of 1 June

Cristina Ramírez Bandera

*Investigadora del Grupo PAIDI SEJ 347,
«Políticas de empleo, igualdad e inclusión social».
Universidad de Málaga (España)*

cristinaramirezbandera@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-5794-8789>

Abstract

It is becoming more and more frequent that companies –and even public institutions– resort to the figure of trainee university students or grant holders to, under the pretext of providing them with training that improves their professional skills and their employability, meet staffing needs at a lower cost, thus concealing an employment relationship. The present analysis aims to highlight the insufficiency of the current regulatory framework regarding internships carried out by said students, underlining the need for a new regulation that prevents the constant corporate abuses seen by our judges and protects more strongly the rights of these young people in our country.

Keywords: internships; trainee university students; grant holders; training; corporate abuses; law evasion; employment relationship.

Received: 09-01-2023 / Accepted: 10-01-2023 / Published (online preview): 18-01-2023

Citation: Ramírez Bandera, C. (2023). When corporate abuses become a habit: the insufficient protection given by the law to grant holders and trainee university students. Regarding Supreme Court Ruling 508/2022, of 1 June. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 231-238. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11549>

1. En busca de experiencia profesional: la insuficiente protección proporcionada por el marco normativo aplicable a estudiantes universitarios en prácticas y becarios

La creación del Espacio Europeo de Educación Superior, que trajo causa del proceso de Bolonia iniciado en el año 1999, puso de relieve la necesidad de trascender la formación meramente teórica que hasta entonces se había proporcionado en las universidades europeas. Así, además de incorporar nuevas metodologías docentes (por medio de la denominada «evaluación continua») que redujesen el papel de las tradicionales clases magistrales en las que el profesorado habla y el alumnado escucha, este proceso resaltó la importancia del papel que una adecuada formación práctica puede jugar en la formación integral y empleabilidad de los estudiantes universitarios, como puente entre la universidad y la vida laboral (bien sea en el sector privado o en el público).

Con este loable objetivo, numerosas universidades han incorporado en sus planes de estudios de grado y máster la posibilidad de realizar prácticas externas que permitan a sus estudiantes adquirir las destrezas profesionales que no resulta posible desarrollar en las aulas, concertando numerosos convenios de prácticas con una gran red de empresas privadas y organismos públicos. Dichas prácticas se encuentran reguladas actualmente en el Real Decreto (RD) 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

La mencionada norma distingue entre dos tipos de prácticas externas: las curriculares y las extracurriculares (art. 4). La diferencia esencial entre ellas radica en que las primeras forman parte del plan de estudios de la titulación universitaria cursada, mientras que las segundas no constituyen parte integrante del mismo y son completamente voluntarias. Más allá de esta particularidad y de ciertas ligeras distinciones (por ejemplo, en cuanto a su duración), el régimen jurídico de ambas modalidades es sustancialmente idéntico: en ambos casos deberá suscribirse un convenio de cooperación educativa entre las universidades y las entidades en las que se vayan a realizar las prácticas, el estudiante deberá contar con dos tutores que supervisen su actividad (un tutor en la entidad colaboradora y un tutor académico de la universidad), deberá emitirse un informe final por parte del tutor de la entidad colaboradora en el que se valore el desempeño del estudiante...

En cualquier caso, tal y como se indica en la [exposición de motivos](#) y en el [artículo 3 del RD 592/2014](#), el objetivo de las prácticas externas será siempre el mismo: en esencia, «contribuir a la formación integral de los estudiantes complementando su aprendizaje teórico y

práctico» y, especialmente, «obtener una experiencia práctica que facilite la inserción en el mercado de trabajo y mejore su empleabilidad futura». No obstante, pese al adecuado marco normativo que parece conformar el [RD 592/2014](#), quizás el principal escollo que presente para poder alcanzar sus fines sea la redacción de su artículo 2.3, por el que se establece lo siguiente:

Dado el carácter formativo de las prácticas académicas externas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.

La no consideración del desempeño de las prácticas externas como relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores (ET), si bien resulta lógica –en la medida en que las actividades que se realizan en el marco de las mismas son formativas, y no propiamente laborales–, acarrea un sinfín de repercusiones negativas para los estudiantes que las realizan: no tienen derecho a ser compensados por los gastos de transporte, estancia o manutención que les genere el desempeño de las prácticas (el art. 9.1 d) [RD 592/2014](#) tan solo establece el derecho de los estudiantes que realicen prácticas externas a percibir, únicamente en los casos en que así se estipule, una aportación económica por parte de la entidad colaboradora en la que realicen las prácticas en concepto de bolsa o ayuda al estudio), tampoco tienen derecho a vacaciones, no se regulan los límites de su jornada ni horario (más allá de indicar que deberá «procurarse» que el mismo sea compatible con la actividad académica, formativa y de representación y participación desarrollada por el estudiante en la universidad), no se impone la prohibición de realización de horas complementarias o de trabajo en horario nocturno (a diferencia de lo establecido en relación a los contratos para la formación en alternancia del [art. 11.2 ET](#))...

Estas limitaciones podrían haberse evitado si el [RD 592/2014](#) hubiese contemplado y regulado estos aspectos, en previsión de los posibles abusos empresariales que, de lo contrario, podrían darse. Al no haber sido así, las numerosas lagunas y omisiones contenidas en el mencionado real decreto han generado un marco normativo que protege insuficientemente a los estudiantes que realizan prácticas externas; circunstancia que ha sido tristemente aprovechada por numerosas empresas e instituciones –sorprendentemente, no solo del sector privado, sino también del público– para cubrir necesidades de personal con mano de obra barata, a la que no era necesario dar de alta en la Seguridad Social (hasta el 1 de enero de 2019 no se introdujo esta obligación por parte de la [disp. adic. quinta RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#), para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo) y que podía realizar las mismas labores que la propia plantilla de la empresa con un menor coste para la organización. En suma, se ha generalizado la utilización de dichas prácticas para encubrir relaciones laborales, en ocasiones incluso concatenándose múltiples acuerdos formativos de prácticas para sortear las limitaciones establecidas a su duración.

Asimismo, de forma paralela a la precaria protección normativa dispensada a los estudiantes universitarios que realizan prácticas externas, cabe destacar también la similar situación en la que se encuentran los becarios que disfrutan de alguna beca formativa ofertada en el

marco de convocatorias públicas por parte de numerosas instituciones del sector público. Estas becas, si bien normalmente suelen ofrecer una remuneración en concepto de ayuda al estudio –pues, de nuevo, en sus convocatorias suele hacerse hincapié en que su disfrute no genera relación laboral alguna–, encubren también en muchas ocasiones una prestación de trabajo.

Así las cosas, los recurrentes abusos empresariales sufridos por estudiantes universitarios y becarios se han convertido en un auténtico problema social que ha llegado ante nuestros jueces y tribunales, tal y como demuestra la sentencia objeto del presente comentario.

2. Breve referencia al relato de los hechos

Aprobada el 16 de enero de 2015 la convocatoria de becas del Ministerio de Asuntos Exteriores conocidas como MAEC-AECID, un joven decide concurrir a la misma presentando su currículum. Dichas becas tienen una duración de 12 meses, y su propósito es financiar, en concepto de subvención, el coste que implica la formación de ciudadanos españoles y extranjeros en unidades de la Administración General del Estado vinculadas a la acción exterior, en centros de educación superior y de formación artística españoles y extranjeros, así como la realización de proyectos artísticos en el exterior.

El joven obtuvo en dicha convocatoria una beca para prácticas de gestión cultural en el exterior, para cuya concesión se valoraba, entre otros factores, la experiencia previa en gestión cultural, dándose la situación de que el joven solicitante había ya desempeñado con anterioridad funciones como becario en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. En virtud de dicha concesión, el solicitante se incorporó como becario en la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), concretamente, en el área de Visuales de dicho organismo, percibiendo una dotación mensual de 1.500 euros y realizando una jornada de lunes a jueves de 9:00 a 14:00 horas y dos tardes de 16:00 a 18:00 horas. Como becario, tuvo que aprender el funcionamiento administrativo de la organización, cómo se gestionaban expedientes, cómo se realizaban propuestas de pago, etc., teniendo cierto margen de actuación para la tramitación de las cuestiones que surgiesen, aunque siempre siguiendo las pautas que se le indicasen y bajo supervisión. Los proyectos a acometer eran coordinados por dos trabajadores del área que, según las necesidades, asignaban tareas al joven, si bien la actividad de todos ellos quedaba bajo la supervisión de la jefa de área.

Una vez finalizada la duración de la beca, la AECID comunicó al becario la extinción de su relación formativa con la organización; motivo por el que el joven decidió interponer demanda de despido, al considerar que la beca realmente había encubierto una relación laboral. Así, en instancia social se desestimó su demanda, al considerar que la relación que unió a la AECID con el joven había sido meramente formativa. No obstante, en suplicación social, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid procedió a revocar la resolución impugnada, al estimar que las labores encomendadas al joven tenían una escasa

proyección formativa, no habiendo contribuido a su formación en un determinado ámbito profesional, por lo que sí encubrieron una relación laboral.

Finalmente, la abogacía del Estado formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en representación del reiterado organismo, alegando como sentencia de contraste la también STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2018 (rec. 541/2018), en la que no se apreció la existencia de relación laboral en el desarrollo de una beca del mismo programa realizada también por otro joven en la AECID.

3. Doctrina jurisprudencial aplicable: análisis de los argumentos conducentes al fallo

El Tribunal Supremo (TS) procede a la desestimación del mencionado recurso de casación, al entender que no se da la necesaria contradicción entre ambas resoluciones. Si bien es cierto que en la sentencia de contraste no se apreció la existencia de relación laboral con relación a otro joven que había obtenido también una beca MAEC-AECID, ello se debe a que los hechos enjuiciados eran sustancialmente diferentes.

En aquel caso, el becario carecía de experiencia profesional previa alguna en la actividad a la que atendía la beca y únicamente realizó las funciones adecuadas para el cumplimiento del objetivo de la beca formativa, desempeñando actividades de apoyo a las que realizaba su tutor o realizándolas directamente bajo su dirección, quedando probado que gracias a las mismas el becario adquirió experiencia y mayor formación.

Sin embargo, los hechos probados en la sentencia recurrida demuestran que el becario sí ha realizado actividades ordinarias de oficina y gestión administrativa con gran autonomía y, aunque se indique que las mismas eran desarrolladas bajo la supervisión directa de dos trabajadores y luego por la jefa de área, ello no se identifica con que tuviera asignado un tutor concreto (tal y como se declara probado en la sentencia de contraste). En consecuencia, del relato de los hechos se desprende que dicho becario realizó una actividad de gestión y participación directa en los distintos proyectos en los que intervino; actividades que, en caso de no haber sido realizadas por el mismo, habrían tenido que ser llevadas a cabo por otra persona trabajadora de la organización.

