

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 481 | Julio-Agosto 2024

ISSN: 2792-8314

Acceso al empleo público de personas con discapacidad intelectual

Susana Rodríguez Escanciano

Bonificaciones y reducciones en las cotizaciones como vía de conciliación

María José López Álvarez

Jueces robot

Javier Ercilla García

Límites del poder sancionador del SEPE

Daniel Pérez del Prado

Igual salario a trabajo de igual valor: su inaplicación en la universidad pública

Cristóbal Molina Navarrete





MÁSTERES Y CURSOS



Potenciamos el talento
que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y
Finanzas • Dirección y Administración de
Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y
Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente
• Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 481 | Julio-Agosto 2024

Directora editorial

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

Consejo de redacción

Directora

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

Subdirectora

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

Vocales

Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

Secretaría

Pilar Conde Colmenero. Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad, área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Profesora asociada. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Luis 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)

Marco Biasi. Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

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

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

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

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

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)

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. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Módena e Reggio Emilia (Italia)

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

Amparo Esteve Segarra. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

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)

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)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Estudios de recursos humanos

Eva Cifre Gallego. Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

Vicente A. Martínez Tur. Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

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

Indexación y calidad



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.

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) **130 €** en papel y digital / **80 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **25 €**

No suscriptores/as **30 €**

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:



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Impresión

Artes Gráficas Coyve

c/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

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 \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Sumario

Editorial

- Oportunidades de acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual 7-20
Susana Rodríguez Escanciano

Estudios

- Bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de conciliación familiar 21-46
Bonus and reductions in Social Security quotas as work-life balance resource
María José López Álvarez
- Jueces robot, dos aproximaciones prácticas a su concepto 47-84
Robot Judges, two practical approaches to their concept
Javier Ercilla García
- Atención y protección de las personas menores huérfanas y víctimas de violencia de género. Evolución y resultados 85-113
Care and protection of orphaned minors and victims of gender violence. Evolution and results
María Dolores García Valverde
- La ceguera o discapacidad visual como situación determinante de la gran invalidez, ¿suficiente por sí misma? 115-139
Blindness or visual disability as a determining situation of great disability, is it enough by itself?
Raquel Poquet Catalá

Diálogos con la jurisprudencia

- Sobre los límites del poder sancionador del Servicio Público de Empleo Estatal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 293/2024, de 14 febrero 141-149
On the limits of the sanctioning power of the State Public Employment Service. Apropos of Supreme Court Ruling 293/2024, February 14
Daniel Pérez del Prado
- Igual salario a trabajo de igual valor: ¿qué parte del principio no se entiende en la universidad pública para el personal investigador doctor? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 426/2024, de 6 de marzo 150-159

Equal salary for work of equal value: what part of the principle is not understood in the public university for doctoral research personnel? Commentary on Supreme Court Ruling 426/2024, March 6

Cristóbal Molina Navarrete

Sobre la indemnización (ni adecuada, ni reparadora, ni disuasoria) por despido improcedente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024)

On compensation (neither adequate, nor restorative, nor dissuasive) for unfair dismissal. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Basque Country of 23 April 2024 (rec. 502/2024)

Xosé Manuel Carril Vázquez

160-170

¿Tienen las personas trabajadoras por cuenta ajena derecho a un permiso retribuido para participar en una campaña electoral? Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona 64/2024, de 18 de marzo

Are employees entitled to paid leave during an election campaign? Commentary on the ruling of the Social Court n.º 1 of Barcelona 64/2024 of March 18

Carolina Gala Durán

171-179

Recensiones bibliográficas

Cristóbal Molina Navarrete, Fernando Ballester Laguna y Ana Caro Muñoz (Dirs.). (2024). Nuevas reglas de contratación laboral para las universidades: personal de investigación y docente e investigador. Universidad de Jaén, UJA Editorial, 264 pp.

Josep Moreno Gené

181-184

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>

Oportunidades de acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

Subdirectora de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

1. Cierto es que uno de los colectivos que mayores dificultades presenta en el acceso al mercado laboral es el de las personas con discapacidad. Basta aportar un significativo [dato estadístico](#): su índice de afiliación alcanza solamente el 1,50 % o, dicho en otros términos, su tasa de inactividad duplica a la de las personas no discapacitadas. En concreto, haciendo una foto fija, se puede mostrar que en febrero de 2022 las personas con discapacidad integran el 6,3 % de la población total en edad laboral, llegando únicamente a 516.300 las personas con discapacidad ocupadas –1,6 %– ([Observatorio de las ocupaciones 2022. Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad estatal. Datos 2021](#)).

No menos verdad resulta que las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo, pues las afectaciones pueden ser manifiestas u ocultas, graves o leves, singulares o múltiples, crónicas o intermitentes, cognitivas o físicas. Constituyen un sector de población muy heterogéneo, incluyendo diversos subgrupos con notables diferencias no solo relativas a, entre otras circunstancias, sus propias características personales, sino a la concurrencia de otros factores (edad, sexo, género, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, violencia sexual y violencia machista, tipo y grado de discapacidad, nivel de cualificación, lugar de residencia, soledad o situación de pobreza), que, al sumarse con la discapacidad provocan en numerosas ocasiones discriminaciones múltiples (por la manifestación de manera simultánea o consecutiva de dos o más causas) o interseccionales (por la interacción de diversas causas, generando de forma específica discriminación).

Ahora bien, pese a esta variada panoplia de circunstancias no cabe soslayar un imprescindible elemento de acción común: dada su postergación laboral, es necesario que desde el ordenamiento jurídico se diseñen una serie de medidas de acción positiva capaces de corregir este abrupto devenir.

Reconociendo la realidad de esta afirmación, tampoco cabe soslayar que quienes presentan mayores trabas en el acceso al mercado de trabajo y en la permanencia en el mismo son las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, circunstancias que, como se puede fácilmente intuir, todavía se vuelven más negativas si estas personas se ven afectadas por algún otro extremo estigmatizante mencionado anteriormente.

Según los datos más recientes proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), correspondientes al año 2022, la tasa de actividad fue solo del 36,4 % entre las personas con discapacidad intelectual. Un estudio presentado por Down España, titulado «[Nuevas políticas de empleo para las personas con discapacidad](#)», pone de manifiesto que solo el 21 % de las 190.000 personas con discapacidad intelectual que residen en España y que están en edad de trabajar tienen un empleo, de las cuales poco más del 1 % están ocupadas en empresas ordinarias (unas 2.000), mientras 38.000 están activas en empleos protegidos, quedando 120.000 al margen del mercado de trabajo. Según la [Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia \(EDAD\) del año 2020](#), del INE solo el 2,56 % de las personas con dificultades de aprendizaje, aplicación del conocimiento y desarrollo de tareas se encontraba laboralmente activas en el año 2020, frente al 1,5 % que demandaba empleo y el 95,92 % que ni tenía una ocupación ni la buscaba. El simple recurso a la estadística demuestra que se trata del colectivo de personas con discapacidad con menor nivel de inclusión laboral.

Además, si el índice de pobreza es elevado para las personas con discapacidad (según las tablas elaboradas por la [Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social](#) alcanza el 33 %, esto es, 1 de cada 3), todavía lo es más para las personas con discapacidad intelectual, pues, según el [Informe «Plena Inclusión»](#), su tasa de desempleo entre 16 y 24 años alcanza la cifra del 74 %. Este mayor riesgo de pobreza es consecuencia de la multidimensionalidad del fenómeno, lo que se refleja una vez más, entre otras cuestiones, en el sobrecoste agregado que supone tener una discapacidad para afrontar la vida cotidiana y, cómo no, de nuevo, por la mayor dificultad en el acceso al mercado laboral.

Así pues, adquiere un gran protagonismo la necesidad de adoptar acciones específicas en el marco del empleo de las personas con discapacidad intelectual en la línea marcada por la [Estrategia Española sobre Discapacidad para el periodo 2022-2030](#), donde la discapacidad intelectual recibe un trato especial en áreas como la lucha contra la discriminación múltiple que sufren niñas y mujeres con esta diversidad funcional o la atención a las necesidades emergentes del envejecimiento y del deterioro prematuro que experimentan estas personas, para lo que la estrategia considera preciso fomentar y visibilizar prácticas e iniciativas tanto en la atención diurna, residencial, apoyos en el domicilio, apoyos para la participación en la comunidad y, cómo no, en el ámbito sociolaboral. Otra cosa es lo que sucede en la práctica en materia de empleo, pues pese a algunos avances, se siguen observando importantes lagunas y carencias que si son manifiestas en general para el colectivo de las personas con discapacidad, todavía son más profundas para las personas con discapacidad intelectual.

2. Como resulta fácil de adivinar, el ingreso al trabajo es el primer y más difícil estadio que la persona con discapacidad ha de superar para optar a un desarrollo profesional digno. No cabe soslayar que las diferencias injustificadas de trato en el momento de la contratación no solo constituyen el germen y la matriz de las demás desigualdades laborales que padecen las personas con discapacidad, sino el origen de las pretericiones más difíciles de erradicar y de combatir, en la medida en que el acto de reclutamiento viene presidido por el conocido parámetro de libertad de empresa ([art. 38 Constitución española](#)), al amparo del cual el empleador puede elegir a quien desea incorporar entre varios posibles, abriéndose un amplio margen para actuar en perjuicio de las personas con discapacidad.

Aunque el paso dado por la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha sido importante, pues reconoce que la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación provocará no solo la eliminación de la conducta discriminatoria y la restitución a la situación anterior, sino una reparación indemnizatoria de los daños y perjuicios causados, acompañada de una presunción de existencia del daño moral ([art. 27](#)), lo cierto es que la triste realidad demuestra que a día de hoy es imprescindible recurrir a medidas de acción positiva, cuya constitucionalidad ha sido avalada de forma expresa para las personas con discapacidad por la [Sentencia del máximo intérprete de la norma fundamental de 3 de octubre de 1994](#).

La [Ley 3/2023, de 28 de febrero](#), de empleo (LE), se encarga de desgranar los estímulos a la contratación de personas con discapacidad con menor o mayor intensidad a partir de un doble grupo: por un lado, «personas con discapacidad», esto es, las definidas como tales en el [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPCD); por otro, «personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo», en referencia a

[...] las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %¹ ([art. 50.1 in fine LE](#)).

¹ El Real Decreto-Ley ([RDL](#)) [2/2023, de 16 de marzo](#), de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, establece una presunción de discapacidad del 65 % para señalar (nueva redacción de [disp. adic. vigésima quinta de la Ley general de la Seguridad Social](#)) que:

[...] sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 %, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 %, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos.

Además, el [artículo 30 de la LE](#) prevé una formación específica en accesibilidad cognitiva por parte de las plantillas de los servicios públicos de empleo para atender las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo.

Al tiempo, de conformidad con el Real Decreto [\(RD\) 368/2021, de 25 de mayo](#), sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, los empresarios que contraten a trabajadores con capacidad intelectual límite (entre el 20 y el 33 %) podrán recibir una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros al mes (1.500 euros/año) durante 4 años.

Ahora bien, el resto de las ayudas están concebidas de forma genérica para personas con discapacidad con un grado igual o superior al 33 %, lo cual beneficia sin duda a las personas con discapacidad física menos severas, tal y como sucede con la cuota del 2 % que las empresas privadas y también las públicas que cuenten en su plantilla con un número de trabajadores igual o superior a 50 «vendrán obligadas» a reservar a «trabajadores con discapacidad» ([art. 42 LGDPCD](#)), pues no se establecen reglas particulares para las personas con discapacidad intelectual.

La posibilidad de acudir a medidas alternativas² ha motivado que desafortunadamente todavía en 2022 solo el 26,3 % de las empresas cumplen con el porcentaje del 2 % de personas con discapacidad en sus plantillas, lo que si se une a que el tejido empresarial español está formado casi en su mayoría por empresas de reducidas dimensiones, lleva a que en menos de un 1 % de las empresas va a ser objeto de aplicación la reserva, parámetro que se reduce estrechamente si se trata de personas con discapacidad intelectual.

3. Como pauta general, el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, tanto personal funcionario como laboral, se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal ([art. 113.1 RDL 6/2023, de 19 de diciembre](#)), por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación,

² 1) Constitución de un enclave laboral, lo cual resulta paradójico teniendo en cuenta que este instrumento implica la prestación de servicios en empresas, en el mercado de trabajo ordinario, que emplean a personas con discapacidad provenientes de centros especiales de empleo (CEE). 2) Realización de un contrato mercantil o civil con un CEE o un autónomo/a con discapacidad para el suministro de bienes necesarios o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa en el normal desarrollo de la misma, por un determinado importe anual de al menos tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 %. 3) Realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de las personas con discapacidad, en favor de fundaciones o asociaciones de utilidad pública que tengan aquellas actividades como objeto social, y por un determinado importe anual (al menos, una vez y media el IPREM por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 %) ([art. 2 RD 364/2005](#)).

Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo). Además, en este ámbito del empleo público existe, al igual que en el sector privado, una cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad, con una doble manifestación: de un lado, si se trata de empresas públicas, la reserva es del 2 % de la plantilla, tal y como ha recordado la [Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2023, de 4 de julio](#), en relación con la Corporación RTVE. De otro, si se trata del sector público de base territorial, el cupo de reserva dentro de las convocatorias de plazas alcanza el 10 % a la luz del [artículo 108.4 del RDL 6/2023](#). En todo caso, la reserva se hará sobre el número total de las plazas incluidas en la respectiva oferta de empleo público, afectando, por tanto, también a la promoción interna.

Aun cuando hay muy pocos datos agregados sobre el número de personas con discapacidad al servicio de las Administraciones públicas, pues no es fácil el acceso al desglose de tal extremo, cabe percibir que la realidad muestra la existencia de una brecha importante, sobre todo en lo que se refiere a personas con grandes discapacidades o discapacidades intelectuales. Y ello pese a que se incluye un factor expreso de desagregación, pues dicha reserva se realizará de manera que, al menos el 2 % de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo será para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Tal y como señala el [artículo 108.4 del RDL 6/2023](#), pueden concentrarse las plazas reservadas para personas con discapacidad en aquellas convocatorias que se refieran a cuerpos, escalas o categorías que se adapten mejor a sus capacidades y competencias. Así pues, aun cuando deben aparecer las plazas reservadas perfectamente especificadas en la correspondiente oferta pública de empleo y en cada una de las convocatorias, no existe imposición legal ni a favor de distribuir equitativamente la cuota entre los diversos cuerpos, escalas y categorías, ni respecto de cada concreta ocupación, siendo suficiente con formular el cupo en general. Tal razón ayuda a entender por qué en los cuerpos superiores de la Administración el porcentaje de empleados con discapacidad intelectual es prácticamente inexistente y que la real cobertura del cupo de reserva no alcance ni siquiera el 50 %.

La participación de las personas con discapacidad en la convocatoria podrá ser en un turno independiente o incorporarse en la ordinaria, si bien el acceso a plazas reservadas a personas con discapacidad intelectual, siempre que estas tengan reconocido un grado igual o superior al 33 %, se llevará a cabo mediante la convocatoria de pruebas selectivas específicas e independientes ([art. 113.3 RDL 6/2023](#)).

Con todo, la reserva no implica tampoco una garantía de ingreso efectivo, pues siempre se han de superar los procesos selectivos, acreditar el grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones y tareas genéricas consustanciales a las mismas ([art. 113 RDL 6/2023](#)).

4. El artículo 4.3 de la LGDPCD señala que «el reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente». El procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de discapacidad se encuentra regulado en el [RD 888/2022, de 18 de octubre](#), siendo competentes para ello los equipos de valoración y orientación de las comunidades autónomas. En realidad, es una norma de baremos que sigue ahora un modelo biopsicosocial, «que trasciende el enfoque tradicional meramente biológico, incorporando un enfoque holístico en el que se consideran de manera integrada tanto los factores biológicos como los psicológicos y sociales». De hecho, contiene hasta cuatro escalas de evaluación (en las que se pueden valorar no solo cualidades físicas sino mentales): de las funciones y estructuras corporales/deficiencia global de la persona (BFGP); de las capacidades/limitaciones de la actividad (BLA); de evaluación del desempeño/restricciones en la participación (BRP) y de factores contextuales/barreras ambientales (BFC). Más allá del modelo médico de discapacidad, solo atento a la presencia de deficiencias, físicas, psíquicas o sensoriales, se tienen también en cuenta factores sociales, ambientales o psicológicos complementarios relativos al entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificultan su integración social, atendiendo a las barreras que tales circunstancias pueden generar y la intensidad con que se presenta la necesidad de actuar para paliar las dificultades que tales brechas representan para estas personas. Para la determinación del grado concreto, el porcentaje obtenido en la evaluación de las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación presentadas, se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores contextuales/barreras ambientales, siendo el máximo de puntos posibles para este último extremo de 24. Dicha puntuación se novará, a su vez, por adición del «grado de discapacidad ajustado» (GDA) –[art. 4](#)–.

El proceso de evaluación se realizará garantizando las condiciones de accesibilidad universal, siendo posible su tramitación por medios no presenciales o telemáticos cuando las circunstancias especiales de las personas interesadas así lo requieran ([art. 8.2 y 3](#)).

Una vez efectuada la correspondiente evaluación, el equipo multidisciplinar de calificación y reconocimiento, del que formarán parte al menos un médico/a, un psicólogo/a y un trabajador/a social, emitirá un dictamen-propuesta (técnico-facultativo) para el reconocimiento del grado de discapacidad o si fuera el caso, para la revisión de este. En dicho informe se hará constar, además del grado de discapacidad, las puntuaciones obtenidas con la aplicación de los distintos baremos, los códigos de diagnóstico, deficiencia, limitaciones en la actividad, restricciones en la participación o barreras ambientales, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y/o la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos, en su caso ([art. 8.6](#)).

Una vez realizado el correspondiente informe, el órgano competente dictará resolución expresa en el plazo de 6 meses desde la solicitud, que se notificará con el dictamen propuesta ([art. 9](#)). Se podrá acordar la tramitación urgente de oficio o a instancia de la persona interesada cuando concurren razones de interés público que así lo aconsejen, entre otras

las relacionadas con la salud, la violencia de género, la esperanza de vida u otras de índole humanitaria, quedando reducidos los plazos a la mitad ([art. 10](#)).

Con este nuevo sistema se debe potenciar que con la información obtenida no solo se valoren las situaciones de discapacidad que puedan dar lugar al reconocimiento de un grado concreto, sino que también se evalúen las capacidades o aptitudes que tenga la persona a efectos de su inclusión social y laboral. Otra cosa es que este procedimiento todavía siga en cierta medida apegado a las dificultades físicas.

5. El artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, exige a cada Administración pública la adopción de las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios a las necesidades de las personas con discapacidad en dos momentos: en primer lugar, «en el proceso selectivo», permitiéndose el uso de prótesis, incluidas las auditivas, durante la realización de los procesos selectivos por quienes las precisen y lo acrediten ([art. 113.4 RDL 6/2023](#)); y, en segundo término, «una vez superado dicho proceso [...] en el puesto de trabajo», implementando las adaptaciones oportunas, incluidas medidas de accesibilidad, ajustes razonables y otros apoyos, en los puestos de trabajo para que las personas con discapacidad puedan desempeñar adecuadamente sus tareas profesionales ([art. 113.4 RDL 6/2023](#)). Ahora bien, de gran importancia es garantizar la accesibilidad de la información y la comunicación en todas las fases del proceso cuando de personas con discapacidad intelectual se trata, aspecto no siempre bien garantizado.

Particular atención merecen las adaptaciones a incorporar una vez que se ha conseguido acceder a un puesto en el sector público, pues las referencias a «medidas de accesibilidad, ajustes razonables y otros apoyos» presentan amplios contornos que incluyen aspectos muy variados que resultan interesantes para las personas con discapacidad intelectual. Así, bajo un punto de vista objetivo, se extiende desde la accesibilidad en general en los entornos laborales hasta la realización de ajustes concretos en el puesto de trabajo, abarcando a todo el espacio físico de trabajo, las dependencias, las herramientas, los equipos, los materiales, los programas informáticos, las materias primas, los *inputs*, las puertas, las vías de circulación, las escaleras, los servicios higiénicos, las aplicaciones, etc. Y desde una perspectiva subjetiva, se activa frente a cualquier persona con discapacidad que preste o vaya a prestar servicios para la organización, así como frente a cualquier persona trabajadora que adquiera dicha condición a lo largo de la relación de servicio. Esta generosa delimitación puede considerarse sumamente positiva porque permite una aplicación homogénea y no excluyente atendiendo a las circunstancias particulares de cada persona con discapacidad y de su entorno laboral.

Ahora bien, los principales problemas derivan de la falta de concreción y difusos límites que modulan esta obligación según el [artículo 40 de la LGDPCD](#): que «el ajuste sea razonable» y que no suponga «una carga excesiva». Ambos se encuentran impregnados

de altas dosis de penumbra, que deben ser despejadas, a riesgo de un ingente casuismo, acudiendo, de un lado, al principio general de adaptación del trabajo a la persona que trata de humanizar la actividad productiva, evitando la instrumentalización de la persona trabajadora y, de otro, a la pauta proporcionada por el [artículo 15.1 d\) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, que incorpora este mismo principio a la acción preventiva. Bajo tal premisa, dentro del término razonabilidad, se incluyen tanto las adaptaciones materiales (servicios higiénicos, maquinaria de asistencia, eliminación de barreras físicas o psicológicas, medios técnicos para paliar deficiencias visuales o auditivas, vías de circulación, escaleras...), como las organizativas (adaptación de horario o jornada, suspensión del contrato con reserva de puesto para atender recidivas o brotes temporales, cambio de centro o tareas, incorporación gradual tras un proceso de incapacidad temporal, permisos para asistir a terapias rehabilitadoras, cursos formativos *ad hoc* o posibilidad de trabajar a distancia...). Por su parte, la carga excesiva implica analizar el caso particular teniendo en cuenta no solo los costes de la medida, sino los efectos de la no adopción, las características de la Administración y el presupuesto disponible a tal fin.

Aunque la naturaleza jurídica de esta materia no se compeadece bien con una regulación rígida y taxativa, *de lege ferenda* debería de establecerse un contenido mínimo garantizador del cumplimiento de la obligación que evite fugas y subterfugios perjudiciales para las personas con discapacidad intelectual, obligadas a recurrir a los órganos judiciales para la satisfacción de un derecho indiscutible. Sería de gran interés, también, que el legislador estableciera la posibilidad de contar con un asesoramiento brindado por los equipos multidisciplinarios que deberían existir en el Servicio Público de Empleo sobre las adaptaciones del entorno laboral y de los puestos de trabajo cuando de personas con discapacidad intelectual se trate. Igualmente, deviene oportuno diseñar *ad futurum* un procedimiento *ad hoc*, en el cual la persona trabajadora pueda solicitar la medida de ajuste que estime más conveniente, estando la Administración obligada a aceptar la propuesta o a motivar el rechazo, siendo tal decisión recurrible en vía judicial, que adoptará la resolución que proceda recabando informe de la Inspección de Trabajo.

Fundamental resulta además otorgar prioridades a la hora de escoger destino, así como la introducción de la figura del empleo con apoyo en el sector público hasta ahora excluida.

6. El programa de empleo con apoyo, como medida específica (instaurada y regulada por el [RD 870/2007, de 2 de julio](#)), integra el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento dispensadas por personal cualificado (preparadores laborales) a las personas con discapacidad que desarrollan un puesto de trabajo en el mercado ordinario. Dichas acciones de apoyo se llevan a cabo en el seno de un proyecto previo promovido por asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro o por centros especiales de empleo (CEE), pero también por empresas privadas o autónomos.

Los destinatarios de tales iniciativas son personas con discapacidad severa, desempleadas e inscritas como demandantes de empleo o contratadas por un CEE, que presentan por tanto una mayor dificultad para acceder al mercado laboral al encontrarse en una de estas dos situaciones: a) personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de salud mental, trastorno del espectro del autismo o personas con discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33 %; b) personas con discapacidad física o sensorial con un grado reconocido igual o superior al 65 % (art. 3).

Con la finalidad de facilitar a estos colectivos la adaptación social y laboral en condiciones similares al resto de trabajadores que desempeñan puestos equivalentes, el programa de empleo con apoyo debe contemplar, como mínimo, las tareas siguientes (art. 2.2 RD 870/2007): a) orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando un programa individualizado de adaptación al puesto de trabajo; b) acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con la persona trabajadora con discapacidad; c) auxilio en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones; d) adiestramiento específico de la persona trabajadora con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; e) seguimiento y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo, detectando necesidades y eliminando posibles obstáculos, tanto para la persona trabajadora como para la empresa que le contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo, y f) asesoramiento e información sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

La duración del programa discurre entre 6 meses y 1 año, prorrogable hasta otro año más, e incluso 6 meses adicionales, siempre y cuando existan necesidades específicas de apoyo (art. 5.2 RD 870/2007).

Los preparadores han de poseer una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar una experiencia previa de al menos 1 año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad, debiendo dispensar una atención personalizada a cada persona trabajadora con discapacidad, que no podrá ser inferior al siguiente porcentaje de la jornada: a) un tercio en el caso de parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 65 %; b) un quinto en el caso de parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, y c) un octavo en el caso de discapacidad física o sensorial con un grado reconocido igual o superior al 65 % (art. 7).

7. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), no pretende buscar únicamente la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios al menor coste posible. Antes al contrario, sin abandonar esta pauta, pretende ayudar a conseguir objetivos en beneficio de la colectividad, exigiendo a los contratistas y concesionarios no

solo requisitos económicos, sino también de calidad social en relación con sus empleados, así como la implementación de medidas de fomento del empleo en favor de aquellos colectivos con mayores dificultades de ocupación, tal y como sucede con las personas con discapacidad y, en especial, con discapacidad intelectual.

En concreto, esta ley establece previsiones tendentes a mejorar las tasas de ocupación de las personas con discapacidad en varios de sus pasajes:

1.º En el [artículo 71](#), entre las prohibiciones para contratar se hace referencia a: en primer lugar, aquellas entidades que «han sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad» (apdo. b); en segundo término, aquellas que no cumplan «el requisito de que al menos el 2 % de sus empleados sean trabajadores con discapacidad», en el bien entendido sentido de que «la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 % para personas con discapacidad se hará mediante la presentación de la declaración responsable» (apdo. d).

Se trata, pues, de favorecer en la contratación pública a las empresas que superen la cuota legal en su plantilla o de penalizar a las que no son sensibles con la ocupación de las personas con discapacidad.

2.º En el [artículo 93](#), relativo a la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad técnica, se establece que:

En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conforme a las normas europeas relativas a la certificación.

3.º El [artículo 126](#), referido a las prescripciones técnicas, determina que:

Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas [...] [de manera que] de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia [...].

[En cualquier caso,] siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

4.º El [artículo 129](#), referido a la información a incluir en el pliego de condiciones, prevé la posible inclusión del

[...] organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a [...] inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. [Cuando se facilite esta información,] el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de [...] inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y [...] la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad.

5.º En el [artículo 145](#), entre los criterios de valoración para la adjudicación del contrato en virtud del parámetro de la mejor calidad-precio, se recoge «el fomento de la integración social de personas con discapacidad [...] entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social». Para la inclusión de este parámetro es necesario que se cumplan las exigencias del [artículo 145.5](#): vinculación con el objeto del contrato; formulación objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad y no discriminación entre los licitadores, transparencia y proporcionalidad; que no confiera al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y garantizar una competencia efectiva entre empresarios concurrentes.

6.º El [artículo 147](#), cuando se establecen los parámetros de desempate entre ofertas equivalentes, menciona las

[...] proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (apdo. a).

Es más, si en el pliego de condiciones no se establecieran cláusulas de desempate, residualmente se tendrá en cuenta el «mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla» (apdo. 2).

7.º El [artículo 202](#), dentro del catálogo de posibles condiciones especiales de ejecución, alude a

[...] hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción [...].

8.º La [disposición adicional decimoctava](#), como garantía general de accesibilidad, prevé que:

En el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas [...].

9.º La [disposición adicional cuarta de la LCSP](#) contempla el establecimiento por parte del órgano de contratación competente de la reserva del derecho a participar, sin necesidad de observar el principio de concurrencia competitiva, en los procedimientos de adjudicación de contratos o lotes –siendo en su defecto un 10 % para la Administración estatal– a favor del CEE de iniciativa social y empresas de inserción. Como puede fácilmente apreciarse, esta reserva no se extiende a todas las entidades de economía social ni afecta a las entidades del tercer sector.

Esta limitación de la reserva contrasta con la consideración como entidades de economía social que el [artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo](#), mantiene para todos los CEE y también con la definición del artículo 20 de la [Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública](#), que exige dos únicos condicionantes a observar por los CEE: de un lado, que «al menos el 30 % de sus empleados han de ser personas con discapacidad o desfavorecidas»; y, de otro, que «su objetivo principal ha de consistir en promover la integración social y profesional de estas personas». Ahora bien, pese a la aparente exclusión injustificada dentro del ámbito de aplicación de la reserva de los CEE ordinarios por la que opta la LCSP, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en [Sentencia de 6 de octubre de 2021 \(asunto C-598/19\)](#), ha confirmado la lícita restricción de tal reserva solo para los CEE de «iniciativa social», entendiendo que el tenor del citado artículo 20 de la norma europea

no es taxativo, sino que, al tratarse de una medida de política de empleo, admite modulaciones por los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de igualdad y proporcionalidad, cuestión que corresponde abordar a los órganos judiciales nacionales. En concreto, el TJUE, en [Sentencia de 14 de julio de 2022 \(asunto C-436/20\)](#), da el visto bueno a una norma autonómica valenciana que reserva a entidades privadas sin ánimo de lucro la prestación de servicios sociales.

Ahora bien, la [Sentencia 215/2022, de 26 de mayo, del Tribunal de Justicia del País Vasco \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\)](#) en recurso presentado por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo frente a la reserva de la contratación pública solo en favor de los CEE de iniciativa social entiende que la regulación interna examinada, lejos de garantizar necesaria y proporcionalmente sus objetivos, provoca efectos tan desproporcionados cuanto perjudiciales a los principios de la contratación (igualdad de trato y libre concurrencia), como la exclusión de los CEE de iniciativa empresarial de la contratación pública, no obstante su contribución actual y, por lo tanto, potencial (futura) a la integración laboral de las personas con discapacidad más severa, acorde a su calificación como servicio de interés económico general.

Bajo estas premisas, se puede barajar la posibilidad de modificar la [LCSP](#) para extender la reserva, actualmente concedida a empresas de inserción y al CEE de iniciativa social, a otros CEE, a otras entidades del tercer sector y de la economía social que actúen sin ánimo de lucro e incluso a empresas ordinarias que favorezcan la contratación de personas con discapacidad en un porcentaje superior al exigido por el ordenamiento jurídico o que incluyan políticas de fomento del empleo de personas con discapacidad en convenio colectivo o en sus memorias de responsabilidad social, máxime si dispensan atención a las personas con discapacidad intelectual. Siempre y cuando, lógicamente, si se trata de CEE, sigan cumpliendo la exigencia de tener el personal necesario –en cualificación y número– para conformar las unidades de apoyo y prestar los servicios de ajuste personal y social que el [RD 469/2006, de 21 de abril](#), exige en todo caso para los trabajadores con parálisis cerebral, con trastorno de salud mental, trastorno del espectro del autismo o con discapacidad intelectual en grado superior al 33 % y para los de naturaleza física o sensorial de más del 65 %, siendo opcional para el resto.

Aun cuando los avances normativos a favor de la empleabilidad de las personas con discapacidad intelectual han sido de gigantes, todavía quedan pasos por avanzar, siendo aconsejable la promulgación de una ley integral que aporte una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico para conseguir mejorar su inserción laboral, no en vano, uno de los aspectos nucleares en la existencia vital digna es el acceso al mundo laboral, pues el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad, autoestima y realización inherentes

a cualquier persona ([Libro blanco sobre empleo y discapacidad](#)). Es necesario dar cumplimiento a la [Observación general número 8/2022 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo](#) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge una serie de obligaciones para los Estados parte entre las que cabe reseñar la de garantizar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles, incluyendo el derecho de las personas trabajadoras con discapacidad a recibir la misma remuneración que las personas trabajadoras sin discapacidad por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, debiendo estar protegidas contra el acoso en el trabajo y el empleo. Dentro de estos amplios *desideratum*, las personas con discapacidad intelectual merecen una atención particular, debiendo superar de forma definitiva el modelo médico-asistencial para apostar por la consolidación del patrón social contenido en la Convención de Naciones Unidas.

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Oportunidades de acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 7-20. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22387>

Bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de conciliación familiar

María José López Álvarez

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)*
mjlopez@comillas.edu | <https://orcid.org/0000-0002-2354-5711>

Extracto

Las bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social siguen siendo, hoy en día y pese a su cuestionada eficacia, el principal incentivo económico para el fomento del empleo en nuestro sistema. No obstante, junto con esta finalidad prioritaria de inserción laboral de colectivos vulnerables y fomento de la contratación estable, estos incentivos han sido eventualmente utilizados para otros propósitos complementarios, como la integración social de personas con discapacidad, la promoción de la igualdad de oportunidades o el impulso de la conciliación familiar. Una muestra de ello son las bonificaciones para la sustitución de personas trabajadoras durante los descansos por nacimiento de hijo, que cuentan con una dilatada –y estable– trayectoria en nuestra regulación y acreditan una favorable acogida. El objetivo de este estudio es analizar el impacto de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 1/2023 sobre estas bonificaciones, en particular desde su consideración como potenciales instrumentos para consolidar las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral.

Palabras clave: bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social; conciliación laboral y familiar; incentivos para el empleo; igualdad de oportunidades; corresponsabilidad familiar; trabajo autónomo; inserción laboral de colectivos vulnerables.

Recibido: 04-03-2024 / Aceptado: 10-05-2024 / Publicado: 02-07-2024

Cómo citar: López Álvarez, M. J. (2024). Bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de conciliación familiar. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 21-46. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21441>



Bonus and reductions in Social Security quotas as work-life balance resource

María José López Álvarez

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)*
mjlopez@comillas.edu | <https://orcid.org/0000-0002-2354-5711>

Abstract

Bonus and reductions in employer social security contributions are nowadays, despite their questionable effectiveness, the main economic incentive for promoting employment in our system. However, in addition to this priority objective of labor insertion of vulnerable groups and promotion of stable hiring, these incentives have also been used for other complementary purposes, such as social integration of disabled people, promotion of equal opportunities or promotion of work-life balance. An example of this could be the subsidies for substitution of workers during childbirth leave, which have a long and successful history in our regulations. The aim of this paper is the analysis of the impact of the reform carried out by Royal Decree Law 1/2023 on these bonuses, specially from their consideration as potential mechanisms to consolidate work-family balance policies.

Keywords: bonus and reductions in social contributions; work-life balance; incentives for job creation; equal opportunities; family co-responsibility; self-employed work; labor opportunities for vulnerable groups.

Received: 04-03-2024 / Accepted: 10-05-2024 / Published: 02-07-2024

Citation: López Álvarez, M. J. (2024). Bonus and reductions in Social Security quotas as work-life balance resource. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 21-46. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21441>



Sumario

1. Introducción
 2. La naturaleza ambivalente de las bonificaciones por motivos de conciliación familiar
 - 2.1. Evolución normativa
 - 2.2. Impacto en el empleo y en el ejercicio de los derechos de conciliación
 3. El nuevo marco normativo tras el Real Decreto-Ley 1/2023, ¿el principio del fin de los contratos bonificados vinculados a la conciliación?
 - 3.1. Objetivos y finalidad de la reforma
 - 3.2. Los contratos bonificados por motivos de conciliación
 - 3.2.1. Ámbito de aplicación
 - 3.2.2. Requisitos
 - 3.2.3. Exclusiones
 - 3.2.4. Cuantía y duración de la bonificación
 4. Conclusiones, propuestas y recomendaciones
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo forma parte del proyecto I+D+I PID2021-12254OB-100, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y «FEDER una manera de hacer Europa».

1. Introducción

Desde hace décadas, las bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social constituyen el recurso más utilizado en nuestro ordenamiento para crear estímulos a la contratación que incentiven el empleo. Pese al creciente debate en torno a su eficacia y las incesantes reformas, la extensión descontrolada de estas ayudas ha generado un entramado complejo y desordenado en el que resulta extremadamente difícil poder obtener una «foto fija» de los diferentes incentivos disponibles, con la consiguiente inseguridad jurídica para los potenciales beneficiarios de los mismos (López Terrada, 2016). La Ley 3/2023, de 18 de febrero, de empleo, y el Real Decreto-Ley (RDL) 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y de mejora de la protección de las personas artistas, representan, así, el intento más reciente para ordenar y racionalizar estas medidas¹, creando un marco jurídico unificado que termine con la dispersión y fragmentación normativa que ha caracterizado a este ámbito (Conde Colmenero, 2023).

Sin embargo, si bien la finalidad principal de bonificaciones y reducciones se ha centrado en el apoyo a colectivos con especiales dificultades de inserción laboral y el fomento del empleo indefinido, eventualmente han sido utilizadas para el cumplimiento de otros propósitos complementarios, como la integración social de personas con discapacidad, la promoción de la igualdad de oportunidades o el impulso de la conciliación familiar. Así ocurre señaladamente con las bonificaciones para la sustitución de la persona trabajadora durante los periodos de baja tras el nacimiento de hijo, que no solo cuentan con una larga –y estable– trayectoria en nuestra regulación, sino que acreditan una favorable acogida, representando un porcentaje muy significativo, como luego se expondrá, del volumen total de contratos bonificados que se formalizan. El objetivo de este estudio es, pues, repasar la andadura de esta y otras medidas similares y analizar el impacto de la reforma llevada a cabo por el RDL 1/2023, considerando que el legislador, en su afán unificador y clarificador, ha podido descuidar el perfil ambivalente de estos incentivos, ignorando su potencial como instrumentos para consolidar las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral.

¹ Según la exposición de motivos del RDL 1/2023, existen en la actualidad aproximadamente 74 incentivos de financiación a partir de las cuotas de Seguridad Social, de los cuales 56 se configuran como bonificaciones de la cuota empresarial y 18 como reducciones y exenciones.

2. La naturaleza ambivalente de las bonificaciones por motivos de conciliación familiar

2.1. Evolución normativa

Con el RDL 11/1998, de 4 de septiembre, se regulan por vez primera las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social de los contratos de interinidad suscritos para sustituir a las personas trabajadoras durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Se establece que la bonificación tendrá un importe del 100 % de la cuota empresarial. Y si bien se percibe un elemento de fomento de la inserción laboral al exigirse que los contratos de interinidad se formalicen con personas desempleadas, si se atiende a la exposición de motivos de la norma, la razón de ser de la nueva previsión es, fundamentalmente, la consecución de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo. Se trata, así, de dar cumplimiento a lo prescrito por el Plan Nacional de Acción para el Empleo en el Reino de España de 1998, en línea con las directrices aprobadas por la cumbre de jefes de Estado de la Unión Europea de Luxemburgo en diciembre de 1997. En ese momento, cabe recordar que se reconoce una suspensión por parto a la trabajadora de 16 semanas de duración, de las cuales solo podrá ceder al padre las 4 últimas; mientras que, en supuestos de adopción, la duración del periodo suspensivo es de entre 6 y 8 semanas, dependiendo de la edad del menor adoptado, pero en el caso de que el padre y la madre trabajen, solo uno de ellos podrá disfrutar del permiso². En tales circunstancias, una mayoría abrumadora de estos descansos son disfrutados por mujeres, por lo que es lógico pensar que, como sostiene el RDL 11/1998, uno de los motivos que puede frenar la contratación de mujeres son los costes adicionales que para la empresa puede tener si, contratada una mujer, esta se queda embarazada.

Sobre esta base, las disposiciones posteriores mejoran y amplían la cobertura de las ayudas en varios aspectos:

- La Ley 12/2001³ da un paso adelante al establecer que los contratos de las personas trabajadoras por cuenta ajena o socios trabajadores de cooperativas sustituidos durante estos periodos vinculados al nacimiento de hijo también se beneficiarán de las bonificaciones del 100 % de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, mientras coincida en el tiempo la suspensión de la actividad y el contrato de interinidad del trabajador sustituido (disp. adic. segunda). Se implanta, de esta forma, una política de «coste cero»

² Artículo 48.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

para la empresa, bonificando las cuotas de Seguridad Social tanto para el contrato de la persona trabajadora sustituta como de la sustituida. En tanto en cuanto debe procederse a la sustitución de la persona trabajadora para poder acceder a las bonificaciones, se mantiene, sin embargo, un incentivo para el fomento del empleo.

- Se reconocen, de igual forma, bonificaciones en los mismos términos para el resto de los periodos de inactividad vinculados al nacimiento de hijo. Así, para los contratos de interinidad que se suscriban para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato por riesgo durante el embarazo (Ley 39/99, conciliación⁴) o por riesgo durante la lactancia (LO 3/2007, igualdad⁵). Asimismo, se hacen extensivas estas ayudas para los contratos que se formalicen para sustituir a los trabajadores durante el disfrute del permiso por paternidad (LO 3/2007, igualdad⁶). Por su parte, la Ley 39/2010⁷ contempla una reducción de un 50 % de la cuota empresarial de contingencias comunes durante el periodo en el que la trabajadora por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural haya de ser trasladada a otro puesto de trabajo según lo previsto por el artículo 26 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. Esta reducción se mantendrá en las sucesivas leyes presupuestarias, la última la Ley 11/2020 (disp. adic. decimotercera).

Junto con estas medidas, destinadas a aliviar la carga económica que el embarazo y el parto pueden provocar para la empresa, se han articulado puntualmente algunas otras para facilitar la reincorporación posterior de las mujeres tras los periodos de descanso por maternidad. La Ley 43/2006⁸ reconoce una bonificación de 1.200 euros anuales durante 4 años para los contratos que se suscriban con mujeres en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, de la adopción o del acogimiento tanto preadoptivo como permanente (art. 2.1 b); igualmente, se bonifican con 1.200 euros anuales durante 4 años los contratos indefinidos de las mujeres trabajadoras suspendidos por maternidad o excedencia por cuidado de hijo, siempre que la reincorporación de la trabajadora se produzca en los 2 años siguientes al inicio del permiso por maternidad (art. 4). Sin embargo, estas previsiones quedaron derogadas tiempo después por la Ley 35/2010⁹ y la Ley 3/2012¹⁰, respectivamente.

⁴ Artículo 18 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁵ Disposición adicional decimoquinta de la Ley orgánica (LO) 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Disposición adicional decimoquinta.

⁷ Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2011 (disp. adic. quinta).

⁸ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Inicialmente, esta medida se estableció para el año 2003 por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 47.3). La Ley 43/2006 la recupera con algunas modificaciones.

⁹ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁰ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Tampoco han tenido continuidad algunas previsiones desarrolladas para el impulso de otros derechos de conciliación. El Real Decreto Legislativo 2/2015¹¹ introduce una reducción en las cotizaciones empresariales de Seguridad Social por contingencias comunes, para los contratos de interinidad que se celebren con beneficiarios de las prestaciones por desempleo que lleven más de 1 año como perceptores, para sustituir a personas trabajadoras que estén en situación de excedencia por cuidado de hijo o familiares (disp. adic. vigesimoprimera ET). La cuantía de las reducciones varía en función de la siguiente escala: a) 95 % durante el primer año de excedencia de la persona trabajadora a la que se sustituye, b) 60 % durante el segundo año y c) 50 % durante el tercer año de excedencia. Esta previsión ha quedado derogada por el RDL 32/2021¹², vigente desde el 30 de marzo de 2022¹³.

- La política de bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social por motivos de conciliación se ha extendido, asimismo, al ámbito del trabajo autónomo, un colectivo donde tradicionalmente la proporción de mujeres ha sido notablemente inferior a la de hombres¹⁴. El autónomo, además, a diferencia de la persona trabajadora por cuenta ajena, asume una posición jurídica diversa, ya que carece de una contraparte ante la que ejercer sus derechos de conciliación. De ahí la importancia de los estímulos públicos para compensar los efectos negativos que las ausencias por conciliación puedan tener en las carreras profesionales de los autónomos y, en particular, la relevancia práctica de medidas como la bonificación de cuotas de Seguridad Social (Roldán Martínez, 2018).

Tras la modificación del Estatuto del Trabajo Autónomo¹⁵ por la Ley 31/2015¹⁶, se reconoce una bonificación del 100 % de la cuota de autónomos¹⁷ a las personas trabajadoras por cuenta propia incluidas en el régimen especial de trabajadores autónomos

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).

¹² RDL 3/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

¹³ No obstante, los periodos de hasta 3 años de excedencia por cuidado de hijos y familiares previstos en el artículo 46.3 del ET tienen la consideración de periodos de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 237.1 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social).

¹⁴ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2022 los varones representaban el 63,21 % del total de trabajadores autónomos, frente al 36,7 % de las mujeres.

¹⁵ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA).

¹⁶ Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social.

¹⁷ La que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en que se acoga a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia. Si el trabajador lleva menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

(RETA)¹⁸ durante los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (art. 38 LETA). Con posterioridad, la Ley 6/2017¹⁹ introduce algunas otras matizaciones para dar respuesta a las necesidades particulares de conciliación de las personas trabajadoras autónomas (Ruiz González, 2018). Así, se suprime la conexión entre la bonificación durante los periodos de descanso y la contratación de una persona trabajadora interina para sustituir a la persona trabajadora autónoma en la explotación del negocio. Ello supone que la persona trabajadora por cuenta propia tiene derecho a la bonificación en su cuota de autónomos durante los periodos de descanso vinculados al nacimiento de hijo con independencia de que contrate o no a una persona trabajadora para sustituirle, siempre que la duración del periodo de inactividad sea superior a 1 mes. Además, se establece que las trabajadoras autónomas que hubieran cesado en su actividad por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela y se reincorporen a la actividad dentro de los 2 años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación del 80 % de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes²⁰ durante los 24 meses siguientes (art. 38 bis LETA). Y se amplía, en fin, el ámbito de aplicación del artículo 30 de la LETA, que reconoce a las personas trabajadoras autónomas²¹ una bonificación del 100 % de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes²² por un plazo de hasta 12 meses, siempre que contraten a una persona trabajadora a tiempo completo o a tiempo parcial (en ese caso la bonificación será del 50 %) y se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) cuidado de menores de 12 años que tengan a su cargo; b) cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que estén a su cargo y tengan una situación de dependencia debidamente acreditada; c) cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que estén a su cargo, no desempeñen actividad retribuida y padezcan una parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad debidamente reconocida (art. 30 LETA)²³.

¹⁸ Incluidos los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas. Pese a que la LETA no los menciona expresamente en todos los casos, debe entenderse que pueden beneficiarse de todas las disposiciones relativas a la conciliación familiar previstas en la misma (Roldán Martínez, 2018).

¹⁹ Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo.

²⁰ Resultante de aplicar a la base media que tuvieran las trabajadoras en los doce meses anteriores al cese, el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en cada momento, excluido el correspondiente a la incapacidad temporal derivada de esas contingencias. Cuando la trabajadora lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, se hará el cálculo desde la fecha de alta.

²¹ Siempre que el autónomo no tenga contratadas personas trabajadoras a su servicio en la fecha de inicio de bonificación y durante los 12 meses anteriores a la misma.

²² La cuota que resulte de aplicar a la base media que tuviera la persona trabajadoras durante los 12 meses anteriores a la fecha en la que la persona trabajadora se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento para el RETA. En el caso de que la persona trabajadora lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

²³ Si la persona trabajadora autónoma decide, en cambio, suspender temporalmente de forma total su actividad, no gozaría de los beneficios que se reconocen en caso de excedencia por cuidado de hijos

Por su parte, las personas trabajadoras autónomas que sean beneficiarios de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave tendrán derecho a una bonificación del 75 % de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el periodo de percepción de la prestación (art. 38 *quater* LETA).

- A todo lo anterior han de sumarse las distintas iniciativas adoptadas a nivel autonómico. Desde fechas tempranas, las comunidades autónomas han desarrollado políticas específicas para el impulso de la conciliación laboral y familiar con la intención de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como la libertad para formar la familia que se desee sin condicionamientos económicos o laborales (Costa Reyes y Rodríguez Crespo, 2003). Entre esas medidas, ocupan un papel relevante los incentivos a la contratación, que en el ámbito autonómico se han encauzado a través de subvenciones²⁴ y tratan de dar cobertura, con carácter general, a supuestos no previstos en la legislación estatal, fundamentalmente la sustitución de las personas trabajadoras que solicitan reducciones de jornada y excedencias por razones familiares. En la actualidad, algunas comunidades autónomas mantienen estos programas²⁵ y contemplan también ayudas para otras situaciones, como la sustitución de personas trabajadoras autónomas durante los periodos de baja por razones familiares²⁶, o la contratación indefinida que incluye como medida de flexibilidad la realización de parte de la jornada mediante el trabajo a distancia²⁷. Son actuaciones que merecen una valoración positiva, en la medida en que complementan la

o familiares a las personas trabajadoras por cuenta ajena, en cuanto a la consideración como situación asimilada al alta, dándose por cotizados esos periodos (Roldán Martínez, 2018).

²⁴ Se contemplan tanto compensaciones económicas equivalentes a la cuota empresarial de Seguridad Social del trabajador contratado durante los periodos de baja o ausencia por motivos familiares, como cantidades fijas predeterminadas por la norma correspondiente. En todo caso, se trata de pagos únicos que se reciben de una sola vez, lo que puede dificultar el control del cumplimiento de las obligaciones que asume la empresa (Cueto Iglesias, 2006).

²⁵ La Orden EEI/638/2021, de 18 de mayo, de Castilla y León (BOCL de 24 de mayo), que establece las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a fomentar la contratación temporal con cláusula específica de interinidad para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar en la Comunidad de Castilla y León, reconoce una subvención de 1.000 euros mensuales para los contratos de interinidad suscritos con desempleados que sustituyan a personas trabajadoras con reducción de jornada o en situación de excedencia por razones familiares.

²⁶ El Decreto 69/2017, de 23 de mayo, de la Junta de Extremadura (DOE de 29 de mayo), que establece las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, subvenciona los costes salariales y de Seguridad Social, con un límite de 1.000 euros mensuales, derivados de la contratación de personas desempleadas que sustituyan a los autónomos durante los periodos de descanso por motivos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento y riesgo durante la lactancia natural.

²⁷ La Orden de la Junta de Andalucía de 5 de octubre de 2020 (BOJA de 9 de octubre) que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en Andalucía, contempla, entre otras medidas, una subvención de 8.000 euros por cada contrato indefinido que incluya un acuerdo de trabajo a distancia; cuantía que se incrementará en un 10 % cuando la persona contratada sea mujer.

labor estatal y ofrecen apoyo a la conciliación familiar con una perspectiva más amplia, no limitada al momento del nacimiento de hijo. Ello no excluye en todo caso que, puntualmente, se produzcan solapamientos con respecto a la regulación prevista en la normativa estatal. Y, dada la heterogeneidad y dispersión de estas disposiciones, se intensifica el carácter fragmentado y desigual de la tutela, en perjuicio de personas trabajadoras y empresas; dificultando, a su vez, la evaluación y control integral de estas políticas.

2.2. Impacto en el empleo y en el ejercicio de los derechos de conciliación

El análisis del camino recorrido por los contratos con incentivos por motivos de conciliación muestra que, en términos generales, estos se han focalizado en la sustitución de personas trabajadoras por ausencias vinculadas al nacimiento de hijo. La técnica utilizada para ello ha sido, principalmente, la de las bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social y solo esporádicamente se ha recurrido a las reducciones en esas cuotas. Como se sabe, las bonificaciones se financian con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE– (se financian con las cuotas del desempleo) o del Ministerio de Trabajo (con las partidas de los presupuestos generales del Estado); mientras que las reducciones se financian con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social y resultan, por tanto, más gravosas al consumir recursos del sistema (Plaza Angulo, 2013). En el ámbito autonómico, sin embargo, la limitación competencial hace que estas ayudas se articulen a través de subvenciones, cuyo principal inconveniente es la mayor complejidad en su gestión y control.

En cualquier caso, se trata de medidas que se han mantenido prácticamente inalteradas desde su creación y se han aplicado de forma sostenida a lo largo del tiempo. Ello contrasta llamativamente con los vaivenes normativos que han caracterizado al resto de los incentivos económicos para el empleo. En efecto, desde que estos mecanismos se generalizaran en los años 90 del siglo pasado, se han suscitado reservas acerca de su efectividad real para contribuir a la reducción del desempleo y la consolidación de la contratación indefinida. Las sucesivas reformas legislativas han tratado, pues, con escaso éxito, de ordenar y racionalizar la utilización de estos incentivos, pero sin conseguir frenar, a la par, la expansión y proliferación de los mismos.

En 2005 se publica la primera evaluación de las políticas de incentivos para el empleo a través del informe «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», elaborado por una comisión de expertos (Cruz Villalón *et al.*, 2005), que inspirará la reforma de la Ley 43/2006. Sus conclusiones siguen vigentes a día de hoy y son similares a las de los informes que se han realizado con posterioridad, entre ellos «Evaluación sobre la política de bonificación y reducción de las cuotas de la Seguridad Social», publicado en 2009 por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), o más recientemente el estudio sobre incentivos a la con-

tratación realizado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) en 2020. A los efectos que ahora interesa, merecen destacarse los siguientes aspectos:

- A nivel macroeconómico, todos los estudios empíricos coinciden en que la eficacia de las bonificaciones es muy débil –casi nula– en lo que a la creación de empleo se refiere (Toharia *et al.*, 2008). Ello se debe principalmente a lo que se conoce como «el efecto peso muerto», esto es, la mayor parte de las contrataciones se habrían realizado por la empresa igualmente si no hubieran estado bonificadas, por lo que el incentivo económico no constituye un factor decisivo para las mismas. La bonificación se convierte, así, en un «gasto inútil», una ganga para la empresa. Los análisis realizados en otros países europeos confirman esta conclusión. Así, según recoge el informe de la AEVAL en Bélgica, se ha detectado un efecto del peso muerto de hasta el 53 %, lo que significa que más de la mitad de las personas trabajadoras subvencionadas hubieran sido contratadas igualmente sin la bonificación; cifras similares se dan para Francia (50 %) o Reino Unido (43 %).