A la luz de lo expuesto, el TS aclara que debe apreciarse la existencia de relación laboral en el caso de autos, pues, en reiteración de doctrina:

[...] esta sala ha venido indicando que la beca es una retribución orientada a posibilitar el estudio y formación del becario, sin que su producción o formación se incorpore a la ordenación productiva de la institución que concede la beca, o lo que es lo mismo, que no se apropie esta de los resultados y frutos de la actividad del becario obteniendo una utilidad en beneficio propio [...], adoleciendo la relación

laboral común de ese carácter formativo [...], por lo que toda actividad que sea desarrollada por un becario y que, de no hacerlo este [tendría que ser atendida por] otro empleado o personal laboral, es indicativo de que la beca es simple ropaje para disfrazar la relación laboral [...].

4. Trascendencia de la doctrina ante los abusos empresariales actuales: la necesidad de un nuevo marco normativo

Aunque la mencionada sentencia se limite a reiterar doctrina, esta cuenta con una gran trascendencia, al continuar recordando a empresas e instituciones públicas –y, por qué no, al legislador– una idea que el TS expone claramente: toda actividad desarrollada por un becario (o por un estudiante universitario en prácticas, *mutatis mutandis*), que en caso de no ser realizada por el mismo debiera ser desempeñada por las personas trabajadoras de la organización, supone la existencia de relación laboral.

Pese a que la mencionada doctrina se remonta a la Sentencia del TS (STS) de 29 de marzo de 2007 (rec. 5517/2005), los abusos empresariales que se dan en relación con los estudiantes universitarios en prácticas y los becarios no parecen haber disminuido. Pudiera pensarse que dichas conductas predominan en el sector privado, en la medida en que las entidades del sector público institucional quedan sujetas, entre otros, a los principios de legalidad y de transparencia en su gestión con pleno sometimiento a la ley y al derecho, tal y como afirman tanto el artículo 103.1 de nuestra Constitución como el artículo 81.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. No obstante, nada más lejos de la realidad, en la medida en que dichos abusos, como pone de manifiesto la sentencia comentada, son también frecuentes en el sector público.

Prueba de ello la encontramos igualmente en la reciente STS 945/2022, de 30 de noviembre, en la que se procede a analizar el posible despido colectivo de 180 estudiantes de la Universidad Carlos III de Madrid que realizaron prácticas extracurriculares en las propias instalaciones de la universidad. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante visita, constató que los acuerdos formalizados con dichos estudiantes no recogían ningún sistema para la evaluación de las prácticas realizadas ni establecían un calendario de las actividades a realizar, comprobándose además que las prácticas extracurriculares realizadas en la biblioteca siempre recogían las mismas competencias genéricas a adquirir –cualquiera que fuese el grado o máster cursado por el alumno–. Asimismo, los responsables de dichas prácticas tenían su puesto en uno solo de los campus –no pudiendo, consiguientemente, atender sus obligaciones en relación con los estudiantes que realizasen dichas prácticas en los otros tres campus de la mencionada universidad–, quedando probada, además, la concatenación de estos acuerdos de prácticas por parte de la universidad para el desarrollo de un mismo proyecto formativo, prolongándose las mismas durante 2 años o más. La Inspección concluyó que dichos estudiantes realizaban tareas básicas de apoyo con escasa proyección formativa que, en caso de no ser realizadas por los alumnos, deberían ser llevadas

a cabo por el personal propio o ajeno de la universidad, constatando, como dato sorprendente, que el porcentaje que representaban los alumnos sobre la plantilla total de cada área o servicio en el momento de la visita inspectora era del 34,88 % en el Instituto Internacional Carlos III, del 45,51 % en el Servicio de Relaciones Internacionales y del 131,82 % en el Servicio de Infraestructuras y Servicios.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto la precaria situación laboral y los excesos sufridos por los jóvenes estudiantes de nuestro país por parte de empresas e instituciones, tanto públicas como privadas, antes incluso de ingresar en el mercado laboral –durante la propia etapa formativa–. Las numerosas omisiones del [RD 592/2014](#) han generado una gran desprotección jurídica para este colectivo ante los reiterados abusos a los que se ve expuesto; abusos que no suelen denunciar, normalmente, ante el miedo de perder, bien los reducidos ingresos que estas prácticas les comportan, bien la posibilidad de adquirir cierta experiencia profesional –aunque realmente no sea tal– que poder acreditar en sus currículums a fin de mejorar su empleabilidad (miedos, por otro lado, comprensibles, habida cuenta de que la tasa de paro de menores de 25 años ascendió al 31,01 % en el tercer trimestre de 2022, conforme a los datos recabados por el Instituto Nacional de Estadística).

Así las cosas, la cada vez mayor judicialización de las fraudulentas conductas realizadas por empresarios e instituciones debiera llevar a la articulación de un nuevo marco jurídico que proteja en mayor medida los derechos de estos jóvenes, tal y como parece apuntar la actual negociación entre el Gobierno, sindicatos y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales para la promulgación de un «Estatuto del Becario».

Algunos de los ejes en torno a los cuales se articula dicha negociación son la eliminación de las prácticas extracurriculares (de modo que solo puedan realizarse prácticas que formen parte de los planes de estudio de la titulación correspondiente), el reconocimiento a los estudiantes de los mismos derechos que las personas trabajadoras (especialmente, en relación con el disfrute proporcional de las vacaciones devengadas), la exigencia de que la empresa o institución costee los gastos de desplazamiento, alojamiento o manutención del estudiante en caso de que la misma no proporcione a este una ayuda al estudio, el establecimiento de un horario limitado que respete el necesario descanso (sin que pueda realizarse la actividad en horario nocturno o por turnos, salvo en aquellos casos excepcionales en los que dicho aprendizaje no pueda realizarse en otro periodo) y, más importante aún, la limitación del número de estudiantes que puede acoger cada empresa o institución, no pudiéndose superar el umbral del 20 % del total de la plantilla.

Está por verse si dicha norma resultará de aplicación únicamente a estudiantes universitarios o si la misma también incorporará en su ámbito de aplicación, como sería deseable, a los becarios que hayan obtenido becas formativas en las correspondientes convocatorias públicas –tal y como indica el nombre que coloquialmente ha recibido–. En todo caso, dicho «Estatuto del Becario» está llamado a acabar con los perniciosos incentivos que el actual [RD 592/2014](#) establece para hacer descansar en estos estudiantes, sin apenas proporcionar contrapartida alguna, buena parte de la estructura productiva de las organizaciones.

Personal comprometido: el papel clave de la dirección de recursos humanos y de la generación de empoderamiento psicológico

Inmaculada Beltrán Martín (autora de contacto)

Catedrática de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
ibeltran@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>

Juan Carlos Bou Llusar

Catedrático de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
bou@uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-7975-4304>

Beatriz García Juan

Profesora ayudante doctora de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
bjuan@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-8785-1101>

Alejandro Salvador Gómez

Profesor asociado de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
alsalvad@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-3115-7185>

Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Recursos Humanos. El jurado ha estado compuesto por: doña Ana María Calles Doñate, doña Charo García González, don Juan Sánchez Rodríguez, don Jesús Torres Mateos y don José Ángel Zúñiga Vicente. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

¿Cómo de importante es el grado de motivación intrínseca que siente un empleado/a para que esté comprometido/a con su empresa? El propósito de este trabajo es aportar nuevos conocimientos sobre el todavía poco explorado papel mediador de un proceso motivacional clave: el empoderamiento psicológico (EP), en el vínculo entre la gestión de los recursos humanos y el compromiso de los empleados/as. En concreto, siguiendo las recomendaciones de trabajos previos en esta literatura, estudiamos cómo las cuatro dimensiones específicas del EP median en esta relación. Así, el presente trabajo examina, desde una perspectiva multinivel, hasta qué punto las dimensiones del EP de los empleados/as (significado, competencia, autodeterminación e impacto) median en la relación entre los sistemas de recursos humanos de alto rendimiento y el compromiso afectivo de los empleados/as. Para ello, se utiliza un enfoque multinivel, con datos emparejados de directores/as de recursos humanos y una muestra de 504 empleados/as pertenecientes a 146 empresas españolas. El estudio contribuye a la literatura existente al demostrar la importancia de generar sentimientos motivadores en los empleados/as como forma de promover reacciones afectivas en las organizaciones. Más concretamente, destaca la utilidad de examinar y potenciar las dimensiones de significado, autodeterminación e impacto del EP cuando se buscan empleados/as comprometidos/as.

Palabras clave: sistemas de recursos humanos de alto rendimiento; empoderamiento psicológico; compromiso afectivo; motivación; análisis multinivel; mediación; dirección de recursos humanos.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance online): 22-02-2023

Cómo citar: Beltrán Martín, I., Bou Llusar, J. C., García Juan, B. y Salvador Gómez, A. (2023). Personal comprometido: el papel clave de la dirección de recursos humanos y de la generación de empoderamiento psicológico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 239-263. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3369>

Committed employees: the key role of human resources management and the creation of psychological empowerment

Inmaculada Beltrán Martín (contributing author)

Catedrática de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
ibeltran@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>

Juan Carlos Bou Llusar

Catedrático de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
bou@uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-7975-4304>

Beatriz García Juan

Profesora ayudante doctora de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
bjuan@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-8785-1101>

Alejandro Salvador Gómez

Profesor asociado de Organización de Empresas. Universitat Jaume I (Castelló, España)
alsalvad@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-3115-7185>

This paper has won a runner-up prize in the **Financial Studies 2022 Award** in the Human Resources category. The jury members were: Mrs. Ana María Calles Doñate, Mrs. Charo García González, Mr. Juan Sánchez Rodríguez, Mr. Jesús Torres Mateos and Mr. José Ángel Zúñiga Vicente. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

How important is the degree of intrinsic motivation of an employee to his or her commitment to the company? The purpose of this paper is to provide new insights into the still underexplored mediating role of a key motivational process, psychological empowerment (PE), in the link between human resource management and employees' commitment. In particular, following previous literature recommendations, we study to what extent the dimensions of employee PE (meaning, competence, self-determination and impact) mediate the relationship between high performance work systems and employees' affective commitment. A multilevel approach is used, with matched data from human resources managers and a sample of 504 employees from 146 Spanish companies. Our study contributes to the current body of literature by supporting the importance of fostering motivational feelings in employees as a way of promoting affective reactions in organisations. More specifically, it highlights the value of examining and enhancing the meaning, self-determination and impact dimensions of PE when looking for committed employees.