Cuando se trata de promocionar el empleo estable y la contratación indefinida, las bonificaciones deberían tener, además, una cuantía suficiente y mantenerse durante un periodo de tiempo prolongado para que pudieran ser atractivas y compensar los costes empresariales de la contratación de una persona trabajadora, incluida una eventual indemnización por despido improcedente (Pérez del Prado, 2011). En ningún caso, pues, pueden sustituir a otras medidas y reformas necesarias para combatir la alta temporalidad y los elevados índices de desempleo, los dos principales problemas del mercado laboral español (AIREF, 2020).

- Si se trata, en cambio, de canalizar el empleo hacia determinados colectivos, las bonificaciones pueden resultar útiles por cuanto provocan lo que se ha denominado «efecto sustitución». El empresario se decanta, a la hora de contratar, por una persona del colectivo bonificado y deja fuera a otra, por lo que no se consigue una reducción neta del desempleo, pero sí se promociona la inserción laboral de aquellos que pueden tener mayores dificultades.

No obstante, esta ventaja se reduce notablemente cuando el grupo de potenciales beneficiarios es muy amplio y numeroso. Como se ha señalado, ha habido momentos en los que el único colectivo no bonificado era el formado por hombres mayores de 30 años y menores de 45, inscritos ininterrumpidamente durante menos de 6 meses como demandantes de empleo y no perceptores de prestaciones o subsidios de desempleo (Cueto Iglesias, 2006). Es preciso, pues, que se seleccione de manera rigurosa a los destinatarios de estas medidas, priorizando a aquellas personas trabajadoras que puedan tener mayores problemas para ingresar y mantenerse en el mercado de trabajo; así como a aquellas empresas que, por su tamaño o el sector en el que operan, tengan más complicado generar empleo y mantenerlo.

- Por otra parte, en las políticas de empleo de nuestro país se aprecia un peso excesivo de los incentivos económicos, como las bonificaciones, y una atención más residual hacia otras iniciativas como la formación, orientación e intermediación en el mercado de trabajo. Según los datos de la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de

España 2022, elaborada por el Consejo Económico y social (CES, 2022), si bien todos los países europeos han incrementado las partidas destinadas a políticas de empleo a raíz de la pandemia, España sigue estando por encima de la media europea en cuanto a gasto, pero ello no se traduce correlativamente en una mayor eficiencia en cuanto a cobertura. Nuestro país dedica aproximadamente un 25 % del gasto en políticas activas de empleo –unos 1.821 millones de €– en bonificaciones y otros estímulos económicos directos, en detrimento de otras partidas de orientación y formación, que son las prioritarias en los países que, como los del norte de Europa, obtienen mejores resultados en términos de cobertura de la población desempleada. Como se ha indicado, la preferencia de la Administración española por los incentivos económicos puede deberse a que resultan más fáciles de gestionar y no requieren una reorganización de los servicios públicos de empleo que, además de costosa, exigiría una planificación cuidadosa y meditada (López Terrada, 2016). Pero si se aspira a incrementar la eficacia de las políticas activas de empleo, es imprescindible que estas se articulen a partir de paquetes integrados de medidas donde las bonificaciones y las ayudas económicas se combinen con otro tipo de propuestas con más recorrido, como la mejora de la formación de los demandantes de empleo o una mayor inversión en los servicios de intermediación, que permita una atención más personalizada de estos colectivos vulnerables. En esta dirección, se han identificado buenas prácticas en otros países, como la iniciativa irlandesa de reconversión de los trabajadores desempleados de la construcción, proporcionándoles capacitación para la instalación de tecnologías verdes en hogares y empresas o formación para la verificación de los requisitos de eficiencia energética; o bien el establecimiento de ayudas suplementarias a los subsidios de desempleo, condicionadas a la asistencia a cursos de formación o prácticas en empresas, como se viene haciendo en Francia (Pérez del Prado, 2011).

Con este panorama general y centrándonos en las bonificaciones vinculadas al nacimiento de hijo, no existen datos desagregados que nos permitan verificar con exactitud su impacto en el empleo²⁸. Ello obedece probablemente a que, como ya se ha señalado, se trata de un incentivo singular cuya finalidad principal no es tanto la creación de empleo, como facilitar la igualdad de oportunidades y la conciliación familiar. Se pretende que las suspensiones contractuales en torno al nacimiento de hijo tengan un «coste cero» para el empresario, de forma que pueda desactivarse el estereotipo que considera que las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, especialmente las mujeres, resultan más gravosas económicamente para la empresa.

Sobre esta base, los contratos bonificados por motivos de conciliación son siempre de naturaleza temporal, por lo que no hay una promoción del empleo estable, pero sí se puede conseguir un efecto positivo en la reducción del desempleo. Las bonificaciones animan al

²⁸ Así, por ejemplo, el informe realizado por AIREF analiza hasta siete distintos tipos de incentivos para el empleo, incluyendo estímulos para el trabajo autónomo, el trabajo de personas con discapacidad o la conversión de contratos temporales en indefinidos.

empresario a cubrir las bajas por nacimiento de hijo con otros trabajadores y eso puede suponer un aumento potencial de las contrataciones. Además, se puede mitigar la sobrecarga del resto de la plantilla, obligada a asumir las tareas de la persona trabajadora de baja durante su ausencia. No obstante, el colectivo de beneficiarios de estos contratos de sustitución ha sido demasiado amplio y genérico, ya que el único requerimiento impuesto en su momento por el RDL 11/1998 es que se concertaran con «personas desempleadas». Pese a las sucesivas reformas de los incentivos para el empleo y a la tipificación más selectiva de los destinatarios que se ha hecho progresivamente, estas bonificaciones no han sufrido cambios. Ello refuerza la idea de que el legislador las ha concebido más como una medida de conciliación laboral y familiar que como una herramienta para la inserción laboral de personas trabajadoras vulnerables.

Por lo demás, un repaso de la evolución de estos contratos bonificados en los últimos años arroja algunos datos de interés. Como se observa en la tabla 1, los contratos bonificados vinculados al nacimiento de hijo representan aproximadamente la mitad del total de los contratos temporales bonificados suscritos y un 40 % del total de los contratos que cuentan con este incentivo económico (incluyendo tanto los temporales como los indefinidos). Es un porcentaje que se mantiene estable a lo largo del tiempo y parece indicar que, dentro de las bonificaciones para el empleo, las destinadas a los contratos por nacimiento de hijo han tenido una acogida y un peso importante.

Tabla 1. Contratos bonificados por razones de empleo y por motivos de conciliación

	Contratos temporales bonificados	Contratos bonificados por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia	% Sobre total de contratos temporales bonificados	% Sobre total de contratos bonificados
2014	172.759	99.127	57,4%	46%
2016	195.667	110.487	55,6%	41,9%
2018	210.911	108.479	51,4%	42,3%
2021	205.001	107.528	52,5%	44,2%

Fuente: elaboración propia a partir de las memorias del CES (<https://www.ces.es/memorias>).

No obstante, si se compara el volumen de estos contratos bonificados con las prestaciones por nacimiento de hijo (maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo y riesgo durante la lactancia) reconocidas en esos mismos periodos –como aparece en la tabla 2–, se percibe cómo las cifras de contratos de sustitución suscritos son significativamente inferiores a las de las prestaciones de Seguridad Social disfrutadas. Así, por ejemplo, en 2014 solo el 34 % de las bajas vinculadas al nacimiento de hijo se cubrieron a través de contratos

de interinidad. Ello pone de relieve que, a pesar del «coste cero» que esta alternativa ofrece a la empresa, su utilización no se ha extendido todo lo que sería de esperar. Son varias las causas que pueden explicar este aparente desinterés, pero probablemente guardan relación en muchos casos, particularmente en empresas pequeñas, con la falta de información y las complicaciones añadidas que puede traer consigo la contratación de una nueva persona trabajadora, así como las propias inercias empresariales a la hora de afrontar la cobertura de las bajas temporales de la plantilla.

Tabla 2. Prestaciones de Seguridad Social vinculadas al embarazo y nacimiento de hijo

	Prestación maternidad	Prestación paternidad	Prestación riesgo durante el embarazo	Prestación riesgo durante la lactancia	Total
2014	276.239	4.912	5.582	46	286.779
2016	272.821	5.688	6.252	61	284.822
2018	247.975	4.731	6.306	68	259.080
2021	224.713 (*)	247.302 (*)	2.984	26	475.025

(*) Datos estimados de expedientes ya que la posibilidad de disfrute fraccionado del permiso por nacimiento de hijo dificulta el cálculo del número de perceptores.

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Resulta más complejo tratar de cuantificar el impacto que estas medidas pueden tener para la conciliación familiar. Algunos estudios (De la Porte *et al.*, 2023) apuntan a la incidencia que ciertos factores instrumentales –como la información y publicidad de los permisos, las mayores o menores trabas administrativas para su solicitud o la posición proactiva de la empresa– pueden tener en el ejercicio de los derechos de conciliación; lo que contribuiría a explicar las diferencias que se detectan entre sistemas jurídicos con permisos similares y parecido nivel de protección. En esta misma línea, la Directiva 2019/1158²⁹ recuerda que las pequeñas y medianas empresas disponen de recursos económicos, técnicos y humanos limitados y anima a los Estados miembros a evaluar la repercusión de las medidas de conciliación para que estas empresas no se vean afectadas de manera desproporcionada, así como a ofrecer incentivos, información y asesoramiento, de forma que las empresas puedan cumplir adecuadamente con sus obligaciones y pueda garantizarse la igualdad de trato para las personas trabajadoras.

²⁹ Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

Son aspectos poco considerados en nuestro sistema, pero que tienen una importante trascendencia práctica. Las medidas de conciliación afectan de forma más intensa a las empresas de menor tamaño, con menos recursos organizativos. Y existen diferencias de igual forma, según el sector de actividad, que pueden ofrecer mayores o menores facilidades a la hora de implantar determinadas actuaciones, dependiendo, por ejemplo, de la disponibilidad horaria que demandan clientes y usuarios o la posibilidad de planificación con anticipación (García Viña, 2018). Aquellas iniciativas, pues, que aligeran la carga económica que soporta la empresa en este ámbito tienen siempre una influencia positiva y aumentan las posibilidades de que las personas trabajadoras hagan uso de estos permisos. Ello puede ser especialmente relevante en el caso de los trabajadores varones, para los que la predisposición favorable de la empresa puede ser determinante a la hora de disfrutar de estos derechos.

3. El nuevo marco normativo tras el Real Decreto-Ley 1/2023, ¿el principio del fin de los contratos bonificados vinculados a la conciliación?

3.1. Objetivos y finalidad de la reforma

El legislador acomete con esta norma la labor de racionalización y ordenación de los incentivos destinados a promover la contratación laboral. Se trata, como ya se ha adelantado, de una tarea largamente demandada en el ámbito interno que se incluye, además, como una de las reformas comprometidas en el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (componente 23, reforma 7), del que depende la entrega de los Fondos europeos Next Generation.

La exposición de motivos repasa la trayectoria de las medidas de fomento de empleo y destaca la especial incidencia, dentro de ellas, de las bonificaciones y reducciones en las cuotas de Seguridad Social. Señala, no obstante, cómo la proliferación de normas reguladoras de estímulos a la contratación ha dado lugar a una regulación dispersa, asistemática, con normas de distinto rango, vigencia y ámbito. Actualmente, existen aproximadamente 74 medidas de financiación a partir de las cuotas de Seguridad Social, de las cuales 56 se configuran como bonificaciones de la cuota empresarial y 18 como reducciones y exenciones. Esta excesiva fragmentación y dispersión de las actuaciones ha repercutido negativamente en su transparencia, eficacia y eficiencia.

A partir de este diagnóstico, el RDL 1/2023 establece una regulación general para los programas de impulso y mantenimiento del empleo y se ocupa, de forma más específica, de agrupar todas las medidas consistentes en bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social. Su objetivo principal es promocionar la contratación indefinida y de calidad de las personas desempleadas, en especial de aquellas más vulnerables. Los contratos temporales bonificados se convierten, pues, en algo excepcional, limitados a aquellos que se realicen

en situaciones formativas, como tránsito hacia la contratación estable, o los vinculados a la conciliación familiar y laboral.

Más allá de esta peculiaridad, que viene dada por la propia naturaleza de los derechos de conciliación familiar, el RDL 1/2023 omite, sin embargo, cualquier otra mención acerca del carácter atípico del que tradicionalmente han estado revestidas las bonificaciones por nacimiento de hijo. Como ya se ha señalado, la inserción laboral de colectivos desfavorecidos ha desempeñado en estas bonificaciones un papel secundario, frente a su finalidad prioritaria en favor de la igualdad de oportunidades en el empleo –para paliar los efectos negativos de la maternidad en la carrera profesional de las mujeres–. Se ha defendido que, en un escenario de permisos de maternidad y paternidad paritarios, desaparece, o al menos se reduce en gran parte, el potencial riesgo de discriminación que acecha a las mujeres en este ámbito (Pérez del Prado, 2011). Pero no puede olvidarse que los trabajadores varones suelen mostrarse todavía reacios a disfrutar los derechos de conciliación que se les reconocen legalmente. Y que, con independencia de los elementos de discriminación por razón de género, la promoción de la conciliación familiar y laboral es un bien jurídico merecedor de atención en sí mismo, anudado a derechos constitucionales como la protección de la familia o de la infancia. El enfoque reduccionista del legislador, centrado exclusivamente en la promoción del empleo, deja desatendidos estos intereses y anticipa disfunciones que pueden hacer peligrar la efectividad de esta medida de cara al futuro.

3.2. Los contratos bonificados por motivos de conciliación

El RDL 1/2023 es una norma compleja que desarrolla una regulación mucho más extensa y detallada de los incentivos al empleo que sus predecesoras. Deroga expresamente las previsiones existentes en relación con esta materia y, en particular, el RDL 11/1998, que había venido regulando las bonificaciones por nacimiento de hijo. A los efectos de este estudio, pueden destacarse en la nueva norma los siguientes extremos:

3.2.1. Ámbito de aplicación

Siguiendo la misma estructura de la normativa anterior, se bonifican:

- Los contratos de las personas que sustituyan a las personas trabajadoras que estén percibiendo las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento de hijo y cuidado del menor o la menor, ejercicio corresponsable del cuidado del menor o la menor lactante (art. 17.1 a) y b).
- Los contratos de las personas que sustituyan en las situaciones anteriores a las personas trabajadoras autónomas, personas socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas (art. 17.1 c).

- Los contratos de las personas trabajadoras por cuenta ajena sustituidos durante las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento de hijo y cuidado del menor o la menor, ejercicio corresponsable del cuidado del menor o la menor lactante (art. 18.1).
- La cotización de los socios trabajadores y socios de trabajo de las sociedades cooperativas sustituidos durante las situaciones anteriores (art. 18.2).

Las personas trabajadoras autónomas conservan la bonificación del 100 % de la cuota por contingencias comunes del RETA prevista en el artículo 38 de la LETA para estos periodos (art. 17.1 c).

- Los contratos de las trabajadoras que, por situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, hayan de ser destinadas a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado (art. 19.1).

3.2.2. Requisitos

En lo que se refiere a las personas destinatarias de la medida de fomento de empleo, el RDL 1/2023 establece que las personas trabajadoras contratadas como sustitutos en estos casos tendrán que ser personas jóvenes desempleadas menores de 30 años (art. 17).

Por su parte, las empresas beneficiarias de la bonificación han de cumplir con los siguientes requisitos (art. 8):

- Contar con el correspondiente plan de igualdad en caso de que la empresa esté legalmente obligada a ello –por tener 50 o más personas trabajadoras– o el convenio colectivo así lo exija.
- No haber sido inhabilitado para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 33.7 f) de la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal.
- No haber sido excluido del acceso a las ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios de los programas de empleo por la comisión de infracciones graves o muy graves no prescritas según lo previsto en el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (arts. 46 y 46 bis).
- Estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
- Estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social.

No podrán ser beneficiarios de estos incentivos, como ya ocurría en la normativa anterior, la Administración pública, organismos públicos y entidades de derecho público (art. 7.2).

3.2.3. Exclusiones

La norma enumera igualmente una serie de supuestos en los que los incentivos a la contratación, cualquiera que sea su forma, no van a ser aplicables (art. 11). A los efectos que aquí interesan, pueden señalarse los siguientes:

- Contrataciones que afecten al cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del empresario o de las personas que integran los órganos de administración de las sociedades. Es esta una exclusión que ya se contemplaba en la regulación anterior y se mantiene.
- Relaciones laborales de carácter especial, con la excepción de la relación laboral especial de personas trabajadoras con discapacidad en centros especiales de empleo y la del servicio del hogar familiar. En relación con esta última, se declaran expresamente aplicables las bonificaciones por razones de conciliación familiar (disp. adic. tercera). El ámbito de las relaciones laborales especiales, al menos de algunas de ellas como la alta dirección, puede no ser el más adecuado para la aplicación de medidas que fomenten el empleo de colectivos desfavorecidos. Pero su exclusión de aquellos incentivos que tratan de propiciar a la par la conciliación familiar carece de justificación y genera agravios comparativos. Piénsese, por ejemplo, en los abogados que prestan servicios en un despacho, que se ven privados de estos beneficios, frente a los abogados que realizan su actividad en una empresa u otra entidad. Como ya se ha señalado, el legislador desarrolla una regulación general centrada en la promoción del empleo e ignora que, en algunas de esas medidas, como las que analizamos, convergen otros objetivos diversos que requerirían una atención particularizada.
- Contrataciones realizadas con personas trabajadoras que, en los 12 meses anteriores a la fecha de alta en la Seguridad Social, hubiesen prestado servicios en la misma empresa mediante un contrato por tiempo indefinido o en los últimos 6 meses mediante un contrato de duración determinada o un contrato formativo.

Es esta la previsión que ha suscitado mayor controversia tras su aprobación, debido a los obstáculos que provoca en el funcionamiento cotidiano de las empresas. Así, si se restringe la bonificación cuando los contratos se celebran con personas que ya han tenido contratos temporales con la empresa en los 6 meses anteriores, se está torpedeando la práctica habitual según la cual se suscribe un contrato de sustitución con una persona para cubrir la baja por riesgo durante el embarazo y se la mantiene posteriormente para que dé soporte durante la ausencia de la trabajadora tras el nacimiento del hijo (Martínez, 2023). El Colegio de Graduados Sociales de Valencia planteó una consulta a la Dirección General de Trabajo (DGT) en relación con esta cuestión. La resolución de la DGT de 3 de octubre de 2023 concluye que no es posible firmar un único contrato de sustitución que cubra la situación de riesgo durante el embarazo y el nacimiento de hijo, dado que se trata de causas distintas. Por ello, en tal caso, si se quiere mantener a la misma persona,

el primer contrato podría ser bonificado, pero no así el segundo. Se interpreta que la intención del legislador ha sido no tanto el mantenimiento del empleo, como el reparto de este entre las personas desempleadas. Desde la óptica empresarial, sin embargo, es poco eficiente contratar en estos casos a 2 personas diferentes, a las que hay que formar, aunque sea mínimamente, para el puesto y sin que exista en muchas ocasiones una previsión clara de continuidad posterior. Así las cosas y teniendo en cuenta el descenso en el número de contrataciones durante estos primeros meses de vigencia de la nueva norma (de 8.219 contratos de sustitución en diciembre de 2022 se ha pasado a 2.509 en diciembre de 2023), se ha modificado en este punto el artículo 11 del RDL 1/2023. El artículo 85 del RDL 8/2023³⁰ puntualiza la exclusión prevista en dicho artículo 11, indicando que la misma no se aplicará

a los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para la sustitución de personas trabajadoras en los supuestos previstos en el artículo 17, así como a los sucesivos contratos realizados sin solución de continuidad cuando la persona sustituta y sustituida coincidan con las del primer o anterior contrato de sustitución.

La exposición de motivos de la norma se refiere expresamente a la disfunción creada entre los contratos de sustitución por riesgo durante el embarazo y nacimiento de hijo para justificar la modificación. Pero el último inciso del precepto abre la posibilidad de que se pueda acceder igualmente a las bonificaciones en otras situaciones también frecuentes, como por ejemplo la baja por incapacidad temporal de la trabajadora durante el embarazo que se encadena con la ausencia por nacimiento de hijo.

- Se excluye también la aplicación de la bonificación cuando la persona contratada haya causado baja en la Seguridad Social con un contrato de trabajo indefinido para otro empleador en los 3 meses anteriores y siempre que dicha baja no se haya debido a un despido improcedente o un despido colectivo.

3.2.4. Cuantía y duración de la bonificación

En este punto se aprecian algunos de los cambios más significativos con respecto a la regulación anterior:

- La bonificación de los contratos, tanto de las personas trabajadoras sustituidas como de los sustitutos, durante los periodos de riesgo durante el embarazo, riesgo

³⁰ RDL 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

durante la lactancia natural, nacimiento de hijo y cuidado del menor o la menor y ejercicio corresponsable del cuidado del menor o la menor lactante pasa a ser una cantidad fija de 366 euros al mes (arts. 17 y 18). Esta cantidad se contempla por mes natural completo, por lo que para intervalos temporales inferiores al mes, deberá calcularse proporcionalmente la cuantía de dicha bonificación (art. 10.1).

Además, esta bonificación se contempla para contratos a tiempo completo, por lo que habrá de reducirse proporcionalmente cuando la jornada establecida sea inferior. Y no resultará aplicable si la jornada del contrato de sustitución es inferior al 50 % de la jornada a tiempo completo de una persona trabajadora comparable (art. 10.2).

La duración de las bonificaciones coincidirá con el periodo en el que se superpongan el contrato de sustitución y las prestaciones económicas que reciban los trabajadores sustituidos por las situaciones ya mencionadas.

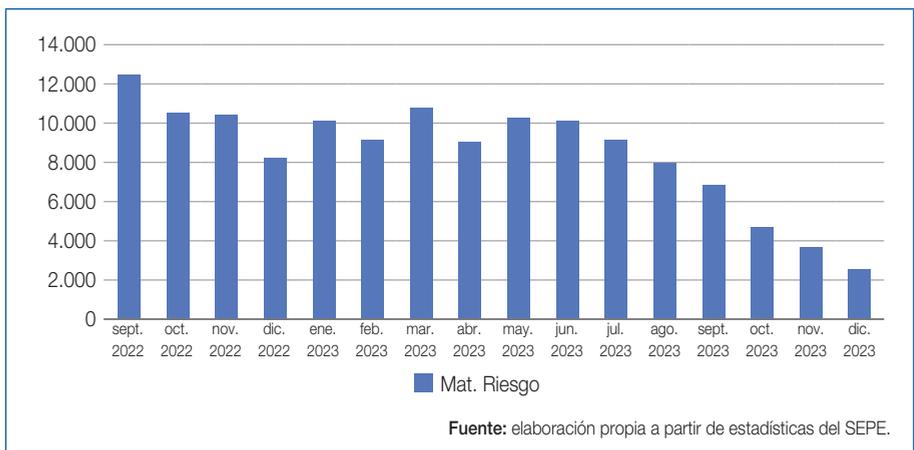
- La bonificación de los contratos de las trabajadoras que, debido a una situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, son destinadas a un puesto de trabajo diferente, será de 138 euros al mes (art. 19). Esta medida se aplicará durante el periodo de permanencia en el nuevo puesto.

Hay alguna modificación menor, como la nueva restricción que veta la bonificación para los contratos con jornada inferior al 50 % de la jornada a tiempo completo comparable. Pero la cuestión más controvertida, sin duda, es la configuración de la forma de cálculo de la bonificación como una cantidad fija, en vez de aplicar un tanto por ciento sobre la cuota empresarial de cotización a la Seguridad Social. No es, sin embargo, algo novedoso, ya que la Ley 43/2006 introdujo en su día esta práctica para la mayor parte de los contratos bonificados y su impacto fue objeto de análisis en el informe presentado por la AEVAL en 2009 (AEVAL, 2009). La conclusión es que la medida se valoró positivamente por las empresas en cuanto simplificaba la gestión y suponía un ahorro de tiempo para los departamentos de Recursos Humanos. Sin embargo, se apuntaba igualmente que con una cantidad fija el importe total de la bonificación se veía reducido frente al sistema anterior, si bien la nueva forma de cálculo tenía un impacto mayor en los salarios más bajos. En cualquier caso, no se apreciaba un mayor sesgo de utilización por sectores o tipo de actividad, aunque sí parecía existir una mayor extensión en las empresas de menor tamaño. Tampoco se observó un descenso en la contratación bonificada a partir de esta reforma, si bien ello se explicaba fundamentalmente por el «efecto peso muerto» de las bonificaciones. Son una medida interesante para las empresas, pero, a la postre, no constituyen un factor determinante para la contratación. Esta premisa, válida para la contratación bonificada de ciertos colectivos, resulta, no obstante, mucho más discutible cuando se trata de bonificaciones por motivos de conciliación familiar.

En primer término, reducir la cuantía de la bonificación puede contribuir a desincentivar la contratación de personas trabajadoras que cubran las ausencias por nacimiento de hijo. Como ya señalamos, con la bonificación del 100 % de la cuota empresarial de la Seguridad Social, solamente en torno al 30 % de las bajas se

han venido cubriendo con contratos de sustitución. Aunque es pronto para hacer estimaciones precisas, los datos de los primeros meses de andadura de la nueva norma no son halagüeños e indican, como puede verse en el gráfico 1, un descenso muy significativo de los contratos bonificados. Ello se justifica considerando que el coste económico que ha de asumir la empresa con la nueva regulación es considerablemente más elevado. La cantidad de 366 euros al mes que se bonifica se ha calculado a partir de la cotización a la Seguridad Social que corresponde para el salario mínimo interprofesional (SMI). Si tomamos, en cambio, como referencia la base máxima de cotización –4.720,5 €/mes para 2024–, el importe de la cuota empresarial a la Seguridad Social asciende –aplicando el tipo general del 23,6%– a 1.114,038 euros al mes. En función, por tanto, del nivel salarial del empleado, la empresa afronta un gasto adicional mayor o menor, pero prácticamente todos los contratos sustituidos tienen un sobrecoste con el nuevo sistema. Y, a estos efectos, debe tenerse en cuenta que con los salarios al alza, incluido el SMI, si la cantidad fija de 366 euros al mes, establecida por la ley, no se revisa periódicamente, la diferencia económica a asumir por la empresa será cada vez más abultada. Es cierto que la incidencia es más acusada cuanto mayor sea el salario del trabajador, pero cuando se trata de promover el disfrute de los derechos de conciliación en la empresa, no parece que este sea un criterio válido para la regulación de estos incentivos. Antes al contrario, la sensibilización de las categorías directivas de la empresa en materia de conciliación familiar resulta, según todos los estudios, esencial para la efectividad de las medidas que se adopten para hacer frente a este problema. Sin olvidar que siguen siendo los hombres los que disfrutaban habitualmente de salarios más elevados, por lo que un cambio legal como el que analizamos puede tener también consecuencias negativas de cara a la corresponsabilidad familiar.

Gráfico 1. Contratos de sustitución por nacimiento de hijo, riesgo durante el embarazo y lactancia



Por otra parte, si la empresa decide no contratar personas trabajadoras que cubran las bajas en estos periodos, es razonable pensar que ello se traducirá en una sobrecarga para el resto de la plantilla. El desplazamiento del trabajo a otros compañeros enrarece el clima laboral y puede ocasionar también dificultades de conciliación a estos últimos (Blázquez Agudo, 2018), pero, igualmente, teniendo en cuenta la configuración actual del permiso por nacimiento de hijo, que diferencia entre un periodo obligatorio y otro voluntario, cabe la posibilidad de que la empresa aliente la reincorporación anticipada de la persona trabajadora, evitando que agote la duración del permiso. Circunstancia esta que, estadísticamente, afectará en mayor medida a los trabajadores varones que a las mujeres.

En definitiva, el cambio legal desincentiva la contratación de personas trabajadoras que cubran las bajas por nacimiento de hijo, lo que puede suponer un obstáculo para el ejercicio de los derechos de conciliación familiar, especialmente en el caso de los varones.

4. Conclusiones, propuestas y recomendaciones

La introducción de bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social vinculadas al nacimiento de hijo se enmarca en la utilización expansiva de estas medidas como instrumentos de fomento de empleo a partir de los años 90. Sin embargo, los contratos bonificados por nacimiento de hijo no se conciben exclusivamente como un incentivo para el empleo, sino que persiguen también la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral y la promoción de los derechos de conciliación familiar dentro de la empresa. Este carácter ambivalente –y atípico– explica que su regulación se haya mantenido prácticamente inalterada y no se haya visto afectada por los cambios y vaivenes normativos sufridos por otras bonificaciones en estos años.

Pese a que se han realizado varios informes que evalúan la eficacia de las bonificaciones como incentivos para el empleo, no existen estudios desagregados que midan el impacto particular de los contratos bonificados por motivos de conciliación. Un análisis de su evolución permite, no obstante, hacer algunos apuntes:

- La implantación de una política de «coste cero» para la empresa –bonificando el 100 % de las cuotas de Seguridad Social tanto para el contrato de la persona trabajadora sustituta, como del sustituido– tiene un efecto positivo como medida de conciliación en varios sentidos: a) reduce el riesgo de discriminación laboral que puede sufrir la persona trabajadora con responsabilidades familiares, especialmente las mujeres; b) fomenta la utilización completa de los permisos por nacimiento de hijo, incluido el periodo voluntario (esto puede tener una incidencia mayor en el caso de los trabajadores varones, favoreciendo la corresponsabilidad

familiar); c) limita la sobrecarga del resto de la plantilla, que puede verse obligada a asumir en un momento dado las tareas de la persona trabajadora de baja. Los datos indican, con todo, que solo se cubre con contratos de sustitución aproximadamente un tercio del total de las bajas por nacimiento de hijo. Pese a las ventajas que este sistema ofrece para la empresa, parece que existe cierta renuencia a recurrir a nuevas contrataciones en estas situaciones, probablemente por las complicaciones añadidas que ello entraña, en especial en empresas de menor tamaño.

- Como instrumento de política de empleo, el alcance de estas bonificaciones parece más limitado. En primer lugar, porque los contratos de sustitución son en todo caso temporales, por lo que no contribuyen a la creación de empleo estable, a lo sumo favorecen una primera toma de contacto de la persona trabajadora sustituta con la empresa. Por otra parte, el colectivo de beneficiarios de estos contratos ha sido demasiado genérico –personas desempleadas– y ello reduce su efectividad como herramienta de inserción laboral de colectivos desfavorecidos. No obstante, los contratos de sustitución vinculados al nacimiento de hijo tienen un peso no desdeñable, ya que representan en torno al 50 % del volumen total de la contratación bonificada.

El RDL 1/2023 ordena y unifica todos los incentivos a la contratación y, en particular, las bonificaciones y reducciones en las cuotas de Seguridad Social. Era una tarea pendiente, largamente demandada, dado que el crecimiento descontrolado de medidas estaba limitando su potencial. Pero el legislador parte de un enfoque reduccionista, centrado exclusivamente en la promoción del empleo, y olvida la concurrencia de otros intereses, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la conciliación familiar. Como resultado de ello, se producen algunas disfunciones que pueden poner en peligro la efectividad de los contratos bonificados vinculados al nacimiento de hijo y así parece indicarlo el descenso significativo en el número de contrataciones de los últimos meses.

Algunos de esos desajustes, como el que impedía la contratación de la misma persona trabajadora para cubrir las bajas sucesivas del riesgo durante el embarazo y el nacimiento de hijo, ya han tratado de ser corregidos tras la modificación introducida por el RDL 8/2023.

La cuestión más controvertida es, sin embargo, la que se refiere a la cuantía de la bonificación, al pasar de un sistema de «coste cero» a una cantidad fija que solo cubre la totalidad de la cuota empresarial de Seguridad Social para el caso de que el trabajador perciba el SMI. El cambio legal discrimina a las personas trabajadoras en función del salario y desincentiva la contratación, lo que repercute negativamente en el ejercicio de los derechos de conciliación, particularmente en relación con los trabajadores varones, con salarios más altos y menos receptivos a disfrutar de estos permisos.

A tenor de lo anterior se realizan las siguientes propuestas:

- Volver al sistema de cálculo de las bonificaciones a partir de un porcentaje sobre la cuota empresarial de Seguridad Social, frente a la aplicación actual de una cantidad fija predeterminada. El salario de la persona trabajadora no puede convertirse en un factor limitativo, aunque sea por vía indirecta, del ejercicio de los derechos de conciliación. No obstante, como ya se ha hecho en alguna ocasión en relación con otros incentivos para el empleo, puede valorarse que aquellas empresas con más dificultades, como las de menor tamaño, se beneficien de una bonificación mayor.
- Revisar la exclusión de las relaciones laborales especiales de estas bonificaciones. Desde la óptica de la conciliación familiar, carece de justificación que estos colectivos no puedan verse favorecidos con esta medida y genera agravios comparativos.
- Eliminar aquellas restricciones adicionales que pueden suponer un obstáculo para la implementación de las bonificaciones, por ejemplo, la exigencia de que se contrate a la persona trabajadora sustituta con al menos el 50 % de la jornada.
- Valorar la implantación de otros beneficios similares para impulsar la conciliación familiar. A estos efectos, la utilización de un sistema de bonificaciones resulta más ventajoso que las reducciones de cuotas, por cuanto este último supone una merma para los recursos financieros de la Seguridad Social. Los incentivos económicos para la empresa vinculados a la conciliación son una alternativa poco explotada y que puede resultar de interés para favorecer el disfrute de otros derechos, como la reducción de jornada por cuidado de hijo o la adaptación de las condiciones de trabajo del artículo 34.8 del ET.

Referencias bibliográficas

- AEVAL (2009). *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*. Ministerio de la Presidencia. <https://funcionpublica.digital.gob.es//dam/es/portalsefp/evaluacion-politicas-publicas/Documentos/Evaluaciones/2008/E14.pdf>
- AIREF (2020). *Incentivos a la contratación. Evaluación del gasto público 2019*. <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/01/CORRECCION-ENLACES/PDF-Web-Incentivos-a-la-contratacion-3.pdf>
- Blázquez Agudo, E. (2018). Más allá de los beneficios de la conciliación de la vida personal/familiar y laboral para los/as trabajadores/as: las ventajas para la empresa y para la sociedad. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Protección a la familia y Seguridad Social: hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, tomo II (pp. 485-497). Laborum.
- CES (2022). *Memorias sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2022*. <https://www.ces.es/documents/10180/5233540/Memoria-Socioeconomica-CE-S-2022.pdf/a03c8265-ee92-7803-b252-d44860e0e34c>
- Conde Colmenero, P. (2023). El nuevo marco normativo del empleo: hacia la modernización de las políticas de ocupación y el establecimiento de un modelo de mercado de trabajo facilitador de la transformación digital y la transición ecológica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 477, 59-93. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.18949>
- Costa Reyes, A. y Rodríguez Crespo, M. J. (2003). La actuación de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida familiar y laboral. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 71, 109-138. <http://hdl.handle.net/10396/2101>
- Cruz Villalón, J., Durán López, F., Jimeno Serrano, J. F., Olalla Mercadé, M. A., Ruesga Benito, M. S., Sáez Lara, C., Toharia Cortés, L. y Valdés Dal-Ré, F. (2005). *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Cueto Iglesias, B. (2006). Las ayudas a la contratación indefinida en España. *Revista de Economía Laboral*, 3, 87-119. DOI: 10.2114/rel.2006.01.05
- García Viña, J. (2018). Perspectiva empresarial sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Protección a la familia y Seguridad Social: hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, tomo II (pp. 687-705). Laborum.
- López Terrada, E. (2016). Las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como mecanismos de creación de empleo. *Revista Galega de Administración Pública*, 51, 195-224.
- Martínez Botello, P. (2023). El nuevo contrato de sustitución bonificado por nacimiento y cuidado del menor de 12 meses. Una derogación enmascarada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10.
- Pérez del Prado, D. (2011). *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*. Tirant lo Blanch.
- Plaza Angulo, J. J. (2013). Bonificaciones y reducciones de cuotas a la Seguridad Social tras las reformas de 2012. En E. Castellano Burguillo e I. del R. Feria Basilio (Dirs.^{as}), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012* (pp. 413-432). Punto Rojo Libros.



- Porte, C. de la, Im, Z., Pircher, B., Ramos Martín, N. y Szelewa, D. (2023). An examination of "instrumental resources" in earmarked parental leave: The case of the work-life balance directive. *Journal of European Social Policy*, 33(5), 525-539. <https://doi.org/10.1177/09589287231207557>
- Roldán Martínez, A. (2018). Incentivos a favor de la conciliación de la vida profesional, personal y familiar en el RETA: bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Protección a la familia y Seguridad Social: hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, tomo I (pp. 697-713). Laborum.
- Ruiz González, C. M. (2018). La protección de los trabajadores por cuenta propia en el ejercicio de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. A propósito de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 34, 224-237.
- Toharia, L., Arranz, J. M., Cebrián, I., García Serrano, C., Hernanz, V., Morero, G. y Pitarch, J. (2008). *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

María José López Álvarez. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Especializada en conciliación de la vida familiar y laboral y derecho de la empresa y autora de numerosas publicaciones científicas. Directora del Observatorio de Conciliación, Corresponsabilidad y Diversidad de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Primer Premio Estudios Financieros en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en 2014 y 2017. Primer Premio Alares by Vivofácil 2023 al fomento de la conciliación de la vida familiar, laboral y personal en la categoría de profesores/investigadores. <https://orcid.org/0000-0002-2354-5711>



Jueces robot, dos aproximaciones prácticas a su concepto

Javier Ercilla García

Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 10 - Las Palmas de Gran Canaria (España)
j.ercilla@poderjudicial.com | <https://orcid.org/0009-0006-5930-2574>

Extracto

En la era digital actual, la posibilidad de integrar sistemas de inteligencia artificial (IA) en el ámbito jurídico ha suscitado un debate profundo sobre la administración automatizada de la justicia. Este artículo explora dos enfoques paradigmáticos en la conceptualización de un «juez robot»: el basado en reglas y el adaptativo. Mientras que el primero se centra en una codificación explícita de la ley, garantizando predictibilidad y transparencia, inspirado en AlphaZero, el segundo, inspirado en AlphaGo, se adapta continuamente a la jurisprudencia, ofreciendo flexibilidad y capacidad de evolución. A través de un análisis detallado, se discuten las ventajas, limitaciones y aplicaciones potenciales de ambos modelos. Asimismo, se muestran dos ejemplos concretos de juez robot basados en cada uno de los modelos, Python y Tkinter, para la resolución por IA de pleitos relativos a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador fundamentados en retrasos en el abono de los salarios y en materia de revisión de incapacidades permanentes por mejoría.

Palabras clave: juez robot; inteligencia artificial; Administración de justicia; resolución basada en reglas; aproximación autoadaptativa; codificación; predictibilidad; procesamiento del lenguaje natural; GPT-4.

Recibido: 03-11-2023 / Revisado: 10-05-2024 / Aceptado: 14-05-2024 / Publicado (en avance *online*): 14-06-2024

Cómo citar: Ercilla García, J. (2024). Jueces robot, dos aproximaciones prácticas a su concepto. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 47-84. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20111>



Robot Judges, two practical approaches to their concept

Javier Ercilla García

Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 10 – Las Palmas de Gran Canaria (España)
j.ercilla@poderjudicial.com | <https://orcid.org/0009-0006-5930-2574>

Abstract

In today's digital era, the possibility of integrating artificial intelligence systems into the legal field has sparked a profound debate about automated justice administration. This article explores two paradigmatic approaches in conceptualizing a "robot judge": the rule-based and the adaptive. While the former focuses on an explicit encoding of the law, ensuring predictability and transparency, inspired by AlphaZero, the latter, inspired by AlphaGo, continuously adapts to jurisprudence, offering flexibility and evolutionary capacity. Through a detailed analysis, the advantages, limitations, and potential applications of both models are discussed. Likewise, two specific examples of a Robot Judge based on each of the models are shown, all based on Python and Tkinter, for AI resolution of lawsuits related to the termination of employment contracts due to delays in salary payments and on the review of permanent disabilities due to improvement.

Keywords: robot judge; artificial intelligence; Justice administration; rule-based resolution; self-adaptive approach; codification; predictability; natural language processing; impact; GPT-4.

Received: 03-11-2023 / Revised: 10-05-2024 / Accepted: 14-05-2024 / Published (online preview): 14-06-2024

Citation: Ercilla García, J. (2024). Robot Judges, two practical approaches to their concept. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 47-84. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20111>

Sumario

1. Introducción
 2. Historia y evolución de AlphaGo y AlphaZero
 - 2.1. AlphaGo: rompiendo barreras
 - 2.2. AlphaZero: hacia la autonomía
 - 2.3. Recapitulación
 3. Concepto de «jueces robot»
 - 3.1. Definición y origen del concepto
 - 3.2. Beneficios potenciales
 - 3.3. Desafíos y consideraciones
 4. Dos ejemplos prácticos de implementación del juez robot
 - 4.1. AlphaJudge
 - 4.1.1. Aplicación
 - 4.1.2. Instrucciones para la inteligencia artificial
 - 4.1.3. Pruebas y evaluación del programa
 - 4.2. AlphaZero Judge
 - 4.2.1. Aplicación
 - 4.2.2. Instrucciones para la inteligencia artificial
 - 4.2.3. Pruebas y evaluación del programa
 5. Estructura y anatomía del programa
 6. Desafíos éticos y técnicos
 - 6.1. Desafíos éticos
 - 6.2. Desafíos técnicos
 7. Conclusiones
 8. Código fuente
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La revolución tecnológica del siglo XXI ha transformado innumerables aspectos de nuestra sociedad, desde la forma en que nos comunicamos hasta la manera en que realizamos negocios. Sin embargo, uno de los dominios que ha permanecido relativamente inalterado por la tecnología es el sistema judicial. A pesar de algunos avances en la digitalización de registros y procedimientos, la esencia de cómo se toman las decisiones judiciales ha permanecido constante durante siglos. Sin embargo, con el advenimiento de la IA avanzada, estamos al borde de una transformación potencialmente radical en este ámbito: la introducción de los jueces robot.

La idea de un juez robot, una entidad que utiliza algoritmos y bases de datos para tomar decisiones judiciales, puede parecer futurista o incluso distópica para algunos. Pero antes de descartar la viabilidad de este concepto, podemos considerar otros dominios en los que la IA ha demostrado capacidades sorprendentes. El juego Go, un antiguo juego de mesa, ha sido durante mucho tiempo considerado un bastión de la capacidad cognitiva humana. Sin embargo, en 2016 el mundo fue testigo de un hito tecnológico cuando AlphaGo, un programa de IA desarrollado por DeepMind, derrotó al campeón mundial, Lee Se-dol, en una serie de partidas (Silver *et al.*, 2016). Este evento no solo demostró el potencial de la IA en tareas complejas, sino que también planteó preguntas sobre cómo podrían aplicarse tecnologías similares en dominios tan cruciales como el judicial. Meses después, AlphaZero derrotaría a AlphaGo.

Lo cierto es que programas como AlphaGo o AlphaZero Go se limitaban a operar dentro de unas reglas muy marcadas: las de un juego de mesa. Sin embargo, la labor judicial, sin perjuicio de regirse por reglas (las leyes), implica una labor cognitiva superior al simple movimiento de fichas en un tablero. Por ende, el concepto de «juez robot» se manifiesta como una evolución natural dada la trayectoria actual de la tecnología y su integración en diversos sectores de la sociedad (Dressel y Farid, 2018). Esta propuesta no solo plantea cuestiones técnicas sobre cómo se podría lograr tal sistema, sino también profundas interrogantes éticas y filosóficas sobre la naturaleza de la justicia y el papel de la humanidad en su administración.

Así, hasta la publicación de GPT-3 en junio de 2020 y sobre todo GPT-4 en marzo de 2023, no teníamos una IA capaz de asumir tareas de cognición profunda en el ámbito del lenguaje. Es decir, la posibilidad de entender el lenguaje, crear lenguaje y actuar en consecuencia. Siendo el lenguaje una de las herramientas esenciales para el juzgador, mediante su comprensión, interpretación y aplicación, el paso hacia los jueces robot se allanaba desde el punto de vista técnico.

La relación entre modelos de IA como AlphaGo y el concepto de «jueces robot» es el foco central de este ensayo, que no podría haberse desarrollado sin la ayuda de grandes modelos del lenguaje (LLM) como GPT-4, Llama-2 o Bard. A través de un análisis exhaustivo, exploraremos la evolución de la IA, desde sus inicios hasta los modelos avanzados de hoy, y cómo estos desarrollos podrían informar o influir en la creación de sistemas judiciales automatizados. Además, abordaremos los desafíos éticos y técnicos asociados con la implementación de la IA en el sistema judicial y reflexionaremos sobre las implicaciones más amplias para la sociedad en su conjunto. Finalmente, se mostrarán dos ejemplos prácticos –desarrollados por quien suscribe– sobre los dos modelos de juez robot que se plantean en el presente artículo.

Es importante destacar que este ensayo no aboga necesariamente por la adopción inmediata de jueces robot, sino por adentrarnos en su estudio y apreciar el estado del arte en relación con la resolución de pleitos.

El sistema judicial es una piedra angular de cualquier sociedad democrática, garantizando la justicia, la equidad y el Estado de derecho. A medida que nos adentramos en una era de tecnología avanzada y en la automatización, es esencial que abordemos cualquier cambio en este dominio con precaución, reflexión y un compromiso inquebrantable con los derechos fundamentales.

2. Historia y evolución de AlphaGo y AlphaZero

El juego Go, originario de China y con más de 2.500 años de antigüedad, ha sido durante mucho tiempo un desafío para la IA debido a su complejidad inherente. A diferencia del ajedrez, donde las computadoras superaron a los humanos desde la victoria de Deep Blue sobre Garry Kasparov en 1997, el Go presentaba un espacio de búsqueda mucho más amplio, lo que lo hace computacionalmente desafiante (Russell y Norvig, 2010). Sin embargo, este panorama cambió drásticamente con la introducción de AlphaGo y, posteriormente, AlphaZero, ambos por DeepMind.

2.1. AlphaGo: rompiendo barreras

Desarrollado por DeepMind, una subsidiaria de Alphabet Inc., AlphaGo representó un avance significativo en el campo de la IA. Utilizando una combinación de redes neuronales y técnicas de búsqueda basadas en árboles Monte Carlo¹, AlphaGo fue entrenado inicialmente en millones de partidas de jugadores humanos, permitiéndole aprender patrones y estrategias comunes en el juego (Silver *et al.*, 2016). Posteriormente, se mejoró mediante el juego contra sí mismo, refinando continuamente sus tácticas y estrategias.

¹ Método para la toma óptima de decisiones en problemas de IA.

El verdadero potencial de AlphaGo se reveló al mundo en 2016, cuando derrotó al campeón mundial Lee Se-dol (9-dan) en una serie de 5 partidas, ganando 4 de ellas (Sang-Hun, 2016). Esta victoria no solo demostró la capacidad de la IA para superar a los humanos en tareas altamente complejas, sino que también destacó el poder de combinar aprendizaje supervisado con aprendizaje por refuerzo (Silver *et al.*, 2016).

2.2. AlphaZero: hacia la autonomía

Si bien AlphaGo representó un avance significativo, DeepMind no se detuvo allí. Introdujeron AlphaZero, una evolución de AlphaGo, con una diferencia clave: en lugar de ser entrenado en partidas humanas, AlphaZero aprendió a jugar Go, ajedrez y shogi simplemente jugando contra sí mismo, sin ningún conocimiento previo de las estrategias humanas (Silver *et al.*, 2017). Esta aproximación de aprendizaje por refuerzo puro permitió a AlphaZero no solo superar a AlphaGo, sino también establecerse como el jugador más fuerte en los 3 juegos mencionados en un tiempo de entrenamiento ciertamente breve.

AlphaZero representa un paso hacia sistemas de IA más autónomos y adaptables. Al no depender de datos humanos, evita posibles sesgos y limitaciones inherentes a esos datos y demuestra una capacidad de automejora que es esencial para aplicaciones más allá de los juegos (Silver *et al.*, 2017).

2.3. Recapitulación

La diferencia esencial por tanto entre AlphaGo y AlphaGo Zero es que la primera aprendió de la experiencia humana previa y se reforzó jugando contra sí misma, con esa base. AlphaGo fue entrenada inicialmente para imitar el juego humano, tratando de igualar los movimientos de los jugadores expertos de juegos históricos registrados, utilizando una base de datos de alrededor de 30 millones de movimientos. Una vez que había alcanzado un cierto grado de habilidad, se entrenó aún más jugando contra otras instancias de sí misma (Schraudolph *et al.*, 1994).

AlphaGo Zero, en cambio, solo aprendió las reglas básicas del juego y ganó experiencia jugando contra sí misma durante 3 días, venciendo a la anterior que había estado entrenando meses. AlphaGo Zero tiene reglas codificadas para establecer hiperparámetros de búsqueda y su red neuronal se actualiza de manera continua.

Lo que se presenta en las líneas superiores es la contraposición entre dos modelos de IA que resuelven los mismos problemas, a saber, la victoria de partidas en juegos de mesa. AlphaGo aprendió mediante el estudio de millones de partidas humanas previas y AlphaZero simplemente aprendió las reglas del juego.

3. Concepto de «jueces robot»

La idea de automatizar procesos y decisiones a través de máquinas no es nueva. Desde la Revolución Industrial, la humanidad ha buscado formas de utilizar la tecnología para mejorar la eficiencia y precisión en diversas áreas. Sin embargo, la propuesta de introducir la automatización en el sistema judicial, específicamente en la figura de un juez robot, es una noción que ha ganado tracción en las últimas décadas, impulsada en gran medida por los avances en IA y aprendizaje automático.

3.1. Definición y origen del concepto

El término «juez robot» se refiere a un sistema automatizado que, utilizando algoritmos y bases de datos, puede tomar decisiones judiciales sin intervención humana directa. Aunque la nomenclatura puede sugerir una entidad física, en la mayoría de los contextos un juez robot es un *software* diseñado para analizar, interpretar y aplicar la ley (Susskind, 2019).

La idea existente detrás de los jueces robot surge de la creciente carga de trabajo en los sistemas judiciales de todo el mundo. Con el aumento de litigios y la complejidad de las leyes modernas, se ha buscado cómo la tecnología podría aliviar parte de esta carga, garantizando al mismo tiempo decisiones procedentes y consistentes (Brownsword, 2008).

3.2. Beneficios potenciales

Uno de los principales argumentos a favor de los jueces robot es la consistencia. A diferencia de los jueces humanos, que pueden ser influenciados por factores externos o sesgos personales, un juez robot tomaría decisiones basadas únicamente en la información proporcionada y en el marco legal establecido. Esto podría llevar a decisiones más consistentes y predecibles, lo que a su vez podría aumentar la confianza en el sistema judicial (Remus y Levy, 2016).

Además, la velocidad y eficiencia son otros beneficios potenciales. Los jueces robot podrían procesar rápidamente grandes cantidades de información, lo que podría reducir significativamente los tiempos de espera en casos judiciales y aliviar la carga de trabajo de los tribunales (Mutlu y Forlizzi, 2008).

3.3. Desafíos y consideraciones

Sin embargo, la idea de delegar decisiones judiciales a máquinas no está exenta de críticas. Uno de los principales desafíos es el riesgo de sesgo. Aunque los jueces robot están

diseñados para ser objetivos, los algoritmos que los alimentan son creados por humanos y pueden, inadvertidamente, introducir sesgos en el sistema. Estos sesgos pueden surgir de los datos utilizados para entrenar al sistema o de las decisiones de diseño tomadas por los programadores (Barocas y Selbst, 2016).

Además, hay preocupaciones sobre la transparencia y la rendición de cuentas. A diferencia de las decisiones humanas, que pueden ser explicadas y justificadas, las decisiones tomadas por algoritmos complejos a menudo son opacas, lo que dificulta entender cómo se llegó a una determinada conclusión (Pasquale, 2015).

Finalmente, hay consideraciones éticas y filosóficas: ¿es éticamente aceptable que una máquina decida sobre asuntos que afectan directamente la vida y libertad de las personas? Además, la ley no es solo un conjunto de reglas, sino también un reflejo de valores y principios sociales. La interpretación y aplicación de la ley requiere un entendimiento profundo del contexto social y cultural, algo que, al menos por ahora, está más allá de las capacidades de cualquier máquina (Moor, 2006; Surden, 2014).

4. Dos ejemplos prácticos de implementación del juez robot

Una vez expuestas las premisas lógicas y técnicas del presente ensayo, vamos a plasmar las mismas en una demostración real y actual de hasta dónde llegaría en la actualidad un juez robot, es decir, cuáles son las actuales capacidades y limitaciones que podríamos encontrar para aplicar, en un sistema judicial como el español, un juez robot. Para ello, se han desarrollado 2 aplicaciones o programas en Python, con la interfaz de Tkinter y con el motor de IA generativa de texto GPT-4.