Keywords: high performance work systems; psychological empowerment; affective commitment; motivation; multilevel analysis; mediation; human resources management.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published (online preview): 22-02-2023

Citation: Beltrán Martín, I., Bou Llusar, J. C., García Juan, B. y Salvador Gómez, A. (2023). Committed employees: the key role of human resources management and the creation of psychological empowerment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 239-263. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3369>



Sumario

1. Introducción
2. La influencia de HPWS en el CA de los empleados
3. El papel mediador del EP del empleado en la relación HPWS-CA
 - 3.1. Relación EP-CA
 - 3.2. Relación HPWS-EP
4. Metodología de la investigación
 - 4.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos
 - 4.2. Medidas
 - 4.3. Procedimiento estadístico
5. Resultados
6. Discusión
 - 6.1. Implicaciones académicas
 - 6.2. Implicaciones para la gestión
 - 6.3. Limitaciones y orientaciones para futuras investigaciones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

En la literatura sobre dirección de recursos humanos (RR. HH.), el compromiso afectivo (CA) ha sido una de las actitudes de los empleados más analizadas (Gardner *et al.*, 2011), dada su relevancia para determinar, por ejemplo, los niveles de rotación (Joo, 2010) o de rendimiento laboral (Appelbaum *et al.*, 2000), ya que empleados comprometidos están dispuestos a esforzarse para mejorar los resultados organizativos y contribuir a garantizar el éxito y supervivencia de la empresa. Además, se ha reconocido que el CA es una variable más estable y mucho más independiente de fluctuaciones diarias que, por ejemplo, la satisfacción laboral, por lo que se considera un factor crucial para entender los comportamientos individuales de los empleados/as en las empresas (Joo, 2010; Lux *et al.*, 2019). No cabe duda, por tanto, de que conseguir mantener niveles de CA en la plantilla de la empresa debe ser una prioridad para las organizaciones actuales y que entender las variables que contribuyen al CA es un camino para lograrlo.

En las últimas décadas ha crecido el interés por analizar en qué medida las estrategias de RR. HH. mejoran el CA de los empleados/as. Las conclusiones de los trabajos empíricos recomiendan el uso de sistemas de recursos humanos de alto rendimiento (HPWS, por sus siglas en inglés) para reforzar los vínculos afectivos entre las personas empleadas y la organización (Combs *et al.*, 2006). En particular, gran parte de las investigaciones que han analizado la contribución de los HPWS al CA de los empleados parten de la base de que esta es una relación directa, que puede explicarse a través de la teoría del intercambio social (SET) (Blau, 1964). Desde las premisas de esta teoría, cuando una empresa adopta HPWS, las personas empleadas interpretan que la organización cuida de ellas y se preocupa por su bienestar (es decir, perciben un elevado apoyo organizativo), por lo que se sienten obligadas moralmente a velar por los resultados organizativos y por el progreso de la empresa, es decir, muestran un mayor CA hacia la empresa. Sin embargo, algunos autores se plantean que la relación entre los sistemas de RR. HH. y el compromiso de los empleados no debería explicarse de una manera tan simplista y que quizás esta relación pueda justificarse a partir de otros modelos teóricos alternativos a la SET (Takeuchi *et al.*, 2009). Surge así la necesidad de entender los mecanismos a través de los cuales las prácticas de HPWS de las empresas influyen en el CA (Kooij y Boon, 2018). Recogiendo estas sugerencias, en el presente trabajo nos planteamos si, más allá de la obligación moral que tienen los empleados para devolver a la empresa sus inversiones en prácticas de RR. HH. de alto rendimiento, existen otros mecanismos alternativos que puedan explicar esta relación. Ahora bien, ¿cuáles pueden ser estos mecanismos?, ¿por qué motivos un empleado/a que recibe prácticas de RR. HH. de alto rendimiento responde con un mayor compromiso hacia su empresa? El modelo de Eby *et al.* (1999) puede ayudarnos a identificar estos posibles mecanismos

intermedios, ya que estos autores plantean que la variable que explica la relación entre el uso de determinadas prácticas de RR. HH. y el compromiso es la motivación laboral. Es decir, cuando un empleado/a trabaja en una organización que utiliza HPWS, sus niveles de motivación laboral aumentarán y, en consecuencia, también lo hará su CA hacia la organización. La motivación, por tanto, es el vínculo intermedio entre HPWS y el CA, más allá del mero intercambio que plantea la SET. Siguiendo esta propuesta teórica, en este trabajo nos centramos en una variable motivacional clave como es el empoderamiento psicológico (EP).

Así pues, el propósito principal de la presente investigación es analizar en qué medida el EP percibido por los empleados/as en su trabajo ayuda a explicar por qué los HPWS repercuten en un mayor CA hacia la empresa. El EP de las personas trabajadoras es una forma de motivación intrínseca hacia la tarea que refleja el sentimiento de participación y control de los empleados sobre su trabajo y que se manifiesta en cuatro dimensiones: significado, competencia, autodeterminación e impacto (Spreitzer, 1995). Dada la influencia que tiene el EP de los empleados en sus reacciones afectivas en el lugar de trabajo (Ambad *et al.*, 2021; Maynard *et al.*, 2012; Saira *et al.*, 2021), examinar su papel mediador en la relación HPWS-CA puede arrojar algo de luz acerca de los mecanismos que existen entre estas dos variables. Con este objetivo, en el presente trabajo testamos empíricamente un modelo multinivel de las relaciones entre HPWS y el CA de las personas empleadas, a través de las cuatro dimensiones del EP de los empleados, con base en los datos obtenidos de una muestra de 504 empleados y 146 directivos de empresas españolas (figura 1).

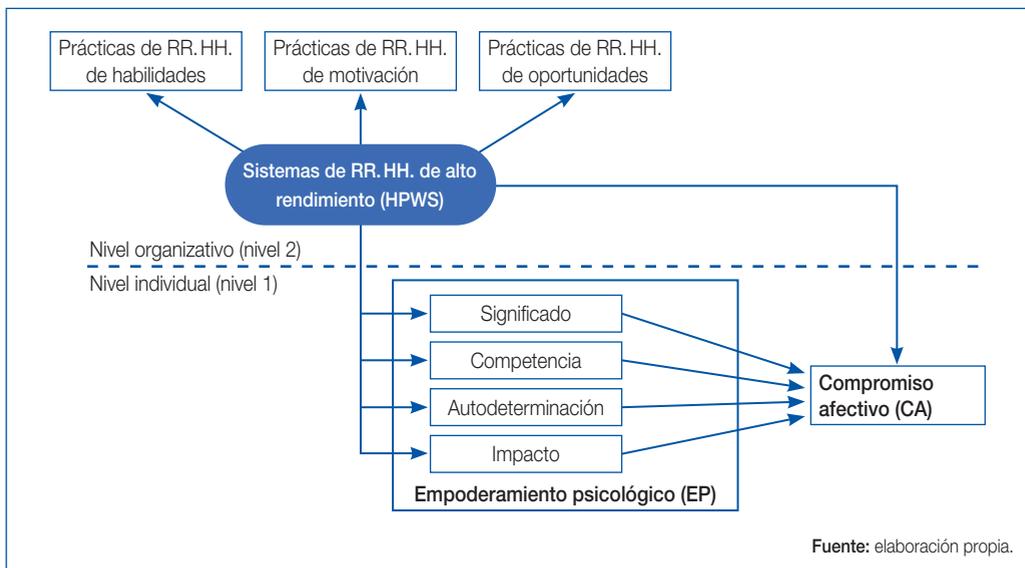
Nuestra investigación contribuye a la literatura previa de tres modos. En primer lugar, introducimos el papel del EP de los empleados como variable mediadora entre HPWS y CA. En general, los estudios empíricos anteriores han asumido que esta relación es directa y han ignorado en su mayoría la importancia de las variables de motivación de las personas trabajadoras como variables intermedias en el vínculo entre HPWS y CA de los empleados (Eby *et al.*, 1999).

En segundo lugar, contribuimos a la investigación sobre los determinantes del EP de los empleados/as en un triple sentido. Por un lado, analizamos cómo los HPWS pueden impactar de forma diferente en cada una de las dimensiones del EP. Los estudios existentes hasta la fecha han aportado algunas conclusiones valiosas sobre la influencia positiva de los HPWS en medidas agregadas del EP (Butts *et al.*, 2009), pero se necesita más «investigación para determinar los factores que pueden servir como antecedentes de ciertas dimensiones [del EP] (y no de otras)» (Maynard *et al.*, 2012, p. 1.237). Los pocos trabajos que han prestado atención a distinguir dimensiones del EP (por ejemplo, Miao *et al.*, 2018; Wikhamn y Selart, 2019) han reflejado que estas se comportan de diferente manera, justificando así la llamada a la realización de más estudios en este sentido (por ejemplo, Yogalakshmi y Suganthi, 2020). Por otra parte, los HPWS recogen todo el conjunto de elementos (y sus interrelaciones) del llamado «empoderamiento socioestructural», es decir, las prácticas directivas que permiten a los empleados/as implicarse en la empresa. Hasta la fecha, pocos estudios han analizado en un único modelo cómo los diferentes componentes del empoderamiento socioestructural contribuyen al EP de los empleados (García Juan *et al.*,

2019; Spreitzer, 2008). Por último, respondemos a las llamadas de algunos investigadores para estudiar los antecedentes del EP de los empleados/as desde una perspectiva multinivel. La mayoría de los estudios empíricos que analizan los determinantes del EP se basan en medidas de autoinforme, en las que son los propios empleados quienes evalúan todas las variables que forman parte de la investigación (Wikhamn y Selart, 2019), con el riesgo potencial de exposición al sesgo de la misma fuente o varianza del método común (Maynard *et al.*, 2012). Nuestras unidades de estudio (organización y empleados) corresponden a dos niveles de análisis distintos, de modo que proponemos un modelo de niveles cruzados, que es coherente con los principios de la teoría meso de la organización (House *et al.*, 1995) y que permite evitar los problemas del método común, ya que la variable independiente (HPWS) y las variables mediadoras y dependientes (EP y CA) son evaluadas por diferentes personas dentro de la empresa.

En tercer lugar, ampliamos la evidencia empírica sobre cómo mejorar los sentimientos de EP y CA en una muestra de «empleados clave». Los empleados clave de las empresas son los responsables directos del cumplimiento de los objetivos principales en relación con los productos o servicios de la organización (Lepak *et al.*, 2007). El compromiso y los conocimientos que despliegan este tipo de empleados/as en sus organizaciones son especialmente importantes en el actual escenario empresarial basado en el conocimiento (Lepak y Snell, 2002). Dado que el PE y el CA promueven entre los empleados la movilización de recursos, el intercambio de conocimientos y la voluntad de hacerse cargo de forma resuelta y eficaz (Lepak y Snell, 2002; Seibert *et al.*, 2011; Wikhamn y Selart, 2019), la motivación y la mejora de los niveles de CA en este tipo de personas empleadas se convierte en un desafío considerable.