GPT-4, o Generative Pre-trained Transformer 4, es un modelo de lenguaje autorregresivo basado en la arquitectura *transformer*. Esta arquitectura, introducida por Ashish Vaswani *et al.* (2017) en el artículo «Attention is All You Need», utiliza mecanismos de atención para procesar datos secuenciales de manera paralela, lo que permite un procesamiento más eficiente y una capacidad de modelado más profunda.

GPT-4, al ser una versión más avanzada que GPT-3.5, posee una mayor cantidad de parámetros, lo que le permite tener una capacidad de procesamiento y comprensión del lenguaje más sofisticada. La arquitectura *transformer* en la que se basan ambos modelos permite que, a medida que se incrementa el número de parámetros, el modelo pueda capturar relaciones más complejas y sutiles en los datos. Esto se traduce en una mejor capacidad para generar respuestas coherentes, comprender contextos más amplios y realizar inferencias más precisas.

Comparativamente, GPT-4 puede manejar tareas más complejas y contextos más extensos que GPT-3.5. Además, la capacidad de GPT-4 para generalizar a partir de ejemplos

de entrenamiento es superior, lo que significa que puede adaptarse mejor a tareas para las que no fue específicamente entrenado (Radford *et al.*, 2019; Brown *et al.*, 2020).

Y son esas características de GPT-4, a saber, la comprensión más profunda del lenguaje y la adaptación a tareas no preentrenadas (sin perjuicio de la posibilidad de llevar a cabo un *fine-tuning*), las que permiten a un gran modelo del lenguaje como es GPT-4 llevar a cabo la toma de decisiones judiciales en aquellos supuestos muy específicos que no requieren grandes tareas de cognición profunda.

Así, GPT-4 ha demostrado capacidades notables en una variedad de dominios y tareas, según Bubeck *et al.* (2023), GPT-4 puede resolver tareas novedosas y difíciles que abarcan matemáticas, codificación, visión, medicina, derecho, psicología y más, sin necesidad de instrucciones especiales. Su rendimiento en estas tareas es notablemente cercano al desempeño humano y a menudo supera ampliamente a modelos anteriores como ChatGPT.

Han *et al.* (2023) aplicaron GPT-3.5 y GPT-4 a un problema clásico en el razonamiento inductivo humano conocido como «inducción de propiedades». Aunque GPT-3.5 tuvo dificultades para capturar muchos aspectos del comportamiento humano, GPT-4 fue mucho más exitoso.

Webb *et al.* (2022) realizaron una comparación directa entre razonadores humanos y un modelo de lenguaje grande en una serie de tareas analógicas. Los resultados indicaron que modelos como GPT-3 y GPT-4 han adquirido una capacidad emergente para encontrar soluciones de manera efectiva y sin entrenamiento previo (*Zero-Shot*) a una amplia gama de problemas de analogía.

Almeida *et al.* (2023) investigaron las similitudes y diferencias entre GPT-4 y los humanos en cuanto a razonamiento moral y jurídico. Analizaron aspectos como la atribución de intencionalidad, juicios sobre causación, moralidad de la decepción, fundamentos morales, impacto de la suerte moral en juicios legales, concepto de consentimiento y juicios de violación de reglas. Aunque encontraron altas correlaciones entre las respuestas humanas y de la IA, también identificaron diferencias sistemáticas significativas entre ambas.

Tenemos, por lo tanto, una IA capaz de llevar a cabo tareas complejas de matemáticas, medicina y derecho, una IA capaz de efectuar tareas analógicas y de razonamiento inductivo, es decir, tenemos una IA que puede llevar a cabo someras tareas que debe realizar un juez al dictar una sentencia. Tomando todo ello se desarrollaron 2 aplicaciones para que GPT-4, con una información inicial –unos hechos probados–, fuera capaz de resolver litigios en uno u otro sentido.

Como ya se explicó antes, la premisa de la que parte el presente ensayo es la existencia de 2 modelos de juez robot: el modelo AlphaGo, que aprendió de millones de partidas humanas previas, y el modelo AlphaZero, que aprendió simplemente las reglas y mejoró

jugando contra sí mismo. La asimilación de estos 2 enfoques de resolución de problemas serían el AlphaJudge, que resolvería conforme a la jurisprudencia, esto es, enjuiciamientos humanos previos, y el AlphaZero Judge, que aprendería únicamente la legislación, las reglas y actuaría en consecuencia.

4.1. AlphaJudge

Para este primer enfoque del concepto de «juez robot» hemos tomado un caso concreto de resolución judicial, a saber, el de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores dispone que serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Si nos limitáramos a crear un juez robot que resolviera los supuestos de falta de pago, la resolución no precisaría una labor de IA, sino más bien de automatización, dado que la jurisprudencia es bastante clara a la hora de fijar el número de impagos mínimos que harían justa la causa de extinción. Ello, no obstante, la labor de interpretación aún queda para aquellos casos que se sitúan en los límites. Sin embargo, en el ámbito de los retrasos la jurisprudencia es más difusa y requiere llevar a cabo una serie de pasos lógicos y cognitivos que quedarían debidamente integrados en las capacidades de GPT-4 antes señaladas, a saber, la matemática, la analogía y el razonamiento.

La jurisprudencia en el ámbito de la extinción por retrasos en el abono parte de elementos muy dispares y a la par matemáticos, a saber, tiene en cuenta el número de retrasos, el promedio de los mismos, la continuidad, etc.

Consecuentemente, la aplicación desarrollada tendría por objeto facilitar únicamente a la IA la relación de retrasos acreditados, es decir, facilitar únicamente los hechos probados y, una vez con ellos, resolver si procedería o no la extinción del contrato y, por ende, si procedía o no estimar o desestimar la demanda.

AlphaGo, con su enfoque en el aprendizaje supervisado, sería un modelo que toma decisiones basadas en precedentes. Al analizar y aprender de partidas anteriores, AlphaGo desarrolla una comprensión de las estrategias que han resultado exitosas en el pasado. De manera similar, un juez robot basado en dicho modelo podría ser entrenado para analizar y aprender de decisiones judiciales anteriores, desarrollando una comprensión de cómo se han interpretado y aplicado las leyes en casos anteriores (Ashley, 2017).

4.1.1. Aplicación

La aplicación creada parte de un modelo de sentencia, debiendo rellenar los valores no repetitivos, a saber, número de procedimiento, nombres, hechos probados, etc. Siendo la interfaz gráfica la siguiente:

Imagen 1. Imagen global de la aplicación AlphaJudge

Rellenador de modelo

Fecha: 14/9/2023

Número de juicio: []

Nombre del demandante: []

Nombre de la institución demandada: []

¿Comparecen ambas partes?

Sí

No

Hechos probados: []

Pruebas

Documental Testifical

Pericial Forense

Interrogatorio dte Interrogatorio ddo

Antigüedad: 14/9/2023

Salario día: []

Relación de los retrasos: []

Resolver

Guardar

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a [Fecha].

Visto por mí, D. Javier Ercilla García, Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria, en audiencia pública, el juicio sobre Resolución del contrato de trabajo, seguido ante este Juzgado bajo n.º [Número de juicio], promovido a instancia de [Nombre del demandante], contra [Nombre de la institución demandada] y FOGASA, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte actora arriba indicada presentó en el decanato una demanda que fue repartida a este Juzgado y en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando que se dictara una sentencia de conformidad con sus pretensiones.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, las partes fueron citadas al acto de juicio. Comparecidas las partes, asistidas en la forma que consta en el acta, se pasó al acto de juicio. En él, y una vez que se hubo efectuado la dación de cuenta de los antecedentes, la parte actora se ratificó en su demanda. La parte demandada se opuso a la demanda y la contestó formulando las alegaciones que constan en acta. Seguidamente, fue abierta la fase probatoria, en la que se practicaron las pruebas que, propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes y constan documentadas en autos. Practicada la prueba, las partes informaron sobre sus pretensiones y el juicio quedó visto para sentencia.

TERCERO. En la sustanciación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales aplicables salvo los plazos para dictar sentencia.

HECHO PROBADOS

XXXX. La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores.

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

En la imagen se puede observar una vista previa de la sentencia que se está dictando a la derecha y a la izquierda las distintas entradas, de manera que, conforme se escribe en los recuadros de la izquierda, la sentencia se va actualizando con todos los detalles.

Asimismo, se crea un árbol de decisiones de tal manera que, en aquellas circunstancias en que se pueden plantear varios escenarios, si ocurre uno u otro, el texto de la sentencia cambia. Así ocurre con la opción «¿Comparecen ambas partes?», que pondrá en los antecedentes de hecho un párrafo si la opción es «Sí» y otro si la opción es «No».

A continuación, tenemos los hechos probados, la prueba practicada y las opciones más importantes, a saber, la «Antigüedad», el «Salario» y la «Relación de retrasos». Estas 3 entradas serán las que determinen el resto de la sentencia, tanto en su contenido como en su sentido estimatorio o desestimatorio. La IA estaría encargada de varias funciones en la presente aplicación. Las variables como nombre, número de procedimiento, hechos probados, etc. serían valores introducidos por el usuario. Las variables serían las siguientes:

Una vez que el usuario cumplimentara todos los datos, las tareas a realizar por la IA serían las siguientes:

- Calcular el promedio del retraso en el abono de los salarios con los datos introducidos en «Relación de los retrasos». Esta relación de los retrasos serían hechos probados.

Imagen 2. Imagen de los cuadros a rellenar por el usuario

Formulario de datos para la IA, con los siguientes campos:

- Fecha: 14/9/2023
- Número de juicio: []
- Nombre del demandante: []
- Nombre de la institución demandada: []
- ¿Comparecen ambas partes?: Sí No
- Hechos probados: []
- Pruebas:
 - Documental
 - Testifical
 - Interrogatorio dte
 - Pericial
 - Forense
 - Interrogatorio ddo
- Antigüedad: 14/9/2023
- Salario día: []
- Relación de retrasos: []
- Botones: Guardar, Resolver

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

- Calcular la mediana del retraso en el abono de los salarios.
- Redactar un razonamiento sobre por qué los retrasos son graves (para lo que se toma la media) y continuados (para lo que se toma la mediana).
- En caso de contemplar que los retrasos son graves y continuados, rellenará con todos los datos facilitados por el usuario el modelo de sentencia estimatoria, en caso contrario utilizará el modelo de sentencia desestimatoria.
- Calcular la indemnización por extinción, a la fecha de la sentencia, en caso de estimación de la demanda.

Como ya se ha señalado, esta primera aplicación parte de un modelo tipo AlphaGo, es decir, cuyo entrenamiento parte del conocimiento de millones de partidas previas. En el caso del AlphaJudge, lo que hacemos es alimentar al modelo del lenguaje, la IA, con jurisprudencia sobre el retraso en el abono del salario.

Para interactuar con GPT-4, utilizamos prompts², sin embargo, podemos modular la manera en la que GPT-4 nos contesta a través de instrucciones previas. Estas instrucciones previas son las que utilizaremos para alimentar a GPT-4 con la jurisprudencia sobre la extinción por retraso en el abono de salarios. En Python aparecería así:

```
response = openai.ChatCompletion.create(
    model="gpt-4",
    messages=[
        {"role": "system", "content": reglas},
        {"role": "user", "content": prompt},
    ]
)
texto = response['choices'][0]['message']['content']
```

Lo que se aprecia arriba es la diferenciación de roles. El *role system* es aquel en el que introducimos las reglas sobre cómo resolver los problemas que se planteen a GPT-4 y el

² Un «prompt» es una instrucción o estímulo que se proporciona a un modelo o sistema para obtener una respuesta o acción específica. En el contexto de los modelos de lenguaje, es el texto inicial que se introduce para que el modelo genere una continuación o respuesta basada en ese texto.

role user es aquel en el que se introduce el problema a resolver, a saber, la relación de retrasos. El cuadro de texto que observamos en la imagen 2, con el título «Relación de retrasos», es el prompt que se la dará a GPT-4 para que resuelva el problema conforme a las reglas dadas. Estas reglas se encuentran en un archivo de texto.

```
with open('resolutor.txt', 'r', encoding="utf8") as file:  
    reglas = file.read()
```

4.1.2. Instrucciones para la inteligencia artificial

Las reglas para resolver el pleito son la piedra fundamental en la configuración de la aplicación, dado que de la forma en la que se expliquen las reglas dependerá que la IA resuelva correctamente el pleito y nos ofrezca un razonamiento adecuado. La finalidad es que la IA haga una sentencia que bien pudiera haber hecho un juez humano, por lo que no basta con que resuelva estimar o desestimar, sino que debe motivar la razón por la cual considera que el retraso es grave, leve, continuado o esporádico. Las reglas contenidas en el archivo de texto son las siguientes:

Como juez especializado, se le solicita emitir un fallo basado en la gravedad de los retrasos salariales y su justificación para la extinción del contrato de trabajo. Utilice únicamente la siguiente jurisprudencia:

TS (22/12/2008): retrasos > 11.20 días en 336 días son graves.

TS (10/01/2023): retraso promedio de 10.5 días en un año es referencia.

TSJ Madrid (26/09/2019): retrasos breves/esporádicos no justifican terminación.

Instrucciones:

Calcule retraso promedio y mediano de todos los pagos. Los salarios suelen pagarse entre el 1 y el 5 del mes siguiente.

Presente: «Retraso medio: X días. Mediana: Y días».

Relacione promedio y mediana matemáticamente y su relevancia en este caso.

Con base en la jurisprudencia, determine si los retrasos son graves. Cite las sentencias.

Concluya con «condenar» si justifica extinción o «absolver» si no.

En estas reglas se hace uso de varias técnicas de *prompt engineering* (White *et al.*, 2023). Básicamente, la estructura a seguir es la siguiente:

- Sujeto a simular: «Como juez especializado».

El modelo se coloca en el papel de un juez especializado, lo que establece el tono y la perspectiva desde la cual debe abordar la tarea.

- Tarea: «se le solicita emitir un fallo basado en la gravedad de los retrasos salariales y su justificación para la extinción del contrato de trabajo».

Se define claramente lo que se espera que haga el modelo: emitir un fallo basándose en la gravedad de los retrasos salariales.

Pasos para completar la tarea:

- «Calcule retraso promedio y mediano de todos los pagos».
- «Relacione promedio y mediana matemáticamente y su relevancia en este caso».
- «Con base en la jurisprudencia, determine si los retrasos son graves. Cite las sentencias».
- «Concluya con "condenar" si justifica extinción o "absolver" si no».

Estos pasos guían al modelo a través de la tarea, asegurando que aborde todos los aspectos necesarios para llegar a una conclusión informada.

- Contexto/restricciones: «Utilice únicamente la siguiente jurisprudencia: [listado de sentencias]».

Se proporciona contexto sobre las sentencias judiciales relevantes y se establece una restricción para que el modelo solo utilice esa información específica al tomar una decisión.

- Objetivo: «Emitir un fallo bien fundamentado y respaldado sobre la gravedad de los retrasos».

El objetivo final es que el modelo proporcione un fallo basado en la información y las instrucciones proporcionadas.

- Formato de salida: «Presente: "Retraso medio: X días. Mediana: Y días"» y «Concluya con "condenar" o "absolver"».

Se especifica cómo debe presentarse la respuesta, lo que ayuda a obtener una salida clara y coherente.

Lo que tenemos aquí es la estructura básica del prompt, a saber: sujeto a simular, tarea, pasos para completar la tarea, contexto/restricciones, objetivo y formato de salida.

Con esta instrucción previa con la que se alimenta a la IA y su inclusión dentro de la aplicación, podemos ya comenzar a ofrecer relaciones de retrasos en el abono de los salarios para que comience a analizar los datos, sacar conclusiones y razonar en consecuencia.

Como elementos esenciales para clarificar el modelo, ha de explicarse que la expresión «Concluya con "condenar" o "absolver"» responde a que la aplicación previamente está configurada para que si la última frase de la respuesta de la IA contiene las palabras «condenar» o «absolver», elegirá el modelo de conclusión de sentencia adecuado, completando los nombres de las partes y, más importante, efectuando el cálculo de la indemnización por extinción (en la fecha de la sentencia) en caso de condena.

```
for frase in frases:
    if "CONDENAR" in frase:
        numero = 0
    elif "ABSOLVER" in frase:
        numero = 1
    else:
        respuesta_modificada += frase + "."
```

Otra cuestión necesaria que explicar es por qué se calcula la mediana además del promedio. La jurisprudencia tiene en cuenta siempre el promedio en los retrasos a la hora de resolver sobre la extinción: un retraso promedio de 11,20 días en 336 días es grave (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 22 de diciembre de 2008, rec. 294/2008) y un retraso promedio de 10,50 días tomando como referencia 1 año también es grave (STS de 10 de enero de 2023, rec. 2166/2021). Sin embargo, el retraso ha de ser continuado y no esporádico, de ahí que se tome el cálculo de la mediana para apreciar si efectivamente los retrasos habidos responden o no a una tendencia³.

4.1.3. Pruebas y evaluación del programa

Expuesto todo lo que antecede, ya solo queda mostrar ejemplos de cómo, con una relación de retrasos, razona la IA.

³ La mediana puede ofrecer información sobre si los retrasos son esporádicos o continuados. Así, si la mediana es cercana a cero o muy baja, pero la media es alta, esto podría indicar que, aunque la mayoría de los meses no tienen retrasos significativos (o tienen retrasos cortos), hay algunos meses con retrasos extremadamente largos. Estos retrasos extremos serían esporádicos pero significativos. Si la mediana es alta y cercana a la media, esto sugiere que los retrasos son consistentes y continuados a lo largo del tiempo. No hay muchos valores extremos que distorsionen la media.

Como se puede observar en la imagen 3, una vez introducidos los datos, la vista previa del modelo se actualiza mostrando la argumentación en su FJ 4.º y el fallo, estimatorio con el cálculo de la indemnización.

Imagen 3. Aplicación AlphaJudge resolviendo un pleito

Rellenador de modelo

Fecha: 10/10/2023

Número de juicio: 123/2023

Nombre del demandante: D. Pedro Pérez

Nombre de la institución demandada: EMPRESA, SA

¿Comparecen ambas partes?
 Sí
 No

Hechos probados: El trabajador...

Pruebas:
 Documental Testifical
 Pericial Forense
 Interrogatorio dte. Interrogatorio ddo.

Antigüedad: 13/09/2018

Salario día: 12,34

Relación de retrasos:
-Mensualidad de marzo de 2021 se le abona el 14.04.2021.
-Mensualidad de abril de 2021 se le abona el 02.06.2021.
-Mensualidad de mayo de 2021 se le abona el ...

Resolver **Guardar**

En atención a los datos que obran en el relato fáctico, se computan los días de retrasados en los pagos sobre la fecha estipulada (es decir, el día 5 del mes siguiente). Dado que se mencionan 20 meses, es posible calcular estas cantidades.

El retraso medio en el abono de los salarios ha sido aproximadamente de 13 días al tomar en cuenta todos los meses mencionados. Así mismo, al arreglar los datos en orden creciente y hallar el valor central conseguimos la mediana, cuyo resultado sería de 12 días.

La relación matemática entre el promedio y la mediana nos muestra una visión clara de la distribución y tendencia central de los datos. Cuando ambos valores son similarmente altos, como en este caso, indica que la mayoría de los pagos se demoraron más de lo esperado y sin ser esporádicos, lo cual ofrece una base sólida para nuestra decisión.

Ciertamente, no todos los retrasos son motivo para solicitar la terminación del contrato. Según la sentencia del TSJ de Madrid del 26 de septiembre de 2019, tienen que ser retrasos que no sean breves ni esporádicos. No obstante, aquí los datos indican una demora continua y significativa, lejos de ser breve y esporádica.

Además, desde el punto de vista de la jurisprudencia del TS, los retrasos se consideran graves cuando superan un promedio de 11.20 días en un lapso de 336 días (sentencia de 22 de diciembre de 2008), y la sentencia del 10 de enero de 2023 mantiene un punto de referencia de un retraso de 10.5 días dentro de un año. En este caso, ambos umbrales se han sobrepasado claramente, [...]

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO, la demanda interpuesta por D. Pedro Pérez contra EMPRESA, SA, y FOGASA y por ende debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que le unía a , con efectos desde esta resolución judicial, condenando a la empresa a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 2.070,03 euros. [...]

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

Para una mayor claridad vamos a plantear 3 supuestos y enlazar únicamente la argumentación arrojada por la IA.

Relación de retrasos – Grave y continuados

- Mensualidad de marzo de 2021 se le abona el 14 de abril 2021.
- Mensualidad de abril de 2021 se le abona el 2 de junio de 2021.
- Mensualidad de mayo de 2021 se le abona el 21 de junio de 2021.
- Mensualidad de junio de 2021 se le abona el 9 de julio de 2021.
- Mensualidad de julio de 2021 se le abona el 13 de agosto de 2021.
- Mensualidad de agosto de 2021 se le abona el 15 de septiembre de 2021.
- Mensualidad de septiembre de 2021 se le abona el 5 de octubre de 2021.
- Mensualidad de octubre de 2021 se le abona el 8 de noviembre de 2021.
- Mensualidad de noviembre de 2021 se le abona el 3 de diciembre de 2021.
- Mensualidad de diciembre de 2021 se le abona el 17 de enero de 2022.
- Mensualidad de enero de 2022 se le abona el 7 de febrero de 2022.
- Mensualidad de febrero de 2022 se le abona el 17 de marzo de 2022.
- Mensualidad de marzo de 2022 se le abona el 7 de abril de 2022.
- Mensualidad de abril de 2022 se le abona el 6 de mayo de 2022.
- Mensualidad de mayo de 2022 se le abona el 13 de junio de 2022.
- Mensualidad de junio de 2022 se le abona el 25 de julio de 2022.
- Mensualidad de julio de 2022 se le abona el 27 de agosto de 2022.
- Mensualidad de agosto de 2022 se le abona el 30 de septiembre de 2022.
- Mensualidad de septiembre de 2022 se le abona el 18 de noviembre de 2022.
- Mensualidad de octubre de 2022 se le abona el 17 de diciembre de 2022.

Argumentación de la IA

En atención a los datos que obran en el relato fáctico, los retratos en los salarios presentan cierta recurrencia temporal. Para establecer la gravedad de estos retrasos procedemos a calcular, en primer lugar, el retraso medio, que resulta al sumar todos los retrasos y dividirlos por el número total de pagos. Haciendo este cálculo, obtenemos que el retraso medio en el abono de los salarios ha sido de 12.15 días.

Asimismo, para obtener la mediana, ordenamos de menor a mayor el número de días de retraso y buscamos el valor situado en medio. Si el número de pagos fuera par, se tomaría la media de los 2 valores centrales. No obstante, en este caso, al contar con un número impar de pagos, el cálculo resulta en una mediana de 12 días.





El promedio y la mediana nos dan medidas de la tendencia central de los datos. Son conceptos estrechamente relacionados, pero mientras el promedio aritmético equilibra todos los datos, la mediana se enfoca en el dato del medio, siendo menos sensible a los valores extremos. Por lo cual, la mediana es especialmente útil para observar si los valores están dispersos o si existen irregularidades o picos extremos en los datos. En este caso, con un promedio y mediana muy cercana, se sugiere una consistencia y continuidad en los retrasos, más que esporadicidad o presencia de valores extremos.

Analizando el escenario con la jurisprudencia aplicable, vemos que el retraso medio y mediano superan el límite de los 11.20 días estipulado en la STS del 22 de diciembre de 2008, así como también rebasan el umbral de los 10.5 días contemplado por el TS el 10 de enero de 2023.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 26 de septiembre de 2019, la cual hace énfasis en que no se puede solicitar la terminación debido a retrasos breves y/o esporádicos. En este caso, aunque los retrasos no son breves –dado que superan los días promedios estipulados por el TS– tampoco son esporádicos, sino que revelan cierta persistencia.

Por tanto, teniendo en cuenta la consistencia en los retrasos, su gravedad expresada tanto en promedio como en mediana y con base en la jurisprudencia aplicable, debemos concluir que estos retrasos son graves y justifican la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora.

Relación de retrasos – Breves y continuados

- Mensualidad de marzo de 2021 se le abona el 6 de abril de 2021.
- Mensualidad de abril de 2021 se le abona el 7 de mayo de 2021.
- Mensualidad de mayo de 2021 se le abona el 6 de junio de 2021.
- Mensualidad de junio de 2021 se le abona el 7 de julio de 2021.
- Mensualidad de julio de 2021 se le abona el 6 de agosto de 2021.
- Mensualidad de agosto de 2021 se le abona el 7 de septiembre de 2021.
- Mensualidad de septiembre de 2021 se le abona el 6 de octubre de 2021.
- Mensualidad de octubre de 2021 se le abona el 7 de noviembre de 2021.
- Mensualidad de noviembre de 2021 se le abona el 6 de diciembre de 2021.
- Mensualidad de diciembre de 2021 se le abona el 7 de enero de 2022.
- Mensualidad de enero de 2022 se le abona el 6 de febrero de 2022.
- Mensualidad de febrero de 2022 se le abona el 7 de marzo de 2022.
- Mensualidad de marzo de 2022 se le abona el 6 de abril de 2022.
- Mensualidad de abril de 2022 se le abona el 7 de mayo de 2022.
- Mensualidad de mayo de 2022 se le abona el 6 de junio de 2022.
- Mensualidad de junio de 2022 se le abona el 7 de julio de 2022.
- Mensualidad de julio de 2022 se le abona el 6 de agosto de 2022.





- Mensualidad de agosto de 2022 se le abona el 7 de septiembre de 2022.
- Mensualidad de septiembre de 2022 se le abona el 6 de octubre de 2022.
- Mensualidad de octubre de 2022 se le abona el 7 de noviembre de 2022.

Argumentación de la IA

En atención a los datos que obran en el relato fáctico, el retraso medio en el abono de los salarios ha sido de 1.05 días (12.6 días anuales), asimismo podemos calcular la mediana, cuyo resultado sería de 1.05 días.

La media y la mediana son los indicadores de tendencia central que nos dan un resumen de los datos. La media es la suma de todos los valores dividida por el número de valores, mientras que la mediana es el valor que divide a los datos en 2 partes iguales, es decir, el 50 % de los datos son menores que la mediana y el otro 50 % son mayores. En este caso, tanto la media como la mediana son de 1.05 días, lo que indica que la distribución de los retrasos es uniforme y centrada en este valor.

Basándome en las SSTS de 22 de diciembre de 2008 y 10 de enero de 2023, se consideran «graves» aquellos retrasos que superan un promedio de 10.5-11.20 días al año. Tanto el promedio como la mediana de retrasos en el presente caso están por debajo de este umbral, lo que indica que los retrasos podrían no ser graves.

Además, según la STSJ de Madrid del 26 de septiembre de 2019, los retrasos breves y/o esporádicos no podrían justificar una acción de terminación. En este caso, tanto la media como la mediana indican que los retrasos han sido constantes y no esporádicos, aunque breves (1.05 días).

En conclusión, aunque los retrasos han sido constantes, la duración de estos no alcanza la gravedad requerida por las sentencias del TS para justificar la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

Relación de retrasos – Esporádicos

- Mensualidad de marzo de 2021 se le abona el 3 de abril de 2021.
- Mensualidad de abril de 2021 se le abona el 2 de mayo de 2021.
- Mensualidad de mayo de 2021 se le abona el 10 de junio de 2021.
- Mensualidad de junio de 2021 se le abona el 4 de julio de 2021.
- Mensualidad de julio de 2021 se le abona el 5 de agosto de 2021.
- Mensualidad de agosto de 2021 se le abona el 9 de septiembre de 2021.
- Mensualidad de septiembre de 2021 se le abona el 3 de octubre de 2021.
- Mensualidad de octubre de 2021 se le abona el 4 de noviembre de 2021.
- Mensualidad de noviembre de 2021 se le abona el 8 de diciembre de 2021.
- Mensualidad de diciembre de 2021 se le abona el 4 de enero de 2022.
- Mensualidad de enero de 2022 se le abona el 5 de febrero de 2022.





- Mensualidad de febrero de 2022 se le abona el 3 de marzo de 2022.
- Mensualidad de marzo de 2022 se le abona el 10 de abril de 2022.
- Mensualidad de abril de 2022 se le abona el 3 de mayo de 2022.
- Mensualidad de mayo de 2022 se le abona el 4 de junio de 2022.
- Mensualidad de junio de 2022 se le abona el 5 de julio de 2022.
- Mensualidad de julio de 2022 se le abona el 9 de agosto de 2022.
- Mensualidad de agosto de 2022 se le abona el 3 de septiembre de 2022.
- Mensualidad de septiembre de 2022 se le abona el 4 de octubre de 2022.
- Mensualidad de octubre de 2022 se le abona el 5 de noviembre de 2022.

Argumentación de la IA

En atención a los datos que obran en el relato fáctico, el retraso medio en el abono de los salarios ha sido de 7.15 días, calculado sobre todos los pagos facilitados. Además, el retraso mediano es de 5 días.

La relación matemática entre el promedio y la mediana es esencial para comprender la distribución y tendencia central de los datos de retraso en los pagos salariales. El promedio es la suma de todos los retrasos dividida por el número total de salarios. Por otro lado, la mediana es el valor central en un conjunto de datos, lo que significa que el 50 % de los valores están por debajo de este punto y el 50 % están por encima. Al comparar el retraso promedio con el retraso mediano, podemos determinar si los retrasos son principalmente esporádicos o continuos.

Según la jurisprudencia aplicable al presente caso, los retrasos en los pagos salariales deben considerarse graves para justificar la terminación del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora. El TS, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, establece que los retrasos que superen un promedio de 11.20 días en un lapso de 336 días se consideran «graves». Además, la Sentencia de 10 de enero de 2023 establece que un retraso promedio de 10.5 días dentro de 1 año sirve como punto de referencia.

Considerando estos criterios jurisprudenciales, los retrasos en los pagos salariales presentados en el caso no se consideran graves. Los retrasos promedio y mediano de 6.4 días y 4 días respectivamente se encuentran por debajo del límite establecido por el TS. Además, el retraso mediano de 4 días sugiere que los retrasos son más esporádicos que continuos. Además, al analizar la frecuencia, se evidencia que los retrasos son esporádicos, ya que solo en 4 ocasiones de los 20 pagos analizados se ha producido un retraso efectivo.

En vista de lo anterior y conforme a la jurisprudencia aplicable, los retrasos en los pagos salariales no pueden considerarse graves y continuados, sino más bien esporádicos. Por lo tanto, se concluye que la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora no está justificada.

En atención a los datos ofrecidos al modelo, las respuestas, si bien podrían adoptar formas diversas en atención al estilo jurídico y de redacción de cada uno, sin embargo, ofrecen un razonamiento adecuado y una relación clara con la jurisprudencia facilitada.

Lo expuesto no es más que un ejemplo simple, la ventana de contexto del *role system* es limitada, sin embargo, mediante *fine-tuning*⁴ podrían crearse agentes de IA especializados en los distintos tipos de procedimiento (despidos, reclamación de cantidad, Seguridad Social, etc.). Bastaría con preentrenar estos modelos con jurisprudencia abundante y adecuada para poder resolver pleitos conforme a la doctrina actual e imperante (Peng *et al.*, 2023).

El modelo expuesto solo bebe de 3 sentencias, una de las cuales ni siquiera sería jurisprudencia *ex artículo 1.6 del Código Civil (la STSJ)* y, sin embargo, con 3 únicos datos resumidos y sin argumentación jurídica, la aplicación es capaz de detectar los elementos necesarios, hacer los cálculos, resolver en consecuencia y motivar su razonamiento.

4.2. AlphaZero Judge

Para este segundo enfoque del concepto de juez robot hemos tomado un caso concreto de resolución judicial, a saber, el de la impugnación de una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que revisa la situación de incapacidad del beneficiario y rebaja la calificación por mejoría. El artículo 200.2 de la Ley general de la Seguridad Social dispone que toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente (IP), en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional. La STS de 26 de marzo de 1987 señala que la revisión del grado de invalidez permanente por agravación o mejoría de la trabajadora presupone siempre una confrontación entre dos situaciones de hecho: la que determinó la primitiva declaración de invalidez y la existente cuando se lleva a efecto la revisión. Igualmente, la STS de 22 de diciembre de 2009 (rec. 2066/09) señala que la «mejoría» que justifica la revisión exige conceptualmente no solo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino –sobre todo– que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada.

En suma, este tipo de procedimientos se rige por una regla sencilla, a saber, para revisar la IP debido a agravación o mejoría, se debe comparar la situación inicial de invalidez

⁴ El *fine-tuning* en grandes modelos de lenguaje se refiere al proceso de adaptar un modelo previamente entrenado en un conjunto de datos grande y general (como todo el texto de internet) a un conjunto de datos más pequeño y específico. Este proceso permite que el modelo se especialice en tareas particulares o se ajuste a instrucciones específicas.

con la situación actual. Si las condiciones no han cambiado significativamente, no se puede modificar la calificación original.

Como ya se indicó, el modelo AlphaZero fue instruido únicamente con las reglas del Go, el ajedrez y el shogi, perfeccionando su entrenamiento jugando contra sí mismo, pero lo decisivo es el modelo de entrenamiento, es decir, no jugadas humanas previas, sino simplemente las reglas con un aprendizaje por refuerzo contra sí mismo.

En el presente caso, únicamente se indicará a la IA la regla antedicha y, con la misma, deberá resolver si las situaciones médicas previas y actuales suponen una mejora o agravamiento.

GPT-4, al igual que otros grandes modelos de lenguaje (LLM), ha demostrado capacidades notables en la comprensión y generación de lenguaje natural en diversas materias, entre ellos, la medicina. La medicina es el punto esencial a la hora de resolver el tipo de procedimiento sobre el que va a versar la aplicación. Así, GPT-4 ha sido evaluado para el United States Medical Licensing Examination (USMLE), un programa de examen en 3 etapas utilizado para evaluar la capacidad de un médico para aplicar conocimientos, conceptos y principios, demostrando sus habilidades fundamentales y con su superación otorgar licencias en los Estados Unidos. Además, se evaluó su rendimiento en el conjunto de datos MultiMedQA⁵. Los resultados mostraron que GPT-4 superaba la puntuación de aprobado en el USMLE y superaba a modelos anteriores y a modelos específicamente ajustados en conocimiento médico. Se investigó la influencia de las preguntas de prueba que contienen texto e imágenes en el rendimiento del modelo y se estudió la calibración de probabilidad, que es de vital importancia en aplicaciones de alto riesgo como la medicina. Además, se exploró la capacidad de GPT-4 para explicar el razonamiento médico, personalizar explicaciones a los estudiantes y elaborar interactivamente nuevos escenarios contrafactuales en torno a un caso médico (Nori *et al.*, 2023).

En definitiva, estamos ante una regla sencilla cuya aplicación precisa o bien de peritos, o bien de un conocimiento extenso de materias médicas. GPT-4 se presenta en este escenario como una opción competente, dado sus conocimientos médicos y su capacidad para efectuar razonamientos.

AlphaZero, con su capacidad para aprender sin datos previos, representa un enfoque más adaptativo y autónomo. En el contexto judicial, esto podría traducirse en un juez robot que aprende y se adapta con cada caso que evalúa, ajustando y refinando su comprensión de la ley a medida que se enfrenta a nuevos escenarios y desafíos (Branting, 2017).

⁵ Un modelo del lenguaje (LLM) para fines médicos que combina HealthSearchQA y 6 conjuntos de datos actuales de respuesta a preguntas abiertas publicada el 26 de diciembre de 2022 por Google Research y Deepmind.

4.2.1. Aplicación

La aplicación creada parte de un modelo de sentencia, debiendo rellenar los valores no repetitivos, a saber, número de procedimiento, nombres, hechos probados, etc. Siendo la interfaz gráfica la siguiente:

Imagen 4. Imagen global de la aplicación AlphaZero Judge

The screenshot shows a web application window titled "Rellenador de modelo". The interface is divided into two main sections: a form for inputting case details on the left and a text area for the judgment text on the right.

Form Section (Left):

- Fecha:** A dropdown menu showing "16/9/2023".
- Número de juicio:** An empty text input field.
- Nombre del demandante:** An empty text input field.
- Nombre de la institución demandada:** An empty text input field.
- Options:** Three checkboxes: INSS, TGSS, and Mutua.
- Hechos probados:** An empty text input field with "+" and "-" buttons below it.
- Incapacidad permanente revisada:** An empty text input field.
- Pruebas:** Four checkboxes: Documental, Testifical, Perito actor, and Perito ddo.
- Patologías y limitaciones anteriores:** A dropdown menu showing "Año 2023" and an empty text input field.
- Patologías y limitaciones actuales:** A dropdown menu showing "Año 2023" and an empty text input field.
- Buttons:** "Guardar" and "Resolver" buttons at the bottom.

Text Area Section (Right):

The text area contains the following content:

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a [Fecha].

Visto por mí, D. Javier Ercilla García, Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria, en audiencia pública, el juicio sobre Resolución del contrato de trabajo, seguido ante este juzgado bajo n.º [Número de juicio], promovido a instancia de [Nombre del demandante], contra [Nombre de la institución demandada] y FOGASA, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte actora arriba indicada presentó en el decanato una demanda que fue repartida a este juzgado y en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando que se dictara una sentencia de conformidad con sus pretensiones.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, las partes fueron citadas al acto de juicio. Comparecidas las partes, asistidas en la forma que consta en el acta, se pasó al acto de juicio. En él, y una vez que se hubo efectuado la dación de cuenta de los antecedentes, la parte actora se ratificó en su demanda. La parte demandada se opuso a la demanda y la contestó formulando las alegaciones que constan en acta. [...].

TERCERO. En la sustanciación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales aplicables salvo los plazos para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

XXXX. Se agotó la vía previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. A los efectos del art. 97.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), conviene resaltar que los hechos declarados se ha establecido en base a la valoración conjunta de la actividad probatoria desarrollada, en concreto de [prueb

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

En la imagen se puede observar la misma estructura que en la anterior, a saber, una vista previa de la sentencia que se está dictando a la derecha y a la izquierda las distintas entradas, de manera que, conforme se escribe en los recuadros de la izquierda, la sentencia se va actualizando con todos los detalles.

El elemento diverso en la aplicación se refiere a las patologías y limitaciones a comparar en el tiempo:

Imagen 5. Cuadros de comparación de patologías y limitaciones

Incapacidad permanente revisada

Pruebas

Documental Testifical

Perito actor Perito ddo.

Detect. ddo. Fortense

Patologías y limitaciones anteriores

Año 2023

Patologías y limitaciones actuales

Año 2023

Relación de retrasos

Resolver

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

La IA, en este caso, tendría encargadas las siguientes tareas:

- Analizar las patologías y limitaciones existentes al tiempo de la calificación de IP original y compararlas con las patologías y limitaciones existentes al tiempo.
- Redactar un razonamiento sobre si ha existido una mejoría en la situación patológica del beneficiario o si ha existido un empeoramiento o mantenimiento de la situación.
- En caso de contemplar que no ha habido mejoría, rellenará con todos los datos facilitados por el usuario el modelo de sentencia estimatoria, en caso contrario utilizará el modelo de sentencia desestimatoria.

4.2.2. Instrucciones para la inteligencia artificial

En este caso, la regla para resolver el pleito es muy sencilla, a saber, analizar ambas situaciones conforme a lo ingresado por el usuario (año y patologías) y determinar si ha habido o no mejoría. Las reglas contenidas en el archivo de texto son las siguientes:

Como juez especializado, se le pide evaluar la revisión de una IP basada en la evolución de las patologías del demandante. Debe comparar la situación patológica inicial con la actual y determinar si ha habido mejoría, estabilidad o empeoramiento. Siga estas instrucciones:

- Compare la situación patológica inicial del trabajador cuando fue declarado incapacitado con la situación actual.
- Determine si la mejoría es lo suficientemente relevante como para cambiar el grado de incapacidad.
- Concluya con «condenar» si no hay mejoría o «absolver» si hay mejoría significativa.

Como ya se expuso antes, la estructura para seguir ha sido la siguiente:

- Sujeto a simular: «Como juez especializado».
El modelo adopta el papel de un juez especializado, estableciendo la perspectiva y el tono desde el cual debe abordar la tarea.
- Tarea: «se le pide evaluar la revisión de una incapacidad permanente basada en la evolución de las patologías del demandante».
Se define claramente lo que se espera que haga el modelo: evaluar la revisión de una incapacidad basándose en la evolución de las patologías.
- Pasos para completar la tarea:
 - «Compare la situación patológica inicial del trabajador cuando fue declarado incapacitado con la situación actual».
 - «Determine si la mejoría es lo suficientemente relevante como para cambiar el grado de incapacidad».
 - «Concluya con "condenar" si no hay mejoría o "absolver" si hay mejoría significativa».

Estos pasos guían al modelo a través de la tarea, asegurando que aborde todos los aspectos necesarios para llegar a una conclusión informada.

- Contexto/restricciones: no se especifican restricciones adicionales en el prompt, pero se entiende que el modelo debe basar su evaluación en la evolución de las patologías del demandante.
- Objetivo: «evaluar la revisión de una incapacidad permanente basada en la evolución de las patologías del demandante y determinar si ha habido mejoría, estabilidad o empeoramiento».

El objetivo final es que el modelo proporcione una evaluación basada en la información y las instrucciones proporcionadas.

- Formato de salida: «Concluya con "condenar" si no hay mejoría o "absolver" si hay mejoría significativa».

Se especifica cómo debe presentarse la respuesta, lo que ayuda a obtener una salida clara y coherente.

4.2.3. Pruebas y evaluación del programa

Expuesto todo lo que antecede, ya solo queda mostrar ejemplos de cómo, con una relación de patologías previas y actuales, razona la IA.

Como se puede observar en la imagen 6, una vez introducidos los datos, la vista previa del modelo se actualiza mostrando la argumentación en su FJ 5.º y el fallo estimatorio con el reconocimiento de la IP total.

Imagen 6. Aplicación AlphaZero Judge resolviendo un pleito

The screenshot shows a web application window titled "Rellenador de modelo". On the left, there is a form with the following fields and options:

- Fecha: 18/10/2023
- Número de juicio: 123/2023
- Nombre del demandante: D. Pedro Pérez
- Nombre de la institución demandada: INSS, TGSS, Mutua
- Hechos probados: El actor... (with + and - buttons)
- Incapacidad permanente revisada: Incapacidad Permanente Total
- Pruebas: Documental, Testifical, Perito actor, Perito ddo., Detect. ddo., Fortense

On the right, a preview window shows the generated text:

Así las cosas es necesario destacar que la revisión de la invalidez exige necesariamente de un juicio comparativo entre la situación patológica del trabajador al tiempo de ser declarado como tal y la que se produce en el momento posterior, en concreto aquel en el que se pretende llevar a cabo la antes de dicha revisión, juicio comparativo a raíz del cual deben extraerse como presupuestos conjuntos y necesarios para que la misma pueda prosperar coma cuando lo sea por mejoría, por una parte la efectiva y real mejoría en el estado de salud del inválido punto así lo reconoce el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencia de 15 de enero y 26 de marzo de 1987, al señalar que «la revisión del grado de invalidez permanente por agravación o mejoría del trabajador, presupone siempre una confrontación entre 2 situaciones De hecho, la que determina la primitiva declaración de invalidez y la existente cuando se lleva a efecto la revisión, sin que la mera circunstancia de que concurra alguna de aquellas causas, determinan por sí solo la modificación del grado de incapacidad si la naturaleza de las dolencias tiene idéntica repercusión en la capacidad laboral del trabajador» punto el segundo lugar de su presupuesto necesario que la mejoría sea especial y significativamente relevante, hasta el punto de permitir la subsunción dos luego estado del supuesto derecho definidor del nuevo grado incapacitado de que se le reconozca.

◀

Patologías y limitaciones anteriores

Año

Cervicalgia en paciente con antecedentes de hernia discal C6-C7 intervenida (2-2008 discectomía C6-C7+Fusión). Espondiloartrosis lumbar

Patologías y limitaciones actuales

Año

Disectomía C6-C7 intervenida en 2018. Espondiloartrosis lumbar, proceso de raquis cervical con movilización espontánea y balance articular activo limitado en últimos

[...] Vistos los preceptos legales citados y demás de general observancia y por la autoridad que me confiere el art. 117 de la Constitución Española y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

FALLO

Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Pedro Pérez frente INSS y TGSS, reconociéndose al actor el grado de Incapacidad Permanente Total, derivada de contingencia común, condenándose el Ente demandado a abonar al demandante de pensión, practicándose en ejecución de sentencia las compensaciones u opciones que procedan en atención a las prestaciones incompatibles que perciba.

Notifíquese la presente Resolución a las partes del legal forma, haciéndose saber al tiempo que contra la misma cabe recurso de Suplicación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación.

Para una mayor claridad, vamos a plantear dos supuestos y enlazar únicamente la argumentación arrojada por la IA.

Relación de patologías 2015-2018: Empeoramiento

Las patologías de la parte demandante en 2015 eran:

«Cervicalgia en paciente con antecedentes de hernia discal C4-C5 intervenida (10-2015 discectomía C4-C5 + Fusión). Espondiloartrosis torácica».

Las patologías de la parte demandante en 2023 eran:

«Cervicalgia crónica con radiculopatía secundaria a hernia discal recurrente en C4-C5. Espondiloartrosis torácica avanzada con inicio de compromiso neurológico. Estenosis del canal lumbar secundaria a espondiloartrosis. Limitación funcional para actividades que requieran esfuerzo físico, levantamiento de peso y movimientos repetitivos del tronco».

Argumentación de la IA

El presente caso requiere realizar un juicio comparativo entre la situación patológica del trabajador en el momento de ser declarado como incapacitado permanente y la situación patológica actual.





En 2015, la parte demandante presentaba una cervicalgia en un paciente con antecedentes de hernia discal C4-C5 intervenida y espondiloartrosis torácica. Por su parte, en 2023, la situación patológica del actor incluye una cervicalgia crónica con radiculopatía secundaria a hernia discal recurrente en C4-C5, espondiloartrosis torácica avanzada con inicio de compromiso neurológico y estenosis del canal lumbar secundaria a espondiloartrosis. Además, se indica que existe una limitación funcional para actividades que requieran esfuerzo físico, levantamiento de peso y movimientos repetitivos del tronco.

Analizando esta información, se observa una clara evolución de las patologías y limitaciones del trabajador. En primer lugar, se observa una recurrencia de la hernia discal en C4-C5, lo que sugiere que la intervención quirúrgica realizada en 2015 no fue completamente exitosa en términos de eliminar completamente el problema. Además, se añade una espondiloartrosis torácica avanzada con compromiso neurológico.

Estas nuevas patologías, sumadas a la estenosis del canal lumbar, indican un empeoramiento significativo en la situación patológica del trabajador. Asimismo, la limitación funcional para actividades que requieran esfuerzo físico, levantamiento de peso y movimientos repetitivos del tronco confirma la disminución de su capacidad laboral.

En consecuencia, se puede concluir de manera clara y fundamentada que la situación patológica global del actor ha empeorado desde el momento en que fue declarado como incapacitado permanente hasta el presente. La evolución de sus patologías, junto con la aparición de nuevas limitaciones, demuestra que su estado de salud ha sufrido un deterioro significativo.

Relación de patologías 2015-2018: Mejoramiento

Las patologías de la parte demandante en 2015 eran:

«Cervicalgia en paciente con antecedentes de hernia discal C4-C5 intervenida (10-2015 discectomía C4-C5 + Fusión). Espondiloartrosis torácica».

Las patologías de la parte demandante en 2023 eran:

«Antecedentes de cervicalgia post-intervención en C4-C5, actualmente asintomático. Espondiloartrosis torácica estable sin signos de progresión. Recuperación funcional completa con capacidad para realizar actividades laborales de moderada intensidad, incluyendo levantamiento ocasional de peso y tareas que requieran movilidad del tronco. Se recomienda evaluación periódica y mantenimiento de ejercicios de fortalecimiento».

Argumentación de la IA

En atención a las patologías acreditadas, podemos realizar un juicio comparativo entre la situación patológica del trabajador en el momento de ser declarado como incapacitado permanente en 2015 y la situación actual en 2023.

En 2015, el trabajador presentaba cervicalgia y antecedentes de hernia discal C4-C5 intervenida, además de espondiloartrosis torácica. Estas patologías, sin duda, limitaban la capacidad laboral del trabajador y fueron razón para su declaración de IP.





Sin embargo, en la situación actual en 2023 se observa una mejoría significativa en la condición del trabajador. Se indica que la cervicalgia post-intervención en C4-C5 se encuentra asintomática, lo que implica una mejoría evidente en comparación con la situación anterior. Además, se menciona que la espondiloartrosis torácica se encuentra estable y sin signos de progresión.

Es importante destacar que se menciona una recuperación funcional completa, lo que implica que el trabajador tiene la capacidad para realizar actividades laborales de moderada intensidad, incluyendo levantamiento ocasional de peso y tareas que requieran movilidad del tronco. Además, se recomienda una evaluación periódica y el mantenimiento de ejercicios de fortalecimiento.

Con base en esta información, podemos concluir que ha habido una mejoría significativa en la condición patológica del demandante desde la fecha en que se le declaró como incapacitado permanente en 2015. La cervicalgia post-intervención se ha vuelto asintomática y la espondiloartrosis torácica se encuentra estable. Además, se destaca que el demandante ha logrado una recuperación funcional completa con capacidad para realizar actividades laborales de moderada intensidad.

En consecuencia, concluyo que la situación patológica del demandante ha mejorado y que la revisión de la IP está justificada en este caso.

En atención a los datos ofrecidos al modelo, las respuestas, si bien podrían adoptar formas diversas en atención al estilo jurídico y de redacción de cada uno, sin embargo, ofrecen un razonamiento adecuado y una relación clara con la jurisprudencia facilitada.

5. Estructura y anatomía del programa

Imagen 7. Estructura del juez robot

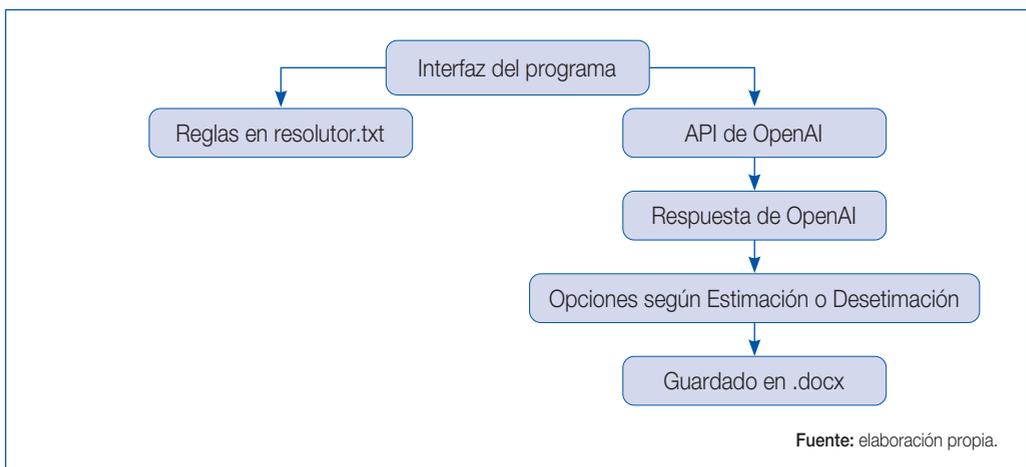


Imagen 8. Comunicación de los datos a GPT-4 y respuesta

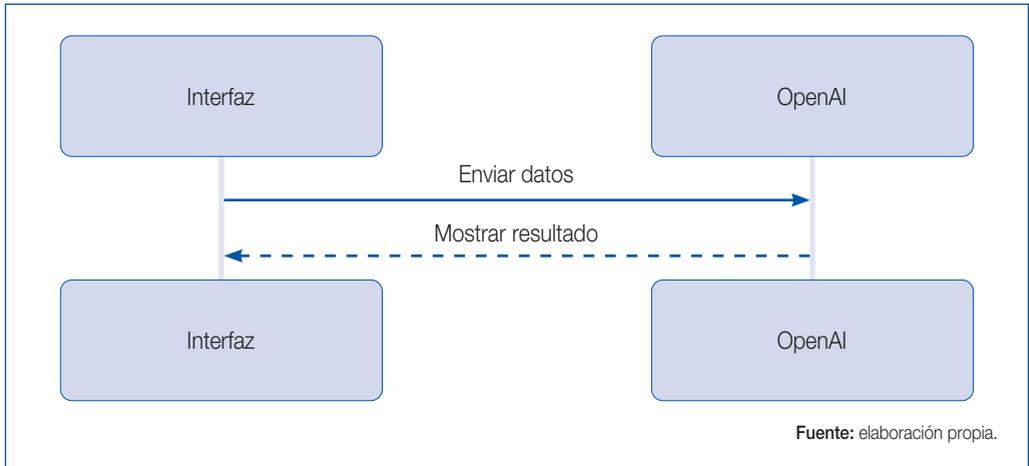


Imagen 9. Dinámica básica de la aplicación



6. Desafíos éticos y técnicos

La propuesta de implementar jueces robot en el sistema judicial, apoyados por modelos avanzados de IA, plantea una serie de desafíos éticos y técnicos que deben ser cuidadosamente considerados. Estos desafíos no solo se relacionan con la funcionalidad y precisión de tales sistemas, sino también con las implicaciones más amplias para la justicia, la equidad y la sociedad en general.