Figura 1. Modelo de investigación propuesto



2. La influencia de HPWS en el CA de los empleados

El CA se refiere al apego, la identificación y la implicación del empleado/a con la organización. El CA depende en gran medida de las experiencias del empleado/a en su lugar de trabajo (Meyer *et al.*, 2002). En particular, mediante el uso de HPWS, las organizaciones crean lugares de trabajo que contribuyen a aumentar el CA de las personas trabajadoras. Un HPWS comprende un conjunto interrelacionado de prácticas de RR. HH. utilizadas en la organización para gestionar la relación laboral con los empleados y están diseñadas para promover su capacidad, motivación y oportunidad de participar en la empresa (AMO, por sus siglas en inglés) de forma que los empleados/as se comporten de una forma coherente con los objetivos de la organización (Jiang *et al.*, 2012). Los HPWS están integrados por tres dimensiones de RR. HH. interrelacionados, a saber, las prácticas de RR. HH. que mejoran las habilidades, las que mejoran la motivación y las que mejoran las oportunidades de participar (Bailey, 1993).

En primer lugar, las prácticas de RR. HH. que mejoran las habilidades tienen como objetivo proporcionar a las personas empleadas conocimientos, habilidades y destrezas a través de un reclutamiento exhaustivo, una selección rigurosa y una amplia formación (Jiang *et al.*, 2012). El objetivo de las prácticas de mejora de la motivación es convencer a los empleados de que serán recompensados por sus mayores esfuerzos en el lugar de trabajo e incluyen las prácticas asociadas con las recompensas y el desarrollo de la carrera profesional. Por último, los HPWS ofrecen a las personas empleadas oportunidades para participar y tomar el control de su trabajo (Jiang *et al.*, 2012), por ejemplo, a través de la participación de los empleados en la toma de decisiones de la organización, y de las iniciativas de comunicación para informar a los trabajadores sobre las actividades de la empresa (Gardner *et al.*, 2011).

La literatura sobre HPWS aboga por la adopción de sistemas coherentes de prácticas de RR. HH. que capturen las sinergias entre las diferentes dimensiones de los HPWS, basándose en la idea de que una determinada práctica de RR. HH. puede influir en las actitudes y comportamientos de los empleados/as con más éxito si se ejecuta de forma consistente con otras prácticas de RR. HH. (Ichniowski *et al.*, 1997). Asumimos, por tanto, que las prácticas de RR. HH. dentro de los HPWS presentan un ajuste interno, ya que se basan en una filosofía común a todas ellas (Gallie *et al.*, 2001). Es decir, suponemos que existe un enfoque directivo que subyace al uso de las diferentes prácticas de RR. HH. de la empresa y que explica el vínculo o la correlación entre las mismas (Wood y Albanese, 1995).

Desde la SET y basándonos en la norma de reciprocidad (Blau, 1964), el uso de HPWS es indicativo del compromiso de la empresa hacia las personas que tiene empleadas, que responderán ofreciendo un mayor compromiso e identificación con la organización. Estudios empíricos anteriores han proporcionado pruebas de una asociación entre HPWS y un mayor CA de los empleados (por ejemplo, Andersén y Andersén, 2019; Gahlawat y Kundu, 2019). Esto nos lleva a nuestra primera hipótesis:

H₁: «Los HPWS tendrán un efecto positivo en el CA de los empleados».

3. El papel mediador del EP del empleado en la relación HPWS-CA

Considerar el EP de los empleados como una variable intermedia en la relación HPWS-CA nos permite examinar el papel de la motivación de las personas trabajadoras en esta relación, tal y como sugiere el modelo de Eby *et al.* (1999), y analizar un mecanismo alternativo entre HPWS y CA centrado en el individuo que amplía los considerados por estudios anteriores (por ejemplo, el apoyo organizativo percibido). Desde una perspectiva individual, el EP es una variable que recoge las propias percepciones que tienen los empleados sobre sí mismos en la empresa y en su puesto de trabajo. En concreto, estas percepciones hacen referencia al significado, competencia, autodeterminación e impacto percibido por las personas (Thomas y Velthouse, 1990). Estas cogniciones representan diferentes aspectos del constructo de empoderamiento y reflejan una orientación proactiva (en lugar de pasiva) hacia el papel laboral del empleado/a en la empresa (Spreitzer *et al.*, 1997).

El *significado* implica un ajuste entre las necesidades del trabajo y los valores, creencias y comportamientos del empleado/a (Edwards, 1991). La *competencia* (o autoeficacia) se refiere a la creencia del empleado de que posee las habilidades y destrezas necesarias para realizar eficazmente sus tareas. La *autodeterminación* se refiere a la percepción de que el empleado tiene control sobre la forma de realizar el trabajo. Por último, el *impacto* puede definirse como la creencia de las personas empleadas de que sus acciones pueden influir de alguna forma en los resultados de la organización (Spreitzer *et al.*, 1997). Varios estudios recomiendan profundizar en la naturaleza multidimensional del EP y analizar tanto los antecedentes como las consecuencias de cada dimensión del EP por separado, en lugar de utilizar un compuesto global del EP de los empleados (Maynard *et al.*, 2012; Spreitzer *et al.*, 1997), que aporta mucha menos información. Los estudios sobre la relevancia del EP para fomentar el CA y los que examinan la influencia de los HPWS en el EP de los empleados proporcionan una base válida para presuponer que las dimensiones del EP de los empleados pueden actuar como variables mediadoras en el vínculo HPWS-CA, como se describe a continuación.

3.1. Relación EP-CA

El papel del EP en la relación HPWS-CA surge de un conjunto de investigaciones que abordan el estudio de la motivación intrínseca de los empleados en las organizaciones. Concretamente, la teoría de la autodeterminación (SDT; Deci y Ryan, 2000) proporciona un argumento teórico clarificador para explicar este vínculo. La SDT sostiene que todas las personas tienen ciertas necesidades psicológicas innatas (competencia, autonomía y relación). El empoderamiento experimentado por las personas empleadas en su lugar de trabajo contribuye a satisfacer dichas necesidades innatas, lo que contribuirá a generar un proceso de regulación autónoma que refuerce los vínculos afectivos entre el empleado/a y su empresa.

Específicamente, en cuanto a la asociación entre la dimensión de *significado* y el CA, tal y como afirman Meyer *et al.* (2004) y Seibert *et al.* (2011), la base para fomentar el compromiso de los empleados/as es favorecer su identificación con los objetivos y demandas de la organización, y la correspondencia entre su trabajo y los valores y las necesidades individuales. Cuando las personas trabajadoras sienten que las actividades de su puesto de trabajo coinciden con sus valores y creencias (es decir, tienen sentido para ellas), se fomenta la probabilidad de experimentar un vínculo con la organización que proporcione esta congruencia trabajo-persona.

En cuanto a la *competencia* en el trabajo, la SDT sostiene que las personas tienden naturalmente a interiorizar las normas y valores de sus grupos sociales (siendo la organización uno de ellos) y que esta tendencia se ve favorecida por los sentimientos de competencia con respecto a dichas normas. En el lugar de trabajo, esto significaría que si las personas se sienten competentes, regularán su comportamiento de acuerdo con los principios y la filosofía de la organización, lo que podría facilitar el desarrollo de vínculos afectivos con la empresa. Del mismo modo, Seibert *et al.* (2011) afirmaron que se espera que los sentimientos de competencia aumenten el compromiso de los empleados, porque mejoran su capacidad para expresar sus propios intereses a través de su trabajo.

La *autodeterminación* se refiere a que los empleados sientan que tienen autonomía en sus actividades laborales. Según Deci y Ryan (2000), la autonomía está relacionada con un mejor funcionamiento psicológico, que ayuda a generar resultados beneficiosos como el compromiso. Galletta *et al.* (2011) sugirieron que cuando los trabajadores perciben que tienen autonomía y pueden realizar sus actividades laborales de la manera que desean, pueden sentir una mayor responsabilidad por dichas actividades, derivando en una mayor identificación y compromiso con su empresa.

Por último, el sentimiento de las personas empleadas de que su trabajo tiene un *impacto* en la empresa también puede contribuir a mejorar sus niveles de CA. Wayne *et al.* (1994) y Spector (1986) concluyeron que la percepción de los empleados como agente causal que también es capaz de producir un cambio en los resultados de la empresa está positivamente relacionada con el compromiso afectivo. Del mismo modo, el modelo de características del puesto de Hackman y Oldham (1976) propuso que, cuando los empleados experimentan la responsabilidad de una tarea en la que están implicados, sienten un afecto positivo, como el que conlleva el CA.

3.2. Relación HPWS-EP

El EP puede verse influido por variables externas que rodean a los individuos en su trabajo (por ejemplo, Liden *et al.*, 2000). Desde la perspectiva teórica de procesamiento de la información social (Salancik y Pfeffer, 1978), los HPWS influyen en la forma en que las personas trabajadoras piensan y sienten sobre diversos aspectos de su lugar de trabajo

(Takeuchi *et al.*, 2009). Los HPWS contribuyen a generar un clima organizativo en el que los empleados/as pueden asumir más fácilmente un papel activo en el trabajo, aumentando así su EP (Aryee *et al.*, 2012).

En lo que respecta a la contribución de los HPWS al *significado*, estas prácticas de RR. HH. desempeñan un papel clave en la adecuación de las necesidades y los valores de los empleados en el trabajo, contribuyendo así al sentido del significado. Por ejemplo, las empresas pueden utilizar prácticas de reclutamiento y de formación para contratar y socializar a las personas trabajadoras cuyos valores y necesidades encajan con sus funciones laborales (Boon *et al.*, 2011). Del mismo modo, las prácticas de RR. HH. que mejoran la motivación, como las recompensas basadas en el rendimiento, sirven para ofrecer una retroalimentación valiosa a los empleados/as, lo que les da la confianza para lograr que sus comportamientos y valores se ajusten a las necesidades de la organización (Liao *et al.*, 2009). Las prácticas de RR. HH. que mejoran las oportunidades, como la comunicación entre la empresa y sus empleados/as y la mayor participación de los empleados/as en ciertas decisiones de la empresa, hacen que los empleados consideren que su trabajo tiene sentido, ya que comprenderán mejor cómo se ajustan sus funciones laborales y sus responsabilidades a los objetivos y estrategias de la organización (Seibert *et al.*, 2011).