6.1. Desafíos éticos

En la consideración de la implementación de sistemas de IA en el ámbito judicial surgen diversas problemáticas. Al considerar el modelo AlphaJudge, se presupone que la IA adjudicaría litigios basándose en la jurisprudencia previamente establecida por órganos superiores, en particular, el TS. No obstante, esta premisa conlleva a varias interrogantes. Una de las principales es la viabilidad de que estos sistemas de IA suplanten completamente a los jueces humanos, dado que existirán casos sin jurisprudencia previa del TS. Estos se identifican como asuntos de interés casacional, es decir, aquellos que aborden puntos y cuestiones con jurisprudencia contradictoria o que apliquen normas recientes sin una doctrina jurisprudencial previa del TS. Adicionalmente, hay litigios que no admiten recurso más allá de la primera instancia y carecen de jurisprudencia, lo que, en teoría, los haría idóneos para ser resueltos por un sistema de IA. Sin embargo, la ausencia de jurisprudencia los excluye.

Un sistema AlphaJudge podría resultar en una homogeneización de las decisiones judiciales, pero también una cristalización del derecho. Si se anticipa el criterio de resolución, el papel del abogado se vería mermado, limitando la introducción de interpretaciones innovadoras o contrarias a la jurisprudencia existente. Es improbable que un AlphaJudge emita una sentencia contraria a la doctrina del TS, ya que su programación se basa en dicha doctrina. En lugar de aplicar el derecho de manera dinámica, el sistema simplemente verificaría la coincidencia de hechos con casos previamente resueltos.

Transparencia y explicabilidad: una preocupación ética primordial en la implementación de sistemas de IA es la claridad en el proceso decisorio. Los algoritmos de IA, particularmente aquellos fundamentados en redes neuronales profundas, frecuentemente funcionan como entidades opacas (Oswald *et al.*, 2018), lo que complica la comprensión de su metodología decisoria. En el ámbito judicial, donde las resoluciones pueden influir de manera determinante en el destino de los individuos, es imperativo que se pueda elucidar y fundamentar dichas decisiones.

Sesgo y discriminación: los algoritmos de IA se nutren de datos para su entrenamiento. Si estos datos reflejan prejuicios o discriminaciones arraigadas en la sociedad, emerge un riesgo tangible de perpetuar o incluso intensificar dichos sesgos (Chouldechova y Roth, 2018). A modo ilustrativo, si un sistema judicial automatizado se capacita con decisiones históricas que manifiestan prácticas discriminatorias, podría perpetuar resoluciones sesgadas en el futuro.

Autonomía y responsabilidad: la cesión de responsabilidades judiciales a un sistema automatizado suscita interrogantes en torno a la autonomía y la responsabilidad. Ante una resolución errónea o injusta por parte de un sistema judicial automatizado, surge la cuestión de determinar la responsabilidad (Rahwan *et al.*, 2019). ¿Recae en el equipo desarrollador del algoritmo, en los jueces que lo adoptaron o en el propio sistema? (Mittelstadt *et al.*, 2016).

Por otro lado, el modelo AlphaJudge Zero plantea un enfoque distinto, donde el sistema de IA aprendería y aplicaría las normas de manera autónoma. Este modelo invita a reflexionar sobre las implicaciones y el tipo de sistema judicial que la sociedad desea establecer.

6.2. Desafíos técnicos

Complejidad de la normativa jurídica: la legislación, por su naturaleza, es intrínsecamente compleja y susceptible a ambigüedades. A diferencia de un sistema con reglas determinadas y fijas, la interpretación y aplicación de la normativa jurídica demanda una comprensión detallada del contexto y las circunstancias particulares de cada situación. La creación de un algoritmo capaz de maniobrar a través de esta complejidad representa un reto técnico de magnitud (Ashley, 2017).

Adaptabilidad: las normas jurídicas y sus interpretaciones están en constante evolución. Es imperativo que un juez automatizado pueda adaptarse a las modificaciones legislativas y a las recientes interpretaciones judiciales. Esto implica un grado de flexibilidad y aprendizaje constante que trasciende los modelos convencionales de IA (Branting, 2017).

Seguridad y privacidad: los jueces automatizados tendrían acceso a un volumen considerable de información personal y confidencial. Es crucial garantizar la seguridad de estos datos y proteger la privacidad de las partes involucradas (Zarsky, 2013).

Interpretación y aplicación de la normativa: derivado de lo anteriormente expuesto, se ha deducido que un juez automatizado, basado exclusivamente en el conocimiento literal de las normativas (denominado AlphaJudge Zero), podría presentar limitaciones al abordar litigios que requieran una interpretación profunda de la norma. Esta conclusión se fundamenta en que ningún sistema jurídico es completamente cerrado y esta naturaleza abierta proviene de la complejidad inherente al comportamiento humano y de los teoremas propuestos por Gödel. La escuela de la Exégesis, que promovía una interpretación literal de las normas, fue superada por la realidad, que evidenció la necesidad de interpretar las normas para abordar adecuadamente los desafíos cotidianos.

Por ende, considerando que las normas operan como silogismos con premisas y conclusiones, es posible distinguir entre la premisa mayor, que podría ser «Todos los ladrones deben ser castigados», y la premisa menor, «Todos los ladrones». Al enfocarse en la premisa mayor, surge la necesidad de examinar cómo un juez automatizado podría interpretar las normas. Es inviable considerar un juez automatizado que actúe meramente como un transmisor de la ley. Por lo tanto, se plantea cómo este podría y si es factible que lo haga, llevar a cabo la labor intrínsecamente humana de interpretar una norma.

El TS, en sus sentencias, ha proporcionado directrices sobre la interpretación de las normas. Por ejemplo, en la Sentencia de 9 de junio de 2006 (rec. 3703/1999) se establece que la

interpretación de la ley implica la comprensión de su sentido y alcance. En otra Sentencia de 14 de febrero de 2008 (rec. 5490/2000), el TS destaca la importancia del criterio sistemático en la interpretación. Adicionalmente, en la Sentencia de 30 de junio de 2009 (rec. 304/2005), el TS resalta la relevancia de la realidad social como elemento interpretativo.

Estos criterios interpretativos deben ser herramientas esenciales para un juez automatizado. Sin embargo, la interpretación basada en la realidad social del momento en que se aplica la norma puede presentar desafíos significativos. Para abordar adecuadamente esta interpretación, es esencial que el juez automatizado esté equipado con una Teoría de la Mente avanzada, permitiéndole representar y comprender la realidad social. Manuel María Zorrilla Ruiz, expresidente del TSJ del País Vasco, ofreció una definición precisa de lo que se entiende por realidad social. Esta interpretación de la realidad social debe ser objetiva y distante para evitar la «ideologización judicial». Sin embargo, surge un desafío adicional: determinar quién proporcionará los datos necesarios para esta interpretación y cómo estos datos pueden influir en las decisiones judiciales.

En resumen, la principal distinción entre un juez humano y un juez automatizado radica en el determinismo inherente al último, en contraposición a la libertad de voluntad del primero. Es esencial considerar cuántos jueces automatizados individuales y distintos se crearían y qué criterios se establecerían para diferenciarlos. De lo contrario, se corre el riesgo de estandarizar las resoluciones judiciales.

7. Conclusiones

La idea de integrar la IA en el sistema judicial, específicamente en la figura de un juez robot, ha sido objeto de un intenso escrutinio y debate. A lo largo del presente ensayo, hemos explorado la evolución de modelos de IA como AlphaGo y AlphaZero, el concepto y potencial de los jueces robot, la aplicación práctica de ambos modelos y los desafíos éticos y técnicos asociados con su implementación. A medida que concluimos, es esencial resumir y reflexionar sobre los puntos clave y las implicaciones futuras de esta intersección entre tecnología y justicia.

Así pues, fuera de la espectacularidad que podría resultar de dos aplicaciones como las anteriores, lo cierto es que la IA únicamente ha llevado a cabo una labor lógica de analogía. Es el usuario, juez humano, quien ha introducido los «hechos probados» y con base en ellos se ha resuelto. La resolución ha respondido, ora a una regla jurisprudencial, ora a una regla legal, pero en todo caso la IA se ha limitado a efectuar un silogismo: «si es A, aplico la regla B y obtengo la solución C». Nos encontramos ante un robot juez determinista, cuya actuación dependerá de los «hechos probados» que se le introduzcan, por lo que la labor humana, del juez humano, sigue siendo imprescindible, dado que la valoración de la prueba y la consideración de qué es la realidad judicial, sigue siendo una tarea humana. De tal manera que las ambigüedades, contradicciones y umbrales de duda que una prueba pueda

tener siguen siendo campo exclusivo del juez humano, brindando a la IA únicamente una labor silogística a través de los hechos que, como realidad judicial, ha fijado el juez humano.

No podemos desdeñar la importancia de una aplicación como la expuesta, dado que solo el hecho de que la IA entienda el lenguaje natural y pueda actuar en consecuencia ya es un avance impresionante, sin embargo, no le estamos, en ninguno de los dos casos expuestos, permitiendo que lleve a cabo una interpretación de la ley para el caso concreto, ni una valoración de la prueba.

El primero de los supuestos, la interpretación de una ley, no es una tarea que esté vedada para este tipo de IA, si bien no es el objeto del presente ensayo, quizás de otro, pero el segundo de los supuestos, la valoración de la prueba, es el más interesante.

GPT-4 es una IA multimodal, es decir, puede procesar y generar múltiples tipos de datos, como texto e imágenes, en el caso de GPT-4 puede recibir texto e imágenes y generar texto a partir de las mismas. Ello significa que GPT-4 podría apreciar una imagen y resolver en consecuencia. Un paso más allá sería la posibilidad de ver vídeos, escuchar audios y emitir texto. Esto nos llevaría a la posibilidad de aplicar técnicas de credibilidad en las pruebas personales (ReGIM-Lab Lie Detection DataBase –Nasri *et al.*, 2016–) y análisis de la congruencia o veracidad de documentos no digitalizados.

Antes de que se pueda considerar la implementación de jueces robot, es esencial establecer un marco regulatorio claro que aborde los desafíos éticos y técnicos⁶. Este marco debe garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la protección contra el sesgo y la discriminación.

En definitiva, la evolución en el ámbito del Deep Learning está ofreciendo una serie de herramientas que más tarde o más temprano forzarán a que la sociedad tome una decisión sobre qué tipo de justicia quiere y por quién quiere ser juzgada.

8. Código fuente

El código fuente de la aplicación está disponible en: <https://github.com/xvi82/juezerosbot>

Su uso requiere tener una API Key de OpenAI.

⁶ La *AI Act* es una propuesta de regulación presentada por la Comisión Europea en abril de 2021 para establecer reglas sobre el desarrollo y uso de la IA en la Unión Europea. La *AI Act* hace referencia a la aplicación de la IA en el ámbito de la justicia. La propuesta clasifica ciertas aplicaciones de IA en el ámbito judicial como de «alto riesgo» debido a las posibles implicaciones en los derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, estas aplicaciones estarían sujetas a requisitos más estrictos en términos de transparencia, responsabilidad y garantías para los usuarios.

Referencias bibliográficas

- Almeida, G. F. C. F., Nunes, J. L., Engelmann, N., Wiegmann, A. y De Araújo, M. (2023). *Exploring the psychology of GPT-4's Moral and Legal Reasoning*. <https://arxiv.org/abs/2308.01264v1>
- Ashley, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316761380>
- Barocas, S. y Selbst, A. D. (2016). Big data's disparate impact. *California Law Review*, 104(3), 671-732. <https://www.jstor.org/stable/24758720>
- Branting, L. K. (2017). Data-centric and logic-based models for automated legal problem solving. *Artificial Intelligence and Law*, 25, 5-27. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-017-9193-x>
- Brown, T. B., Mann, B., Ryder, N., Subbiah, M., Kaplan, J., Dhariwal, P., Neelakantan, A., Shyam, P., Sastry, G., Askell, A., Agarwal, S., Herbert-Voss, A., Krueger, G., Henighan, T., Child, R., Ramesh, A., Ziegler, D. M., Wu, J., Winter, C.,... Amodi, D. (2020). *Language models are few-shot learners*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2005.14165>
- Brownsword, R. (2008). *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276806.001.0001>
- Bubeck, S., Chandrasekaran, V., Eldan, R., Gehrke, J., Horvitz, E., Kamar, E., Lee, P., Lee, Y. T., Li, Y., Lundberg, S., Nori, H., Palangi, H., Ribeiro, M. C. y Zhang, Y. (2023). *Sparks of Artificial General Intelligence: Early experiments with GPT-4*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.12712>
- Chouldechova, A. y Roth, A. (2018). *The frontiers of fairness in machine learning*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1810.08810>
- Dressel, J. y Farid, H. (2018). The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. *Science Advances*, 4(1). <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5777393/>
- Han, S. J., Ransom, K., Perfors, A. y Kemp, C. (2023). *Inductive reasoning in humans and large language models*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2306.06548>
- Mutlu, B. y Forlizzi, J. (2008). *Robots in organizations: The role of workflow, social, and environmental factors in human-robot interaction*. HRI '08 Proceedings of the 3rd ACM/IEEE International Conference on Human Robot Interaction, 287-294. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/1349822.1349860>
- Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S. y Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, 3(2). <https://doi.org/10.1177/205395171667967>
- Moor, J. H. (2006). The nature, importance, and difficulty of machine ethics. *IEEE intelligent systems*, 21, 18-21. <https://philpapers.org/rec/MOOTNI>
- Nasri, H., Ouarda, W. y Alimi, A. M. (2016). ReLiDSS: Novel lie detection system from speech signal. *IEEE/ACS 2016, 13.ª Conferencia Internacional de Sistemas y Aplicaciones Informáticas (AICCSA)*, 1-8. <https://doi.org/10.1109/AICCSA.2016.7945789>
- Nori, H., King, N., McKinney, S. M., Carignan, D. y Horvitz, E. (2023). *Capabilities of GPT-4 on Medical Challenge Problems*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.13375>
- Oswald, M., Grace, J., Urwin, S. y Barnes, G. C. (2018). Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and "Experimental" proportionality. *Information & Communications Technology*

- Law*, 27(2), 223-250. <https://doi.org/10.1080/13600834.2018.1458455>
- Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.
- Peng, B., Li, C., He, P., Galley, M. y Gao, J. (2023). *Instruction Tuning with GPT-4*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2304.03277>
- Radford, A., Wu, J., Child, R., Luan, D., Amodei, D. y Sutskever, I. (2019). Language models are unsupervised multitask learners. *OpenAI Blog*, 1(8), 9. https://d4mucfpxyww.cloudfront.net/better-language-models/language_models_are_unsupervised_multitask_learners.pdf
- Rahwan, I., Cebrian, M., Obradovich, N., Bongard, J., Bonnefon, J. F., Breazeal, C., Crandall, J. W., Christakis, N. A., Couzin, I. D., Jackson, M. O., Jennings, N. R., Kamar, E., Kloumann, I. M., Larochelle, H., Lazer, D., McElreath, R., Mislove, A., Parkes, D. C., Pentland, A. S. ... Wellman, M. (2019). Machine behaviour. *Nature*, 568, 477-486. <https://doi.org/10.1038/s41586-019-1138-y>
- Remus, D. y Levy, F. S. (2016). Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law. *Geo. J. Legal Ethics*, 30, 501-558. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092
- Russell, S. J. y Norvig, P. (2010). *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Prentice Hall. https://people.engr.tamu.edu/guni/csce421/files/AI_Russell_Norvig.pdf
- Sang-Hun, C. (15 de marzo de 2016). *Google's Computer Program Beats Lee Se-dol in Go Tournament*. <https://www.nytimes.com/2016/03/16/world/asia/korea-alphago-vs-lee-sedol-go.html>
- Schraudolph, N. N., Dayan, P. y Sejnowski, T. J. (1994). *Temporal Difference Learning of Position Evaluation in the Game of Go*. https://www.researchgate.net/publication/2301607_Temporal_Difference_Learning_of_Position_Evaluation_in_the_Game_of_Go
- Silver, D., Huang, A., Maddison, C. J., Guez, A., Sifre, L., Van Den Driessche, G., Schrittwieser, J., Antonoglou, I., Panneershelvam, V., Lanctot, M., Dieleman, S., Grewe, D., Kalchbrenner, N., Lillicrap, T., Leach, M., Kavukcuoglu, K., Graepel, T. y Hassabis, D. (2016). Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search. *Nature*, 529, 484-489. <https://doi.org/10.1038/nature16961>
- Silver, D., Schrittwieser, J., Simonyan, K., Antonoglou, I., Huang, A., Guez, A., Hubert, T., Panadero, L., Lai, M., Bolton, A., Chen, Y., Lillicrap, T., Hui, F., Sifré, L., Van Den Driessche, G., Graepel, T. y Hassabis, D. (2017). Mastering the game of Go without human knowledge. *Nature*, 550, 354-359. <https://doi.org/10.1038/nature24270>
- Surden, H. (2014). Machine learning and law. *Washington Law Review*, 89(1), 87-115. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/5/>
- Susskind, R. (2019). *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press. <https://global.oup.com/academic/product/online-courts-and-the-future-of-justice-9780192849304?cc=us&lang=en&>
- Vaswani, A., Shazeer, N., Parmar, N., Uszkoreit, J., Jones, L., Gomez, A. N., Kaiser, L. y Polosukhin, I. (2017). *Attention is all you need*. *Advances in neural information processing systems*, 30. https://papers.nips.cc/paper_files/paper/2017/hash/3f5ee243547dee91fbd053c1c4a845aa-Abstract.html
- Webb, T., Holyoak, K. J. y Lu, H. (2022). *Emergent Analogical Reasoning in Large Language Models*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2212.09196>



White, J., Fu, Q., Hays, S., Sandborn, M., Olea, C., Gilbert, H., Elnashar, A., Spencer-Smith, J. y Schmidt, D. C. (2023). *A Prompt Pattern Catalog to Enhance Prompt Engineering with ChatGPT*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2302.11382>

Zarsky, T. Z. (2013). Transparent predictions. *University of Illinois Law Review*, 4, 1.503-1.570. <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2013/4/Zarsky.pdf>

Javier Ercilla García. Magistrado especialista en jurisdicción social. Cuenta con una sólida formación jurídica y técnica. Destaca por sus publicaciones y ponencias sobre la incidencia de las nuevas tecnologías, especialmente la inteligencia artificial y la robótica en el ámbito laboral y la Administración de justicia. Ha sido galardonado con el Premio a la Calidad de la Justicia 2020 en la modalidad «Justicia más eficaz» y es autor de diversos proyectos de automatización y gestión de sentencias utilizando lenguajes de programación como Python. <https://orcid.org/0009-0006-5930-2574>

Atención y protección de las personas menores huérfanas y víctimas de violencia de género. Evolución y resultados

María Dolores García Valverde

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Subdirectora del Instituto de Migraciones.
Universidad de Granada (España)*
mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Extracto

En el ámbito de la violencia de género existe una serie de víctimas denominadas «invisibles» que sufren de forma directa o indirecta la violencia que se ejerce en su entorno. Por ello, el ordenamiento jurídico debe articular un conjunto de medidas para proteger a esas víctimas, que pueden quedar huérfanas en el caso de fallecimiento de la madre sometida a violencia de género.

El próximo 28 de diciembre de 2024 se cumplirán dos décadas desde la promulgación de la Ley orgánica 1/2004. Mucho ha llovido desde entonces, a pesar de la sequía que azota a nuestro país desde hace lustros. Igual ha pasado con la violencia de género.

Este trabajo tiene como fin poner de manifiesto las medidas de protección articuladas, con especial atención en la protección de las hijas e hijos huérfanos. El número de menores que se han quedado huérfanos por «culpa» de la violencia de género cada día es más amplio. En los últimos años se han dado «pasos» importantes, pero no han sido suficientes para conseguir una protección integral de esas otras víctimas de la violencia de género.

Palabras clave: víctima; menores; hijos; violencia de género; protección social; pensión de orfandad; prestación de orfandad; protección a la familia; violencia vicaria.

Recibido: 11-12-2023 / Revisado: 05-02-2024 / Aceptado: 15-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 14-06-2024

Cómo citar: García Valverde, M. D. (2024). Atención y protección de las personas menores huérfanas y víctimas de violencia de género. Evaluación y resultados. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 85-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20211>



Care and protection of orphaned minors and victims of gender violence. Evolution and results

María Dolores García Valverde

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Subdirectora del Instituto de Migraciones.
Universidad de Granada (España)*
mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Abstract

In the field of gender violence there are a series of so-called invisible victims, who suffer directly or indirectly from the violence carried out in their environment. For this reason, the Legal System must articulate a set of measures to protect these victims, who may become orphans in the event of the death of the mother subjected to gender violence. On December 28, 2024, two decades will have passed since the promulgation of Organic Law 1/2024. A lot has rained since then, despite the drought that has plagued our country for decades. The same has happened with gender violence. The purpose of this work is to highlight the articulated protection measures, with especial attention to the protection of orphaned daughters and sons. The number of minors who have been orphaned due to "the fault" of gender violence is increasing every day. In recent years, important "steps" have been taken, but they have not been enough to achieve comprehensive protection for these other victims of gender violence.

Keywords: victim; minors; sons; gender violence; social protection; orphan's pension; orphan's benefit; family protection; vicarious violence.

Received: 11-12-2023 / Revised: 05-02-2024 / Accepted: 15-02-2024 / Published (online preview): 14-06-2024

Citation: García Valverde, M. D. (2024). Care and protection of orphaned minors and victims of gender violence. Evolution and results. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 85-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20211>



Sumario

1. Introducción. Punto de partida
 2. El «calado» de la realidad llamada «violencia de género»
 - 2.1. Delimitación general
 - 2.2. Acreditación de la violencia de género
 3. Las víctimas invisibles de la violencia de género: menores
 4. Regulación particular y reformas de la LGSS en la materia de protección de las otras víctimas de la violencia de género
 - 4.1. Comentario general de las primeras reformas relevantes
 - 4.2. Regulación y cambios a partir del Pacto de Estado contra la Violencia de Género
 - 4.3. Últimas novedades introducidas en 2022 y 2023
 5. Prestaciones que reciben las personas huérfanas: particularidades en los casos de violencia contra la mujer
 - 5.1. Delimitación general
 - 5.2. Pensión de orfandad
 - 5.3. Prestación de orfandad
 - 5.4. Otras particularidades comunes a la pensión y prestación de orfandad
 - 5.5. Compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad
 6. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

«La madre prosiguió:

Cuídate y cuida la ropa, hijo. Bien sabes lo que a tu padre le ha costado todo esto. Somos pobres. Pero tu padre quiere que seas algo en la vida. No quiere que trabajes y padezcas como él. Tú puedes ser algo grande, algo muy grande en la vida, Danielín; tu padre y yo hemos querido que por nosotros no quede».

Miguel Delibes (*El Camino*)

1. Introducción. Punto de partida

La necesidad de proteger a los niños y a las niñas, con carácter general, está enunciada desde principios del siglo XX en importantes textos internacionales. Destaca la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones. Y tras la Segunda Guerra Mundial se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, que supuso una mejora en el ámbito de los derechos. Ello ocasionó que se pusieran de manifiesto las deficiencias en la Declaración de Ginebra, era preciso modificar dicha declaración. Optaron por elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño, considerando nuevamente la noción de que «la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle y ofrecerle». El 20 de noviembre de 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los 78 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas. Estos textos marcan el inicio de un largo camino inacabado.

La protección de los menores, hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género, se lleva a cabo en dos ámbitos normativos distintos. Primero, el de la tutela de la infancia y adolescencia. Y segundo, el de la protección de víctimas de violencia de género. La preocupación por la protección de la infancia, en las circunstancias señaladas, ha dado lugar a que importantes textos internacionales, europeos y nacionales se manifiesten al respecto.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala la obligación estatal de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio mientras esté bajo la custodia de cualquier persona que le tenga a su cargo¹. Así dispone su artículo 3.1:

¹ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En el ámbito de Europa, destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España en junio de 2014. El llamado «Convenio de Estambul» obliga a los Estados firmantes a tomar las medidas necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el campo de aplicación del convenio. Supuso un avance importantísimo en el desarrollo posterior de la materia por los distintos Estados².

En la Unión Europea hay que traer a colación varios preceptos de los tratados constitutivos, entre otros, el artículo 2, con carácter general, y los artículos 3, 8, 10, 153 y 157. En los referidos preceptos existe un reconocimiento del respeto a la dignidad y a los derechos humanos, la igualdad entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación por razón de sexo o edad, entre otras. También existen varias directivas sobre la materia, destacando la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. También se refiere a la necesidad de especial apoyo y protección a las mujeres víctimas de violencia por motivos de género y sus hijos, ya que existe un elevado riesgo de victimización secundaria, de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia. Además, delimita el concepto de «violencia por motivos de género». Especial atención hay que prestar a la importante aportación mediante la organización de programas que previenen y combaten la violencia ejercida sobre los niños, adolescentes y mujeres³.

En el ordenamiento interno la protección de los menores está en el artículo 39 de la Constitución española (CE). Esa declaración programática ha dado lugar a múltiples normas reguladoras de los menores. A estos efectos, se trae a colación la Ley orgánica (LO) 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁴, y la LO 8/2021, de 4 de julio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Con esta ley se da cumplimiento a las observaciones que el Comité de Derechos del Niño ha dirigido a España. De esta forma, España está en el marco de los estándares internacionales para la protección a la infancia y a la adolescencia fijados por el Consejo de Europa. Del contenido

² Un comentario en Benavente Torres (2021, pp. 215-216).

³ En este sentido, los programas DAPHNE I (2000-2003), DAPHNE II (2004-2008) y DAPHNE III (hasta 2013) y el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» (2014-2020).

⁴ Hay que tener presentes los importantes cambios introducidos por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los cambios afectan al sistema de protección frente a la violencia de género (LO 1/2004) y a la protección de menores de la LO 1/1996, a efectos de la tutela de hijos e hijas expuestos a esta violencia contra la mujer.

de la LO 8/2021 hay que destacar: primero, la dispensa del deber de denunciar y de declarar de las víctimas y testigos menores; segundo, la regulación de la prueba preconstituida, y tercero, los cambios introducidos en las medidas de protección⁵.

En la última década está adquiriendo especial relevancia el problema de la atención a las personas menores de edad que viven en ambientes de violencia familiar en los que los niños aparecen como especialmente implicados, concernidos y perjudicados, ya que la violencia de género no solo ataca a la mujer⁶. Para los menores, el lugar más seguro es su casa, su hogar, pero no siempre es así. En múltiples ocasiones es el espacio donde los niños y niñas pueden estar expuestos a hechos violentos, a negligencias, a maltrato tanto físico como psicológico o emocional.

En este trabajo se pretende poner de manifiesto cómo la violencia de género afecta a estas otras víctimas. También se analiza la protección social dispensada por nuestro sistema de Seguridad Social a las personas menores huérfanas.

2. El «calado» de la realidad llamada «violencia de género»

2.1. Delimitación general

La violencia de género supone una violación de los derechos humanos de las mujeres. También la Organización Mundial de la Salud se manifiesta al respecto y considera que es un grave problema de salud pública que está presente en todos los Estados del mundo y en los distintos ámbitos de la sociedad. Constituye «un problema de salud global de proporciones epidémicas».