Los HPWS también pueden contribuir a aumentar la sensación de *competencia* de las personas empleadas en el trabajo. La mejora de las habilidades y destrezas resultante de las prácticas de RR. HH. tales como la formación y el desarrollo conducirá a un mayor sentimiento de autoeficacia de los individuos en el trabajo (Seibert *et al.*, 2011). La retribución basada en el rendimiento incluida en un sistema de HPWS también puede contribuir a la competencia de las personas trabajadoras al mejorar el dominio de sus tareas a través del dominio activo, esto es, de logros repetidos en su rendimiento laboral (Axtell y Parker, 2003). Además, las prácticas de RR. HH. dirigidas a proporcionar a los empleados la oportunidad de participar ayudarán a los empleados a sentir que la dirección confía en sus habilidades y capacidades, lo que conduce a un sentimiento de competencia personal (Axtell y Parker, 2003).

En cuanto al efecto de los HPWS en la *autodeterminación* de los empleados, las prácticas de RR. HH. que mejoran las habilidades pueden ampliar la autonomía de los empleados en la organización, ya que las acciones de desarrollo de la empresa permiten a los trabajadores proponer nuevas formas de trabajo y asumir la responsabilidad de producir un trabajo de alta calidad que contribuya a los objetivos organizativos (Pfeffer, 1998). Además, las organizaciones que implantan un sistema de recompensas basado en las contribuciones de los empleados animan a los trabajadores a participar en mayor grado en su empresa (Bowen y Lawler, 1992). Al recompensar adecuadamente a las personas que tienen empleadas, las empresas las ayudan a entender que la organización valora su mayor autonomía y esfuerzo, lo que a su vez hace que estén más dispuestas a tomar iniciativas laborales (Beltrán Martín *et al.*, 2017). Por último, las prácticas de RR. HH. que potencian las oportunidades proporcionan a las empresas medios importantes para influir en la autodeterminación de los trabajadores. La mayor delegación hacia los empleados/as y su mayor participación

generan un clima organizativo que aumenta la confianza de los empleados en la importancia de su trabajo; como resultado, los empleados adoptan un papel autónomo y activo en la organización (Aryee *et al.*, 2012).

Por último, los HPWS también pueden aumentar la percepción de las personas empleadas sobre su *impacto* en la empresa. Por ejemplo, autores como Butts *et al.* (2009) y Liao *et al.* (2009) sugieren que las prácticas de RR. HH. que mejoran las habilidades contribuyen a crear las condiciones necesarias para mejorar la percepción del impacto. Además, dado que las prácticas de RR. HH. que mejoran las oportunidades implican que los empleados se mantengan informados sobre las políticas y el rendimiento de la empresa, facilitan la «creación de sentido» (Spreitzer, 1996), porque proporcionan información sobre la visión de la organización y, al hacerlo, aumentan los sentimientos de los empleados/as sobre su impacto en los resultados de la organización (Liao *et al.*, 2009).

El razonamiento anterior nos lleva a proponer que las dimensiones de EP de los empleados son variables mediadoras relevantes por las que los HPWS afectan al CA de los empleados. Esta idea se expresa de la siguiente manera:

H₂: «Las dimensiones del EP de los empleados mediarán en la relación HPWS-CA».

H_{2a}: «El significado mediará en la relación HPWS-CA».

H_{2b}: «La competencia mediará en la relación HPWS-CA».

H_{2c}: «La autodeterminación mediará en la relación HPWS-CA».

H_{2d}: «El impacto mediará en la relación HPWS-CA».

4. Metodología de la investigación

4.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos

Este estudio se ha realizado sobre una muestra de empresas españolas pertenecientes a distintos sectores, seleccionadas a partir de la base de datos SABI (sistema de análisis de balances ibéricos). Delimitamos la muestra a las empresas con 25 empleados o más, dado que se requiere un mínimo tamaño empresarial para que las empresas tengan una estrategia de RR. HH. claramente delimitada (Lepak y Snell, 2002), lo que dio lugar a una población inicial de 11.704 empresas. Nuestro interés se centra en los empleados clave de estas empresas. Para obtener información acerca de las variables incluidas en nuestro modelo de investigación, elaboramos dos cuestionarios distintos, uno dirigido a la dirección de RR. HH. y el otro a los empleados/as clave de las empresas. Los directores/as de RR. HH. de las

empresas participantes evaluaron los HPWS. Para ello, clarificamos a los directores/as de RR. HH. qué se entiende por «empleado/a clave» y, a continuación, les pedimos que evaluaran las prácticas de RR. HH. utilizadas para este tipo de empleados/as en su empresa. En segundo lugar, elaboramos un cuestionario dirigido a los propios empleados/as clave de las empresas, que incluía las medidas de CA y EP.

Un total de 142 directores/as de RR. HH. participaron en el estudio, y proporcionaron información sobre los HPWS (de las 560 empresas que fueron invitadas a participar). El 50 % pertenecían al sector de los servicios y el 50 % al sector industrial; el 64 % de las empresas eran pequeñas (<50 empleados), el 32 % eran medianas (de 50 a 249 empleados) y el 4 % eran grandes empresas (250 empleados o más). A continuación, distribuimos una encuesta a una muestra de empleados clave seleccionados al azar en cada empresa de la cual habíamos recibido respuestas del director/a de RR. HH. En este caso, 504 empleados respondieron al cuestionario, siendo diverso el número de empleados/as que participaron en cada empresa: 3 respuestas de empleados por empresa en el 45 % de las empresas, 4 respuestas de empleados en el 52 % de las empresas y más de 4 respuestas de empleados por empresa en el 3 % de las empresas. Después de casar las respuestas obtenidas de los directores/as de RR. HH. y de los empleados clave de cada empresa, en los análisis se utilizó una muestra final de 142 organizaciones y 504 empleados.

4.2. Medidas

Las medidas utilizadas en esta investigación se basaron en escalas de medida previamente publicadas y utilizadas en la literatura académica.

HPWS. Para evaluar los sistemas de RR. HH. de las empresas, utilizamos la escala de Gardner *et al.* (2011). Para ello, los directores/as de RR. HH. indicaron su nivel de acuerdo con las afirmaciones relativas al grado en que la empresa utilizaba un conjunto de prácticas de RR. HH. para los empleados clave. La dimensionalidad de esta escala se comprobó mediante análisis factorial confirmatorio (AFC), estimando un modelo en el que las tres dimensiones de RR. HH. (prácticas de habilidades, de motivación y de oportunidad de participar) eran factores de primer orden de un factor de segundo orden correspondiente a HPWS. Los índices de ajuste mostraron valores adecuados ($\chi^2_{SB} = 49,68$; $df = 32$; $p = 0,02$; CFI = 0,95; BBNNFI = 0,93) y las cargas factoriales oscilaron entre 0,46 y 0,95. No se permitieron correlaciones entre los términos de error de medición en la estimación de este AFC.

CA. Para medir el CA de los empleados se utilizó la escala de Allen y Meyer (1990). Atendiendo a las cargas factoriales del AFC inicial, se eliminó un ítem de la escala original. El AFC de los 7 ítems restantes mostró índices de ajuste aceptables ($\chi^2_{SB} = 22,48$; $df = 14$; $p = 0,07$; CFI = 0,99; BBNNFI = 0,98). Las cargas factoriales oscilaron entre 0,63 y 0,76.

EP. El EP fue evaluado también por los empleados clave utilizando la medida de Spreitzer (1995), que se compone de cuatro escalas separadas para medir cada dimensión del EP: significado, competencia, autodeterminación e impacto. Para examinar la fiabilidad y validez de constructo de la medida cuatridimensional del EP realizamos un AFC de cuatro factores para corroborar la dimensionalidad propuesta por Spreitzer (1995). Este modelo consistía en cuatro factores latentes de primer orden interrelacionados con cada indicador cargando en uno de los cuatro factores latentes correspondientes a cada dimensión del EP. Los resultados indicaron que el modelo ofrecía un buen ajuste a los datos ($\chi^2_{SB} = 84,05$; $df = 46$; $p = 0,00$; $CFI = 0,97$; $BBNNFI = 0,96$), con cargas factoriales que oscilaban entre 0,65 y 0,86. También comparamos este AFC con un modelo unidimensional en el que todas las variables eran indicadores de un único factor. Esta conceptualización del EP interpreta esta variable como un único concepto (factor latente de primer orden) que subyace a todos los indicadores del EP. Las pruebas de diferencia chi-cuadrado indicaron que la estructura de cuatro factores, con factores correlacionados, mostraba un mejor ajuste que el modelo unidimensional. La tabla 1 muestra las correlaciones entre el CA de los empleados y las cuatro dimensiones del EP.

Tabla 1. **Matriz de correlaciones entre las variables evaluadas por los empleados/as clave**

	CA	Significado	Competencia	Autodeterminación	Impacto
CA	1				
Significado	0,58***	1			
Competencia	0,37***	0,61***	1		
Autodeterminación	0,49***	0,56***	0,52***	1	
Impacto	0,49***	0,49***	0,42***	0,59***	1

* $p < 0,10$; ** $p < 0,05$; *** $p < 0,01$.

Fuente: elaboración propia.

Dado que las variables de los empleados/as se midieron todas a partir de la misma fuente, también realizamos una prueba por pares (Bagozzi y Phillips, 1982) para examinar la validez discriminante entre ellas. Para cada par de factores, esta prueba compara si un AFC con dos factores libremente correlacionados se ajusta a los datos significativamente mejor que un modelo anidado en el que la correlación se fija en 1. La tabla 2 muestra los resultados de este análisis, donde la diferencia de chi-cuadrado ($\Delta\chi^2$) corresponde al valor del chi-cuadrado del modelo de dos factores correlacionados (es decir, considerando la posibilidad de que las dos dimensiones puedan estar correlacionadas) menos el valor del chi-cuadrado del modelo en el que esta correlación se fijó en 1. Los valores

de diferencia de chi-cuadrado para los diez pares resultaron ser estadísticamente significativos al nivel del 5 %, lo que sugiere la existencia de validez discriminante de las cuatro dimensiones de EP y la validez discriminante de estas cuatro dimensiones con CA.

Tabla 2. Resultados de la prueba de pares para examinar la validez discriminante de las variables de los empleados

	CA	Significado	Competencia	Autodeterminación
Significado	$\Delta\chi^2=156,58$ (268,59–112,01) $\Delta df=1$ (35–34) p-value=0,00			
Competencia	$\Delta\chi^2=197,64$ (284,72–87,08) $\Delta df=1$ (35–34) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=49,46$ (72,08–22,62) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00		
Autodeterminación	$\Delta\chi^2=156,20$ (225,04–68,84) $\Delta df=1$ (35–34) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=164,43$ (170,33–5,90) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=154,22$ (188,47–34,25) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00	
Impacto	$\Delta\chi^2=150,39$ (244,22–93,83) $\Delta df=1$ (35–34) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=175,11$ (193,18–18,07) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=182,48$ (236,69–54,21) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00	$\Delta\chi^2=122,36$ (133,01–10,65) $\Delta df=1$ (9–8) p-value=0,00

Nota. df=grados de libertad.

Fuente: elaboración propia.

Por último, incluimos la satisfacción laboral como variable de control en nuestros análisis, dada la evidencia empírica previa de su fuerte asociación con el CA (Meyer *et al.*, 2002). Esta variable se midió con un único indicador referido a la satisfacción laboral general del empleado.

4.3. Procedimiento estadístico

Dada la naturaleza de los datos obtenidos en el trabajo de campo, estimamos un modelo de mediación multinivel para probar nuestras hipótesis. Para simplificar el modelo, calculamos

el valor agregado tanto de las tres dimensiones de HPWS como de las cuatro dimensiones del EP como el valor medio de sus indicadores. En el modelo, los HPWS se miden a nivel de empresa (nivel 2), mientras que las variables mediadoras (dimensiones EP) y la variable dependiente (CA) se miden a nivel individual (nivel 1). Por tanto, nuestro modelo incluye relaciones de mediación entre dos niveles: el efecto de HPWS (variable organizativa, nivel 2) en CA (variable individual, nivel 1) está mediado por las dimensiones del EP (variable individual, nivel 1). Esto corresponde a un diseño de modelo de mediación multinivel del tipo «2-1-1» (Peccei y Van de Voorde, 2016) (figura 1).

Para estimar el modelo de mediación multinivel de la figura 1, aplicamos la metodología de ecuaciones estructurales multinivel (MSEM) (Preacher *et al.*, 2010), mediante el paquete estadístico EQS 6.3 para Windows (Bentler, 2006), y el estimador de máxima verosimilitud con errores estándar robustos como método de estimación. Concretamente, estimamos dos modelos MSEM. En el modelo 1, comprobamos el efecto de la variable independiente (HPWS) sobre la variable dependiente (CA), lo que corresponde a la hipótesis 1. En el modelo 2, incluimos las dimensiones del EP como variables intermedias entre HPWS y CA. Este modelo nos permitió comprobar la hipótesis 2.

5. Resultados

Antes de estimar el modelo MSEM, calculamos la varianza dentro del grupo y entre grupos para el CA y las cuatro dimensiones del EP. La varianza dentro del grupo y la varianza entre grupos de las variables de los empleados (es decir, CA y EP) fueron estadísticamente significativas. Los coeficientes de correlación intraclase (ICC1) (LeBreton y Senter, 2008) alcanzaron valores de 0,27 para CA y 0,37, 0,42, 0,30 y 0,24 para las cuatro dimensiones del EP. Atendiendo a estos resultados, tiene sentido analizar en qué medida HPWS (variable de nivel 2) explica la variación de CA y EP (variables de nivel 1) entre empresas. La tabla 3 presenta los resultados de la estimación del modelo 1, correspondiente al efecto de HPWS sobre el CA de los empleados. También muestra los resultados de la estimación del modelo 2, que incluye las cuatro dimensiones del EP como variables mediadoras en la relación HPWS-CA, tal y como se mostró en la figura 1.

Para el modelo 1, los índices de ajuste del MSEM ($\chi^2=5,73$; $df=4$; $p\text{-value}=0,22$) fueron aceptables. Tras controlar el efecto de la variable de control sobre el CA, los resultados indican que los HPWS están positiva y significativamente relacionados con el CA de las personas empleadas ($0,15$; $p<0,05$), lo que corrobora lo propuesto en la hipótesis 1.

Los índices de ajuste del modelo 2 también son aceptables ($\chi^2=10,11$; $df=12$; $p\text{-value}=0,60$). Según la tabla 3, los HPWS se asociaron positivamente con las cuatro dimensiones del EP, con coeficientes de regresión significativos de 0,22 ($p<0,001$) para el significado, 0,22 ($p<0,001$) para la competencia, 0,16 ($p<0,05$) para la autodeterminación y 0,21 ($p<0,05$) para el impacto. A excepción de la competencia, el efecto de las dimensiones del EP sobre el CA

fue significativo en todos los casos, con valores de 0,34 ($p < 0,001$) para el significado, 0,15 ($p < 0,001$) para la autodeterminación y 0,14 ($p < 0,001$) para el impacto. Los efectos indirectos de HPWS sobre el CA a través del significado (0,09; $p < 0,001$), la autodeterminación (0,02; $p < 0,1$) y el impacto (0,03; $p < 0,05$) fueron significativos. Además, observamos que en el modelo 2, el HPWS no afecta al CA, con un coeficiente no significativo de 0,04. Atendiendo a estos resultados, podemos concluir que, para nuestra muestra de empresas, el significado, la autodeterminación y el impacto tienen un efecto de mediación total en la relación entre los HPWS y el CA de los empleados/as, confirmando así las hipótesis 2a, 2c y 2d, pero no la hipótesis 2b.

Tabla 3. Resultados del modelo multinivel MSEM

	Modelo 1 Parámetros estimados	Modelo 2 Parámetros estimados
<i>Nivel organizativo (nivel 2):</i>		
Efectos directos:		
HPWS → CA (H_1)	0,15 (0,07)**	0,002 (0,06)
HPWS → Significado		0,22 (0,07)***
HPWS → Competencia		0,22 (0,07)**
HPWS → Autodeterminación		0,16 (0,08)**
HPWS → Impacto		0,21 (0,09)**
Efectos indirectos:		
HPWS → Significado → CA (H_{2a})		0,09 (0,03)***
HPWS → Competencia → CA (H_{2b})		-0,01 (0,01)
HPWS → Autodeterminación → CA (H_{2c})		0,02 (0,01)*
HPWS → Impacto → CA (H_{2d})		0,03 (0,01)**
<i>Nivel individual (nivel 1):</i>		
Efectos directos:		
Significado → CA		0,34 (0,06)***

	Modelo 1 Parámetros estimados	Modelo 2 Parámetros estimados
Competencia → CA		-0,01 (0,05)
Autodeterminación → CA		0,15 (0,04)***
Impacto → CA		0,14 (0,04)***
Satisfacción laboral (variable control) → AC	0,35 (0,04)***	0,18 (0,04)***

Nota. Coeficientes no estandarizados. Errores estándar en paréntesis. *p<0,10; **p<0,05; ***p<0,01.

Fuente: elaboración propia.

6. Discusión

En este estudio, corroboramos que la relación ampliamente respaldada por las investigaciones empíricas entre los HPWS y el CA de los empleados/as también se confirma para nuestra muestra de empresas (Appelbaum *et al.*, 2000). Sin embargo, a diferencia de los trabajos previos en este campo, suponemos que el efecto de los HPWS sobre el CA puede explicarse por la existencia de variables intermedias que se ven afectadas por los HPWS y que, a su vez, influyen en el CA de los empleados (Takeuchi *et al.*, 2009). En concreto, nuestro estudio demuestra que tres de las dimensiones del EP de los empleados/as (significado, autodeterminación e impacto) median en esta relación.

6.1. Implicaciones académicas

Al incluir el EP como variable intermedia, demostramos que no es solo el proceso de intercambio social el que explica la influencia de los HPWS en el CA de las personas trabajadoras, sino que lo que importa es cómo los sistemas de RR. HH. utilizados por la empresa logran reforzar los sentimientos de empoderamiento de los empleados. En este sentido, nuestro estudio cubre la necesidad de entender «por qué» las prácticas de RR. HH. están vinculadas a las respuestas afectivas de los empleados/as (Farndale *et al.*, 2011). Consideramos que nuestra investigación realiza tres aportaciones a las investigaciones previas.

En primer lugar, al comprobar que el EP de los empleados es una variable mediadora entre los HPWS y el CA, nuestro trabajo confirma el argumento de Eby *et al.* (1999) de que la motivación intrínseca de los empleados explica la relación entre las variables exógenas (HPWS) y las actitudes laborales de los empleados, como el CA. Nuestro trabajo amplía las

conclusiones de estudios anteriores sobre los mecanismos entre HPWS y el CA, y sugiere que un mecanismo relevante para entender la influencia de HPWS en el CA es el impacto que HPWS tiene en la forma en que los empleados/as perciben su empoderamiento en la empresa, en particular, sobre el significado percibido, la autodeterminación y el impacto del trabajo.

En segundo lugar, los resultados del modelo 2 (es decir, el modelo mediado) proporcionan dos resultados parciales significativos. Por un lado, los efectos de HPWS sobre las cuatro dimensiones del EP del colectivo empleado son positivos y estadísticamente significativos. Dado que los estudios anteriores han examinado principalmente la influencia de las prácticas de RR. HH. en el EP de los empleados como un todo (Butts *et al.*, 2009), no se conoce cómo pueden influir las prácticas de RR. HH. utilizadas por las empresas en los diferentes aspectos de tal empoderamiento. Nuestro estudio contribuye a completar este vacío en la investigación. Para nuestra muestra de empresas y empleados clave, en la medida en que la empresa aplique un conjunto coherente de prácticas de RR. HH., las cuatro dimensiones del EP aumentarán. En particular, asumimos que HPWS es una variable latente, por lo que es la sinergia entre las prácticas de HPWS la que influye en las dimensiones del EP. Así, contribuimos a ampliar la evidencia empírica necesaria sobre el papel de las prácticas específicas de RR. HH. en la mejora de los sentimientos de empoderamiento (por ejemplo, Van de Voorde *et al.*, 2012).

Por otro lado, encontramos que el significado, la autodeterminación y el impacto influyen significativamente en el CA de los empleados/as. En cuanto a la influencia del significado en el CA de los empleados, nuestros resultados corroboran los hallazgos de Liden *et al.* (2000), que demostraron la relevancia de los trabajos significativos para aumentar el apego emocional de los empleados a sus empresas. En línea con Karim (2010), también encontramos que la autodeterminación y el impacto tienen un efecto positivo en el CA de los empleados/as. Estas dos dimensiones del EP representan el control personal del empleado en el trabajo, un factor que se ha relacionado con el CA del empleado (por ejemplo, Spector, 1986; Wayne *et al.*, 1994). Sin embargo, no encontramos pruebas de la influencia positiva de la competencia en el CA del individuo. Una de las explicaciones de este hallazgo puede ser que la competencia por sí sola no es un factor relevante para explicar el CA de los empleados y que debería tenerse en cuenta la sinergia entre las dimensiones del EP. Por ejemplo, Ehrhardt *et al.* (2011) afirman que la influencia de la competencia percibida en el trabajo sobre el CA de los empleados/as será más fuerte cuando los empleados perciban que tienen la oportunidad de hacer contribuciones significativas en la empresa (es decir, mayor impacto). Del mismo modo, Deci y Ryan (2000) afirman que, aunque los sentimientos de competencia facilitan la regulación en un contexto social específico, fomentando la identificación y la integración, la autonomía también es necesaria para lograr una regulación más integral y profunda de uno mismo/a. En esta línea, el estudio de Gahlawat y Kundu (2019) evidenció que el CA se ve favorecido por las percepciones positivas de los empleados/as sobre las prácticas participativas (sin considerar la competencia o el dominio en el trabajo). En nuestra investigación, realizamos una serie de análisis adicionales para explorar estos efectos interactivos, pero los resultados no revelaron relaciones estadísticamente significativas con el CA de los empleados/as. En definitiva, nuestros hallazgos confirman

las diferencias en el poder predictivo de las distintas dimensiones del EP, en línea con los resultados de los pocos trabajos que previamente han abordado el estudio del EP de esta específica forma (por ejemplo, Miao *et al.*, 2018; Wikhamn y Selart, 2019).

La tercera contribución se refiere a la utilización de metodologías multinivel. Nuestros resultados integran los enfoques micro y macro del estudio del EP de los empleados/as en un único modelo (Spreitzer, 2008). La mayoría de las investigaciones anteriores han recogido datos de un solo encuestado (ya sea el director/a de RR. HH. o los empleados/as), por lo que se corre el riesgo de la varianza del método común. En el presente trabajo, recogimos datos de la dirección de RR. HH. sobre la variable independiente (HPWS), y de una muestra de empleados/as de base sobre la variable mediadora (dimensiones del EP) y la variable dependiente (CA).

6.2. Implicaciones para la gestión

Nuestros análisis demuestran que el EP de los empleados es un mecanismo intermedio relevante entre HPWS y el CA de los empleados. Los directivos pueden confirmar si las prácticas de RR. HH. de su empresa contribuyen o no a aumentar el apego afectivo de su plantilla principal observando los cambios en el EP de los empleados. Según nuestros resultados, incluso si la estrategia de RR. HH. no muestra una relación causal directa con el CA de las personas empleadas, puede influir significativamente en el CA de forma indirecta a través del EP. Cuando los directivos implementan nuevas estrategias de RR. HH., deben considerar que las variables relacionadas con el EP de los empleados median el efecto del HPWS en el CA de los empleados. Si este es el caso, se anima a los directivos a comprobar el diseño de las estrategias de RR. HH. implementadas en la empresa, adoptando el enfoque más adecuado para dirigir las inversiones en RR. HH. a aquellas prácticas que influyen en la percepción de los empleados sobre su propio empoderamiento. Además, concluimos que el efecto simultáneo de las diferentes dimensiones del HPWS influye en el EP de los individuos empleados. Esto es coherente con la idea de Ostroff y Bowen (2000) de que cuanto más consistente internamente sea el sistema de RR. HH., más significativos serán sus efectos en los resultados de los empleados. Por tanto, los directivos deberían adoptar prácticas de RR. HH. que funcionen conjuntamente y puedan aumentar el CA de los empleados a través de su EP. Dado el perfil específico de los empleados/as clave y su importancia para alcanzar los objetivos de la organización, prestar atención a su motivación y a sus sentimientos de empoderamiento surge como una tarea crucial e, incluso, inevitable para los directivos.

6.3. Limitaciones y orientaciones para futuras investigaciones

Nuestro estudio no está exento de limitaciones. En primer lugar, nuestra muestra solo incluye a los empleados clave de las empresas, por lo que nuestros resultados no pueden generalizarse a toda la plantilla. Los estudios futuros deberían replicar esta investigación con una muestra diferente de empleados/as.

En segundo lugar, nuestra variable independiente (HPWS) se midió a través de las opiniones de los directivos/as, pero no de las percepciones de las personas empleadas sobre las prácticas de RR. HH. utilizadas en la empresa. Según Nishii y Wright (2008) puede haber algunas diferencias entre las prácticas de RR. HH. diseñadas por los directivos (es decir, las prácticas de RR. HH. previstas) y las percibidas por los empleados/as. Las investigaciones futuras también deberían tener en cuenta la evaluación de las prácticas de RR. HH. por parte de los empleados/as, así como sus atribuciones con respecto a dichas prácticas, dado que no todos los empleados tienen que identificarse con los HPWS en el mismo grado (Andersén y Andersén, 2019). Esto permitiría comprender mejor su impacto en el EP y el CA de los empleados.

Referencias bibliográficas

- Allen, N. J. y Meyer, J. P. (1990). The measurement and antecedents of affective, continuance and normative commitment to the organization. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, (63), 1-18. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8325.1990.tb00506.x>
- Ambad, S. N. A., Kalimin, K. M., Damit, D. H. D. A. y Andrew, J. V. (2021). The mediating effect of psychological empowerment on leadership styles and task performance of academic staff. *Leadership & Organization Development Journal*, 42(5), 763-782. <https://doi.org/10.1108/LODJ-05-2020-0197>
- Andersén, J. y Andersén, A. (2019). Are high-performance work systems (HPWS) appreciated by everyone? The role of management position and gender on the relationship between HPWS and affective commitment. *Employee Relations*, 41(5), 1.046-1.064. <https://doi.org/10.1108/ER-03-2018-0080>
- Appelbaum, E., Bailey, T., Berg, P. y Kallenberg, A. L. (2000). *Manufacturing advantage: Why high-performance work systems pay off*. Cornell University Press.
- Aryee, S., Walumbwa, F. O., Seidu, E. Y. y Otaye, L. E. (2012). Impact of high-performance work systems on individual-and branch-level performance: Test of a multilevel model of intermediate linkages. *Journal of Applied Psychology*, 97(2), 287-300. <https://doi.org/10.1037/a0025739>
- Axtell, C. M. y Parker, S. K. (2003). Promoting role breadth self-efficacy through involvement, work redesign and training. *Human Relations*, (56), 113-131. <https://doi.org/10.1177/0018726703056001452>
- Bagozzi, R. P. y Phillips, L. W. (1982). Representing and testing organizational theories: A holistic construal. *Administrative Science Quarterly*, 27(3), 459-489. <https://doi.org/10.2307/2392322>
- Bailey, T. R. (1993). *Discretionary effort and the organization of work: Employee participation and work reform since Hawthorne*. Teachers College and Conservation of Human Resources, Columbia University.
- Beltrán Martín, I., Bou Llusar, J. C., Roca Puig, V. y Escrig Tena, A. B. (2017). The relationship between high performance work

- systems and employee proactive behaviour: Role breadth self-efficacy and flexible role orientation as mediating mechanisms. *Human Resource Management Journal*, 27(3), 403-422. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12145>
- Bentler, P. M. (2006). *EQS 6 Structural Equations Program Manual*. Multivariate Software, Inc.
- Blau, P. M. (1964). *Exchange and power in social life*. John Wiley.
- Boon, C., Den Hartog, D. N., Boselie, P. y Paauwe, J. (2011). The relationship between perceptions of HR practices and employee outcomes: Examining the role of person-organisation and person-job fit. *The International Journal of Human Resource Management*, 22(2), 138-162. <https://doi.org/10.1080/09585192.2011.538978>
- Bowen, D. E. y Lawler, E. E. (1992). Total quality-oriented human resources management. *Organizational Dynamics*, 20(4), 29-41. [https://doi.org/10.1016/0090-2616\(92\)90073-V](https://doi.org/10.1016/0090-2616(92)90073-V)
- Butts, M. M., Vandenberg, R. J., DeJoy, D. M., Schaffer, B. S. y Wilson, M. G. (2009). Individual reactions to high involvement work processes: Investigating the role of empowerment and perceived organizational support. *Journal of Occupational Health Psychology*, 14(2), 122-136. <https://doi.org/10.1037/a0014114>
- Combs, J., Liu, Y., Hall, A. y Ketchen, D. (2006). How much do high-performance work practices matter? A meta-analysis of their effects on organizational performance. *Personnel Psychology*, 59(3), 501-528. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2006.00045.x>
- Deci, E. L. y Ryan, R. M. (2000). The "what" and "why" of goal pursuits: Human needs and the self-determination of behaviour. *Psychological Inquiry*, 11(4), 227-268. https://doi.org/10.1207/S15327965PLI1104_01
- Eby, L. T., Freeman, D. M., Rush, M. C. y Lance, C. E. (1999). Motivational bases of affective organizational commitment: A partial test of an integrative theoretical model. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 72(4), 463-483. <https://doi.org/10.1348/096317999166798>
- Edwards, J. R. (1991). Person-job fit: A conceptual integration, literature review, and methodological critique. *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, (6), 283-357.
- Ehrhardt, K., Miller, J. S., Freeman, S. J. y Hom, P. W. (2011). An examination of the relationship between training comprehensiveness and organizational commitment: Further exploration of training perceptions and employee attitudes. *Human Resource Development Quarterly*, 22(4), 459-489. <https://doi.org/10.1002/hrdq.20086>
- Farndale, E., Hope-Hailey, V. y Kelliher, C. (2011). High commitment performance management: The roles of justice and trust. *Personnel Review*, (40), 5-23. <https://doi.org/10.1108/004834811111095492>
- Gahlawat, N. y Kundu, S. C. (2019). Participatory HRM and firm performance: Unlocking the box through organizational climate and employee outcomes. *Employee Relations*, 41(5), 1.098-1.119. <https://doi.org/10.1108/ER-05-2018-0147>
- Galletta, M., Portoghese, I. y Battistelli, A. (2011). Intrinsic motivation, job autonomy and turnover intention in the Italian health-care: The mediating role of affective commitment. *Journal of Management Research*, 3(2), 1-19.

- Gallie, D., Felstead, A. y Green, F. (2001). Employer policies and organizational commitment in Britain, 1992-97. *Journal of Management Studies*, 38(8), 1.081-1.101. <https://doi.org/10.1111/1467-6486.00273>
- García Juan, B., Escrig Tena, A. B. y Roca Puig, V. (2019). The empowerment-organizational performance link in local governments. *Personnel Review*, 48(1), 118-140. <https://doi.org/10.1108/PR-09-2017-0273>
- Gardner, T. M., Wright, P. M. y Moynihan, L. M. (2011). The impact of motivation, empowerment, and skill-enhancing practices on aggregate voluntary turnover: The mediating effect of collective affective commitment. *Personnel Psychology*, 64(2), 315-350. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2011.01212.x>
- Hackman, J. R. y Oldham, G. R. (1976). Motivation through the design of work: Test of a theory. *Organizational Behavior and Human Performance*, 16(2), 250-279. [https://doi.org/10.1016/0030-5073\(76\)90016-7](https://doi.org/10.1016/0030-5073(76)90016-7)
- House, R., Rousseau, D. M. y Thomas-Hunt, M. (1995). The meso paradigm: A framework for the integration of micro and macro organizational behaviour. En L. L. Cummings y B. M. Staw (Eds.), *Research in organizational behavior* (vol. 17, pp. 71-114). JAI Press.
- Ichniowski, C., Shaw, K. y Prennushi, G. (1997). The effects of human resource management practices on productivity: A study of steel finishing lines. *The American Economic Review*, (87), 291-313. <https://doi.org/10.3386/w5333>
- Jiang, K., Lepak, D. P., Hu, J. y Baer, J. C. (2012). How does human resource management influence organizational outcomes? A meta-analytic investigation of mediating mechanisms. *Academy of Management Journal*, 55(6), 1.264-1.294. <https://doi.org/10.5465/amj.2011.0088>
- Joo, B. K. (2010). Organizational commitment for knowledge workers: The roles of perceived organizational learning culture, leader-member exchange quality, and turnover intention. *Human Resource Development Quarterly*, 21(1), 69-85. <https://doi.org/10.1002/hrdq.20031>
- Karim, N. H. A. (2010). The impact of work-related variables on librarians' organizational commitment and job satisfaction. *Malaysian Journal of Library & Information Science*, 15(3), 149-163.
- Kooij, D. T. y Boon, C. (2018). Perceptions of HR practices, person-organisation fit, and affective commitment: The moderating role of career stage. *Human Resource Management Journal*, 28(1), 61-75. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12164>
- LeBreton, J. M. y Senter, J. L. (2008). Answers to 20 questions about interrater reliability and interrater agreement. *Organizational Research Methods*, 11(4), 815-852. <https://doi.org/10.1177/1094428106296642>
- Lepak, D. P. y Snell, S. A. (2002). Examining the human resource architecture: The relationships among human capital, employment, and human resource configurations. *Journal of Management*, 28(4), 517-543. <https://doi.org/10.1177/014920630202800403>
- Lepak, D. P., Taylor, M. S., Tekleab, A. G., Marrone, J. A. y Cohen, D. J. (2007). An examination of the use of high-investment human resource systems for core and support employees. *Human Resource Management*, 46(2), 223-246. <https://doi.org/10.1002/hrm.20158>
- Liao, H., Toya, K., Lepak, D. P. y Hong, Y. (2009). Do they see eye to eye? Management and

- employee perspectives of high-performance work systems and influence processes on service quality. *Journal of Applied Psychology*, 94(2), 371-391. <https://doi.org/10.1037/a0013504>
- Liden, R. C., Wayne, S. J. y Sparrowe, R. T. (2000). An examination of the mediating role of psychological empowerment on the relations between the job, interpersonal relationships, and work outcomes. *Journal of Applied Psychology*, 85(3), 407-416. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.85.3.407>
- Lux, A. A., Grover, S. L. y Teo, S. T. (2019). Reframing commitment in authentic leadership: Untangling relationship-outcome processes. *Journal of Management & Organization*, 29(1), 1-19. <https://doi.org/10.1017/jmo.2019.78>
- Maynard, M. T., Gilson, L. L. y Mathieu, J. E. (2012). Empowerment-fad or fab? A multilevel review of the past two decades of research. *Journal of Management*, 38(4), 1.231-1.281. <https://doi.org/10.1177/0149206312438773>
- Meyer, J. P., Becker, T. E. y Vandenberghe, C. (2004). Employee commitment and motivation: A conceptual analysis and integrative model. *Journal of Applied Psychology*, 89(6), 991-1.007. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.89.6.991>
- Meyer, J. P., Stanley, D. J., Herscovitch, L. y Topolnytsky, L. (2002). Affective, continuance, and normative commitment to the organization: A meta-analysis of antecedents, correlates, and consequences. *Journal of Vocational Behavior*, 61(1), 20-52. <https://doi.org/10.1006/jvbe.2001.1842>
- Miao, Q., Newman, A., Schwarz, G. y Cooper, B. (2018). How leadership and public service motivation enhance innovative behavior. *Public Administration Review*, 78(1), 71-81.
- Nishii, L. H. y Wright, P. M. (2008). Variability within organizations: Implications for strategic human resources management. En D. B. Smith (Ed.), *The people make the place: Dynamic linkages between individuals and organizations*. Lawrence Erlbaum Associates.
- Ostroff, C. y Bowen, D. E. (2000). Moving human resource to a higher level. Human resource practices and organizational effectiveness. En K. Klein y S. W. Kozlowski (Eds.), *Multilevel theory, research, and methods in organizations*. Jossey-Bass.
- Peccei, R. y Van de Voorde, K. (2016). The application of the multilevel paradigm in human resource management-outcomes research: Taking stock and going forward. *Journal of Management*, 45(2), 786-818. <https://doi.org/10.1177/0149206316673720>
- Pfeffer, J. (1998). *The human equation*. Harvard Business School.
- Preacher, K. J., Zyphur, M. J. y Zhang, Z. (2010). A general multilevel SEM framework for assessing multilevel mediation. *Psychological Methods*, 15(3), 209-233. <https://doi.org/10.1037/a0020141>
- Saira, S., Mansoor, S. y Ali, M. (2021). Transformational leadership and employee outcomes: The mediating role of psychological empowerment. *Leadership & Organization Development Journal*, 42(1), 130-143.
- Salancik, G. R. y Pfeffer, J. (1978). A social information processing approach to job attitudes and task design. *Administrative Science Quarterly*, 23(2), 224-253. <https://doi.org/10.2307/2392563>
- Seibert, S. E., Wang, G. y Courtright, S. H. (2011). Antecedents and consequences of psychological and team empowerment in organizations: A meta-analytic review. *Journal of Applied Psychology*, 96(5), 981-1.003.



- Spector, P. E. (1986). Perceived control by employees: A meta-analysis of studies concerning autonomy and participation at work. *Human Relations*, 39(11), 1.005-1.016. <https://doi.org/10.1177/001872678603901104>
- Spreitzer, G. M. (1995). Psychological empowerment in the workplace: Dimensions, measurement, and validation. *Academy of Management Journal*, 38(5), 1.442-1.465. <https://doi.org/10.5465/256865>
- Spreitzer, G. M. (1996). Social structural characteristics of psychological empowerment. *Academy of Management Journal*, 39(2), 483-504. <https://doi.org/10.5465/256789>
- Spreitzer, G. M. (2008). Taking stock: A review of more than twenty years of research on empowerment at work. En J. Barling y C. J. Cooper (Eds.), *Handbook of organizational behavior* (pp. 54-72). Sage.
- Spreitzer, G. M., Kizilos, M. A. y Nason, S. W. (1997). A dimensional analysis of the relationship between psychological empowerment and effectiveness satisfaction, and strain. *Journal of Management*, 23(5), 679-704. <https://doi.org/10.1177/014920639702300504>
- Takeuchi, R., Chen, G. y Lepak, D. P. (2009). Through the looking glass of a social system: Cross-level effects of high-performance work systems on employees' attitudes. *Personnel Psychology*, 62(1), 1-29. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2008.01127.x>
- Thomas, K. W. y Velthouse, B. A. (1990). Cognitive elements of empowerment: An «interpretive» model of intrinsic task motivation. *Academy of Management Review*, 15(4), 666-681. <https://doi.org/10.5465/amr.1990.4310926>
- Van de Voorde, K., Paauwe, J. y Van Veldhoven, M. (2012). Employee well-being and the HRM-organizational performance relationship: A review of quantitative studies. *International Journal of Management Reviews*, 14(4), 391-407. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2370.2011.00322.x>
- Wayne, S. J., Liden, R. C., Bradway, L., Murphy, S. y Graf, I. K. (1994). *Reward systems, empowerment, and effectiveness study: Feedback report* [Technical report]. Center for Human Resource Management, University of Illinois.
- Wikhamn, W. y Selart, M. (2019). Empowerment and initiative: The mediating role of obligation. *Employee Relations*, 41(4), 662-677. <https://doi.org/10.1108/ER-11-2017-0273>
- Wood, S. y Albanese, M. T. (1995). Can we speak of a high commitment management on the shop floor? *Journal of Management Studies*, 32(2), 215-247. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.1995.tb00341.x>
- Yogalakshmi, J. A. y Suganthi, L. (2020). Impact of perceived organizational support and psychological empowerment on affective commitment: Mediation role of individual career self-management. *Current Psychology*, 39(3), 885-899.

Inmaculada Beltrán Martín. Catedrática de universidad del Departamento de Administración de Empresas y Marketing de la Universitat Jaume I (Castelló, España). Sus líneas de investigación abarcan diferentes aspectos de la dirección de recursos humanos de las empresas tales como la flexibilidad de los recursos humanos, el empoderamiento de los empleados/as o la implementación de las estrategias de recursos humanos. Ha publicado sus investigaciones en revistas tales como *International Journal of Human Resource Management*, *Journal of Management* o *Human Resource Management Journal*, entre otras. <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>

Juan Carlos Bou Llusar. Catedrático de Organización de Empresas de la Universitat Jaume I (Castelló, España). Sus principales intereses de investigación abarcan la gestión de los recursos humanos y la dirección estratégica. Es investigador principal del grupo de investigación Excellentia: calidad, innovación y personas de la Universitat Jaume I. <https://orcid.org/0000-0001-7975-4304>

Beatriz García Juan. Profesora ayudante doctora en la Universitat Jaume I (Castelló, España) en diferentes grados y másteres, en asignaturas relacionadas con la dirección de empresas y la gestión de recursos humanos. Sus principales intereses de investigación versan sobre la gestión de recursos humanos, la gestión de la calidad y la innovación, y en la vertiente docente, en la aplicación de nuevas técnicas de enseñanza-aprendizaje sobre la base de las nuevas tecnologías y la colaboración. <https://orcid.org/0000-0002-8785-1101>

Alejandro Salvador Gómez. Investigador y docente en la Universitat Jaume I (Castelló, España). En el ámbito de la investigación, forma parte del grupo de investigación Excellentia, siendo uno de sus principales intereses de estudio el proceso de implementación de las estrategias de recursos humanos. En el ámbito de la docencia, dentro del área de organización de empresas, imparte asignaturas de implementación de estrategias empresariales, dirección de operaciones y trabajos finales de grado. <https://orcid.org/0000-0003-3115-7185>

Contribución de autores. Todos los autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

XXXIII

PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 33.^a edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 29.^a edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 20.^a edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 9.^a edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo de presentación de trabajos finaliza el 3 de mayo de 2023, a las 20 horas.

Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando www.cef.es