La delimitación del concepto «violencia de género» se lleva a cabo con la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, Conferencia de Pekín o de Beijing, celebrada en 1995⁷. La conferencia constituye uno de los principales hitos en la materia y marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género. Desde esta fecha se produce la extensión y generalización del término «violencia de género», llegando a ser el término que actualmente se identifica con todos los actos de violencia emprendidos contra la mujer en cualquier ámbito, ya sea público o privado⁸.

⁵ Así lo ha señalado Martín Nájera (2020).

⁶ Desde 2013 a 2023 han sido 49 los menores que han muerto por violencia de género. En el siguiente enlace se pueden ver algunos de los datos de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España: [VM Menores Ficha por años \(fecha ultima victima\) \(igualdad.gob.es\)](https://www.igualdad.gob.es/temas/menores-victimas).

⁷ <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>.

⁸ Un comentario en Benito Benítez (2020).

La violencia de género es un fenómeno que tiene su manifestación más característica e intensa en el espacio privado, pero también existe en los espacios públicos, desde el político al empresarial⁹. La violencia, no solo la de género, sino en general la que se produce dentro de los hogares familiares, existe y constituye una lacra social, difícil de combatir, pues el entorno en que se produce dificulta la probanza de su existencia, la adopción de medidas preventivas y represivas.

El origen de esta violencia se encuentra en el reparto desigual de poder entre hombres y mujeres que sigue caracterizando a nuestra sociedad, se trata de un problema que afecta a las mujeres de todas las capas de la sociedad y frena en su conjunto el desarrollo de la sociedad democrática¹⁰. Por esta razón, una de las misiones más importantes de una política comunitaria basada en el respeto de los derechos humanos es impedir esos actos de violencia y crear procedimientos eficaces de educación, prevención, actuaciones judiciales y apoyo¹¹.

La complejidad de la violencia de género permite afirmar que ningún sistema podrá por sí mismo atajar este fenómeno, de modo que la ley debe ser evaluada de forma transversal, analizando cada sistema implicado y las interrelaciones entre ellos. Además, se debe señalar que para solucionar este problema, hay que tener presentes y aplicar todas las fuerzas de las que se dispone.

La violencia de género en el derecho es un fenómeno bastante reciente. Hasta hace pocas décadas no se ha dedicado atención a la misma. Quedaba al margen de todo interés, tanto del sistema jurídico como del social. Ello suponía ignorar las violaciones de los derechos fundamentales (la vida, la libertad, la igualdad, la no discriminación y la seguridad) que reconoce la CE de 1978.

La creación del Instituto de la Mujer (Ley 16/1983, de 24 de octubre) supone el punto de partida de las políticas de igualdad de género y, con posterioridad, se van aprobando los distintos planes para la igualdad de oportunidades para las mujeres y planes contra la violencia doméstica.

La promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género, hace posible la represión penal en España de la violencia de género de forma autónoma e individualizada, pues hasta entonces estaba integrada en las figuras

⁹ Para Lorente Acosta (2019), la violencia de género actúa como un instrumento necesario para construir y mantener la desigualdad. Erradicar la violencia de género exige una transformación social y cultural que acabe con el machismo.

¹⁰ Así tuve ocasión de analizarlo en mi trabajo publicado en 2007 (García Valverde, 2007), al que me remito.

¹¹ Para el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen sobre «La violencia doméstica contra las mujeres», aprobado en sesión del 16 de marzo de 2006) es cierto que la principal responsabilidad en materia de lucha contra la violencia doméstica incumbe a los Estados miembros. La violencia doméstica contra las mujeres solo puede ser combatida eficazmente en el nivel nacional correspondiente.

delictivas destinadas al castigo de la violencia intrafamiliar o doméstica¹². Se trata de una LO innovadora, pionera, integral, transversal y multidisciplinaria. Viene a hacer frente a los casos más graves de discriminación que sufren las mujeres.

La LO 1/2004 tiene como objetivo hacer frente a la violencia contra las mujeres a través de diversas medidas orientadas a combatir las manifestaciones de la violencia en esos diversos ámbitos donde nace, se interioriza, transmite y ejerce¹³. Para ello habilita a los poderes públicos, establece nuevos órganos e instituciones cuya principal finalidad es enderezar sus competencias para responder adecuadamente a este fenómeno. Asimismo, modifica algunos preceptos del ordenamiento jurídico con el fin de proporcionar instrumentos jurídicos para hacer frente a dicho proceso, garantizando el ejercicio de derechos fundamentales, o estableciendo reformas procesales y judiciales consideradas pertinentes.

También se debe tener presente la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que da respuesta a las lesiones que puede sufrir el derecho fundamental de igualdad en las relaciones laborales. Tiene una orientación también transversal e integral del tratamiento de la igualdad y de la prohibición de la discriminación por sexo¹⁴.

El ámbito subjetivo de los derechos de la víctima de violencia de género, desde el principio, ha quedado limitado a la mujer víctima directa de la violencia de género, sin consideración alguna de otros sujetos que también pueden verse perjudicados. Uno de los sujetos que deben recibir especial atención son las hijas y los hijos de la mujer víctima. La repercusión de la violencia ejercida sobre la mujer en sus descendientes es, cada día, más evidente y queda confirmada en los datos que se incluyen en las estadísticas publicadas.

2.2. Acreditación de la violencia de género

Para una mejor delimitación de la protección de la descendencia de la mujer víctima, es preciso analizar, aunque sea brevemente, algunas materias conexas. Es el caso de la acreditación de la violencia de género.

¹² Véase Reyes Cano (2020, pp. 37 y ss.).

¹³ Se ha de tener presente que la LO 1/2004 considera que la violencia de género comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad». Ahora bien, se debe advertir que no todas las normas con contenidos laborales y sociales utilizan el concepto de violencia de género recogido en la LO 1/2004, sino que algunas de ellas, especialmente las autonómicas, utilizan un concepto más amplio al incluir casos como, por ejemplo, el acoso sexual, el tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual o la mutilación genital femenina.

¹⁴ Con carácter general también se debe tener presente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación –Goñi Sein (2022)–. En su preámbulo menciona las distintas normas sobre la violencia de género, pero no introduce ninguna puntualización sobre la materia.

La regulación inicial que la LO 1/2004 realizaba de la acreditación de las situaciones de violencia de género ha mejorado bastante. Una de las reformas más importantes de la LO 1/2004 es la introducida por el Real Decreto-ley (RDL) 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. La reforma cambia el artículo 23 para concretar y ampliar los títulos habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género. Ya se admiten títulos no judiciales para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco se haya iniciado un proceso judicial. Por tanto, se puede acudir a cualquier medio de prueba admitido en derecho¹⁵.

Tras la reforma, el elemento más controvertido ha sido el momento en el que habrá de acreditarse la condición de violencia de género. La doctrina judicial se ha manifestado de forma estricta, a veces. Pero la mayoría de las resoluciones hace una interpretación más flexible. Se concluye que la LGSS ha querido privilegiar el acceso a las víctimas de violencia de género a la pensión de viudedad, primero, no exigiendo el requisito de pensión compensatoria, y, segundo, admitiendo como medio de prueba para la acreditación de la condición no solo los títulos de carácter judicial previstos en el artículo 23 de la LO 1/2004, sino cualquier otro documento¹⁶.

Por tanto, la doctrina fijada por nuestros tribunales de justicia es cada vez más flexible a la hora de interpretar los requisitos que deben cumplirse para obtener una prestación cuando existe violencia de género. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cantabria 768/2022, de 4 de noviembre, confirma el derecho a la pensión de viudedad de una mujer víctima de violencia de género por estimar que se ha acreditado dicha condición, en concreto, por considerar que sí concurre el elemento cronológico (la coincidencia en el tiempo de la violencia y el divorcio)¹⁷.

También destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 908/2020, de 14 de octubre, en la que el tribunal considera que no puede exigirse a las uniones de hecho en las que ha habido malos tratos que la mujer conviva con su pareja hasta el fallecimiento. Supone discriminación con respecto a las divorciadas o separadas a las que no se les exige dicha convivencia final. Es contrario a la protección de la mujer porque realmente lo primero que se rompe cuando hay malos tratos en el ámbito doméstico es la convivencia.

Por otro lado, aunque el objetivo de este estudio no es analizar la protección de la mujer en caso de violencia de género, hay que insistir en algunas cuestiones, dada su trascendencia para sus descendientes. Por tanto, se traen a colación algunos de los

¹⁵ Relacionar el artículo 23 de la LO 1/2004 y el artículo 220.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS).

¹⁶ Véase un comentario en Nieto Rojas (2022).

¹⁷ Sentencia comentada por Rodríguez Pastor (2023).

últimos cambios en la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio. Como regla general, es necesario que el excónyuge sea acreedor de la pensión compensatoria. Ahora bien, este requisito no se exige a las mujeres víctimas de la violencia de género (art. 220.1 LGSS)¹⁸. De esta forma, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho (art. 221.3 LGSS)¹⁹.

También hay que traer a colación, en lo que afecta al maltratador-agresor²⁰, que se niega la condición de beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia a quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas cuando la víctima fuera el sujeto causante de la pensión (231.1 LGSS). Además, no se le abona la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos menores de edad. La disposición adicional primera, sobre pensiones y ayudas, de la LO 1/2004 se pronuncia sobre esta materia. Pero también lo hace el artículo 234 de la LGSS, dedicado a establecer unas reglas particulares para el abono de las pensiones de orfandad, en determinados supuestos. El régimen jurídico establecido por ambas normas es distinto, lo que ha dado lugar a disparidad de interpretaciones. Ello será analizado en epígrafe posterior al tratar la pensión y prestación de orfandad.

3. Las víctimas invisibles de la violencia de género: menores

Los niños y niñas víctimas de violencia de género han sido las víctimas invisibles de esta lacra social siempre. Ahora bien, desde fechas muy recientes se están adoptando medidas tendentes a conseguir una cierta visibilidad. Han vivido el drama mayor que puede soportar un ser humano: ver cómo tu padre asesina a tu madre²¹.

La exposición de motivos del texto originario de la LO 1/2004 puso de manifiesto la necesidad de protección de los menores, ya que señalaba lo siguiente: «las situaciones de

¹⁸ Repárese que la Ley 21/2021 ha equiparado el régimen jurídico de las uniones maritales y de las parejas de hecho. Para ello, primero, ha suprimido la exigencia de acreditar una convivencia estable y notoria durante un periodo de 5 años en el caso de que existan hijos en común; segundo, ha eliminado el requisito de dependencia económica, y, tercero, ha reconocido el derecho a la pensión a los exconvivientes en los mismos términos en los que se protege a los excónyuges.

¹⁹ Hay que traer a colación, entre otras, la STS de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018). La reforma de la LGSS incluye esta doctrina de nuestros tribunales. Así lo reitera Aragón Gómez (2022).

²⁰ Sobre la figura del maltratador debe tenerse presente mi trabajo publicado en 2014 (García Valverde, 2014).

²¹ De especial interés es la consulta de Tagar (2019).

violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia». Pero la perspectiva desde la que se consideraba a los menores era insuficiente y sesgada, no se les consideraba como verdaderas víctimas de la violencia de género.

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²², reforma el artículo 1 de la LO 1/2004 para reconocer a los menores víctimas de la violencia de género. Desde este momento se trata de visibilizar como víctimas a los menores²³.

Se debe conseguir articular un sistema de protección integral atendiendo tanto a la naturaleza de la violencia de género como a los derechos de los menores, a su interés superior, a la audiencia y a su protección frente a la doble victimización²⁴.

Otro avance, uno de los más importante y demandados, se produce con la promulgación de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. Esta ley introduce profundas reformas en el sistema de protección de las víctimas de la violencia de género y, además, da lugar a otras reformas posteriores tras la puesta de manifiesto de sus deficiencias.

Los importantes avances se consiguen cuando los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género tienen la condición de víctimas directas de esta violencia. En este sentido, la Ley 3/2019 creó una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que el menor se encontrase en una circunstancia equiparable a una orfandad absoluta y la madre fallecida por violencia de género no reuniera los requisitos necesarios para generar la pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación también mereció un tratamiento especial, pues asciende al 70 % de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Otra manifestación de los menores como víctimas es en el caso de la violencia vicaria, que es considerada violencia de género. La violencia vicaria es aquella que tiene como

²² Además, téngase presente la Ley 26/2015, de 28 de julio, que también modifica del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²³ Ya con anterioridad nuestros tribunales de justicia venían declarado la existencia de otras víctimas de la violencia de género y su posible protección reconociendo el derecho a una pensión de orfandad absoluta –Miñarro Yanini (2014)–.

²⁴ En este sentido, Sáez Lara (2021).

objetivo dañar a la mujer a través de sus seres más queridos, especialmente de sus hijas e hijos. El último eslabón en el reconocimiento de que los menores son víctimas no solo presenciales sino con frecuencia instrumentales de la manifestación más cruel, atroz e inhumana de la violencia sobre la mujer, la violencia vicaria, es la inclusión en el artículo 1 de la LO 1/2004 de un apartado 4.º con el siguiente contenido:

La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende 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 indicadas en el apartado primero²⁵.

4. Regulación particular y reformas de la LGSS en la materia de protección de las otras víctimas de la violencia de género

4.1. Comentario general de las primeras reformas relevantes

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, mejoran la atención y la protección de los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género, así como de los menores víctimas de otras formas de violencia, en particular, de la trata de seres humanos.

Se promulga la Ley 26/2015, de 28 de julio, con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia y constituir una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Con la reforma se pretende adaptar los instrumentos de protección de menores a todos los cambios sociales y dar cumplimiento al mandado del artículo 39 de la CE y los instrumentos internacionales ratificados por España²⁶.

En lo que afecta a la materia objeto de análisis, se modifica la LGSS para impedir el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia a quienes sean condenados por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima sea el sujeto causante de

²⁵ El nuevo párrafo es introducido en la LO 1/2004 por la disposición final décima de la LO 8/2021.

²⁶ También hay que señalar que las medidas establecidas por la LO 8/2015 y, principalmente, por la Ley 26/2015 se complementan con las disposiciones sobre menores previstas en la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, consistentes en que el personal de los equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica.

la prestación y para aumentar la pensión de orfandad de los hijos de la persona asesinada, que podrán cobrar la pensión de orfandad absoluta²⁷. El análisis de estos cambios se realizará en epígrafe posterior.

4.2. Regulación y cambios a partir del Pacto de Estado contra la Violencia de Género

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género (aprobado por el Congreso en sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017)²⁸ y, posteriormente, el RDL 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, dedican parte de su contenido a la fijación de la protección de estos menores. En definitiva, se refuerzan los derechos de protección social²⁹.

Entre los ejes de actuación del pacto se debe destacar el eje 4: «La intensificación de la asistencia y protección de menores». Ya se habla de víctimas directas y es necesario ampliar y mejorar las medidas existentes e implantar nuevas prestaciones en los casos de orfandad³⁰. Entre las medidas que se han adoptado para hacer efectivo este eje 4 están: la Medida 200 («Garantizar una prestación a todos los huérfanos y huérfanas por violencia de género a través del reconocimiento expreso –a efectos de la generación del derecho a la pensión de orfandad– de que la madre causante víctima de violencia de género sea considerada en alta o situación asimilada a la de alta; y aplicar un incremento de hasta el 70 % de la base reguladora en el caso de que la madre sí cumpliera los requisitos mínimos de cotización, cuando los ingresos de la unidad familiar de convivencia se situaran por debajo del 75 % del SMI») y la Medida 201 («Establecer mecanismos que aseguren que las pensiones de orfandad que puedan corresponder a los hijos e hijas de víctimas de violencia

²⁷ Repárese en que las modificaciones se introducen en el texto de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

²⁸ En 2019 se completa el texto con las medidas del Congreso y del Senado, puede consultarse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

²⁹ Resulta interesante tener presente la crítica contenida en Fernández Rodríguez de Liévana (2019) sobre la lentitud de la puesta en marcha de las medidas contenidas en el Pacto de Estado.

³⁰ Dispone el eje 4:

La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar la especialización de los puntos de encuentro familiar para los casos relacionados con la violencia de género.

de género, con el incremento previsto en la disposición adicional primera de la LO 1/2004, puedan ser disponibles de forma inmediata con las oportunas garantías para abonar los gastos a que deban hacer frente, sin perjuicio de lo que dispongan con posterioridad las resoluciones judiciales»).

También destaca el eje 6, dedicado al seguimiento estadístico de todo lo relacionado con la violencia de género, como establece el Convenio de Estambul. Seguimiento que también se hará de todo lo que afecte a los menores en este ámbito. Ante lo que se adopta la correspondiente medida³¹.

Las medidas propuestas por el pacto son cumplidas con la promulgación de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. La Ley 3/2019 modificó la LGSS y la Ley de Clases Pasivas. La principal novedad que introduce la Ley 3/2019 es el reconocimiento de una nueva prestación por orfandad (no contributiva) junto a la pensión de orfandad (de naturaleza contributiva). Ello supuso un cambio relevante en la mejora de protección de las personas huérfanas fruto de la violencia de género, pero con el paso del tiempo se ha comprobado su insuficiencia.

4.3. Últimas novedades introducidas en 2022 y 2023

Los años 2022 y 2023 han sido determinantes para la delimitación de las violencias ejercidas sobre la mujer y su repercusión en las personas de su entorno, especialmente las personas menores³². Se van a destacar las normas que inciden directamente en la protección de las otras víctimas.

Primero. LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. Se trata de una norma que viene a subsanar las importantes deficiencias que se estaban poniendo de manifiesto tanto por nuestros tribunales de justicia como por la doctrina científica.

Con carácter general, las mejoras introducidas son: 1. Ampliar las medidas de asistencia y protección de los hijos e hijas de la mujer fallecida como consecuencia de la violencia de género. 2. Facilitar el acceso a las indemnizaciones y a los bienes y derechos hereditarios en relación con la legitimación para instar la liquidación de la sociedad de gananciales.

³¹ «Medida 234: establecer que el Gobierno asegure el seguimiento estadístico sobre el impacto que la violencia de género tiene en los hijos e hijas menores, y singularmente a través de un registro con la recogida de datos de niños y niñas asesinados junto a sus madres, así como un registro de orfandad asociada a la violencia de género».

³² Cabero Morán (2023) destaca las principales novedades de estas reformas.

3. Establecer una exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. 4. Introducir una presunción de abandono de la responsabilidad familiar en la LGSS y en la Ley de Clases Pasivas del Estado³³.

La finalidad de la LO 2/2022 es la eliminación de las incertidumbres normativas y los obstáculos que tienen los huérfanos de la violencia de género para paliar, en parte, la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran³⁴.

Señala el preámbulo de la LO 2/2022 que:

La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, supuso un cambio sustancial en la mejora de protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género al crear una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que la mujer fallecida no se encontrase en alta o situación asimilada al alta o no tuviera cotizaciones suficientes para generar la pensión.

Continúa en esta línea la LO 2/2022, que introduce cambios en sus artículos quinto y sexto. En el quinto se modifican los artículos 216 y 224 de la LGSS a fin de introducir una nueva regulación del derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, en el que se tiene en cuenta expresamente, entre otros cambios relevantes, el supuesto en el que «la muerte por violencia contra la mujer de la causante de la pensión o prestación de orfandad hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante» (art. 224.2 LGSS, párr. 2.º). Establece, por último, que,

a los efectos previstos en este artículo, se presumirá la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente.

En el artículo sexto se añade un nuevo apartado 10 al artículo 42 de la Ley de Clases Pasivas del Estado para dotarle de un contenido igual al del citado artículo 224.2 de la LGSS.

La LO 2/2022, de 21 de marzo, trata de hacer una asignación más eficiente de los recursos, procurando el acceso a estas prestaciones a un mayor número de huérfanos, sobre

³³ En este sentido, Sanz Sáez (2022).

³⁴ Sobre la finalidad de la nueva ley véase Ramón Fernández (2022, p. 73).

todo a aquellos que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad. Así, el derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, se mantiene en el supuesto de que los menores sean adoptados. Aunque en este último caso es posible la suspensión del derecho si aumentan los rendimientos de la familia, como se estudiará en epígrafe posterior. Otro cambio relevante introducido por esta ley es que también se reconoce el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad cuando la muerte hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor y este se hiciese cargo de la responsabilidad parental, aunque también en estos casos habrá que estar a los rendimientos de la unidad de convivencia para consolidar el derecho o no.

Por último, la disposición adicional única de la LO 2/2022 encomienda al Gobierno la obligación de difundir, dar publicidad, de la existencia del derecho reconocido. De esta forma se da cumplimiento al eje 4 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Segundo. LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Como no podía ser de otra forma, el contenido de esta ley afecta a la materia objeto de este trabajo.

La LO 10/2022 supone un cambio profundo desde todos los ámbitos. Va a ofrecer un nuevo planteamiento legal y, también, un nuevo modelo institucional y de definición y adopción de políticas y medidas preventivas y de garantía y promoción de la libertad sexual. Además, articula un nuevo modelo de atención a las víctimas de las violencias sexuales. Como ha afirmado parte de la doctrina, esta ley ha puesto en marcha medidas integrales e interdisciplinarias que suponen modificar la mayor parte de normas del ordenamiento social (Álvarez Cuesta, 2023).

Los derechos laborales, funcionariales y de Seguridad Social reconocidos a las víctimas de las violencias sexuales, con proyección algunos de ellos en el trabajo autónomo, se introducen en las normas legales correspondientes, acudiendo casi siempre a la inclusión de estas víctimas en artículos que pasan a compartir con las víctimas de la violencia de género y las víctimas del terrorismo.

De la LO 10/2022, a los efectos de este trabajo, es preciso destacar el artículo 3, que señala el ámbito de aplicación de la ley³⁵. Y, principalmente, el artículo 54, que específicamente

³⁵ «Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como

se refiere a la pensión de orfandad y prestación de orfandad (« En los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre»).

En la interpretación de la LO 10/2022 también se debe tener presente la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, pues modifica el ordenamiento laboral eliminando alguna de las referencias a las víctimas de las violencias sexuales introducida por la LO 10/2022³⁶. Si bien la reforma no afecta a la materia de la protección de los menores, objeto de este estudio.

Tercero. La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2023. Como viene siendo habitual, las distintas leyes de presupuestos inciden en la intensidad de la protección que dispensa nuestro sistema de Seguridad Social.

Dos cuestiones hay que destacar:

La primera: reglas especiales para la revalorización de las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer. Señala la Ley 31/2022:

Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer, previstas en el tercer párrafo del artículo 224.1 [...] de la Ley general de la Seguridad Social, [...], experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año³⁷.

homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil, en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

³⁶ Para un estudio de la Ley 4/2023 y los cambios introducidos es interesante acudir a Ramos Quintana (2023).

³⁷ Consúltense el artículo 44.Tres. Revalorización de las pensiones no contributivas y otras prestaciones de la Seguridad Social de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

Según el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el SMI para 2023, la subida es del 8 %.

Y la segunda: hay cambios en el régimen de las clases pasivas. Se modifica la Ley de Clases Pasivas del Estado dando nueva redacción a los apartados 1 y 2 y añadiendo un nuevo apartado 5 al artículo 41. Se depuran las diferencias con respecto a la pensión y prestación de orfandad por violencia de género³⁸.

Por último, de los continuos cambios a los que se ve sometida la Seguridad Social, en el ámbito objeto de análisis, se debe también hacer referencia al RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de los derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

El RDL 2/2023 introduce modificaciones en el artículo 234 de la LGSS que afectan a la pensión de orfandad en general. Se trata de dos pequeñas modificaciones del precepto: primera, la relativa a un caso específico de abono de la pensión de orfandad cuando dicha pensión está causada por el fallecimiento de una persona a consecuencia de la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas y, segunda, la que refleja la obligación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de la pensión de orfandad, así como toda resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el progenitor es responsable de un delito doloso de homicidio. Todo ello con el fin de determinar la persona o institución a la que se le abona la pensión de orfandad³⁹.

5. Prestaciones que reciben las personas huérfanas: particularidades en los casos de violencia contra la mujer

5.1. Delimitación general

La acción protectora del sistema de la Seguridad Social está recogida en el artículo 42 de la LGSS. En este precepto ya se alude a la pensión de orfandad y a la prestación de orfandad. La protección en caso de muerte y supervivencia, en el régimen general de la Seguridad Social, está regulada en los artículos 216 a 234 de la LGSS (capítulo XIV del título II). Ahora bien, los preceptos concretos dedicados a la protección de las personas huérfanas

³⁸ Consúltense la disposición final cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

³⁹ Un extenso análisis de la nueva norma en González Ortega y Barcelón Cobedo (2023).

son los artículos 216, 224, 225, 228 y, con carácter general también, los artículos 230 a 234, sometidos a importantes y constantes reformas.

Otra cuestión que debe ser comentada, dada su relevancia, es la diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social hasta fechas muy recientes. Las diferencias entre ambas normativas afectaban al reconocimiento y duración de la pensión de orfandad. Pero estas diferencias han sido suprimidas, principalmente, por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021, que modificó la redacción del apartado 2 del artículo 41 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y lo hizo para recoger la misma previsión contenida en la LGSS⁴⁰. Por tanto, desde el 1 de enero de 2021 no hay diferencia en las condiciones de acceso al derecho a la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de clases pasivas⁴¹. Todo ello, sin perjuicio de los últimos cambios ya comentados introducidos por la Ley de presupuestos generales del Estado para 2023, que reconoce la misma regulación en ambos regímenes.

También hay que traer a colación, ya que puede influir en los derechos de los menores huérfanos en caso de violencia de género, el criterio general de nuestra jurisprudencia sobre la ampliación de las situaciones asimiladas al alta. Un caso es el señalado por la STS 954/2018, de 7 de noviembre: reconocimiento de pensión de orfandad tras fallecimiento del causante en accidente de tráfico mientras era perceptor de subsidio por desempleo para excarcelados, pues se considera situación asimilada al alta. Nuestro Tribunal Supremo en esta resolución realiza una objetivación de uno de los requisitos que habilitan al causante para generar el derecho de sus descendientes a la pensión de orfandad⁴².

5.2. Pensión de orfandad

Tradicionalmente la pensión de orfandad trataba de subvenir la situación de necesidad en la que quedan los hijos, menores de una determinada edad o incapacitados cualquiera que sea su edad, como consecuencia del fallecimiento del padre o de la madre, o de ambos, siempre que estos hayan cumplido con los requisitos generales. Si bien, con el paso del tiempo, la evolución de la sociedad española y del mercado de trabajo, el fundamento y la finalidad de esta pensión han cambiado. Ya no tiene como finalidad única la cobertura de situaciones de necesidad efectiva, como se comprobará seguidamente.

⁴⁰ Así quedó establecido en la disposición final sexta.Tres de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021.

⁴¹ Es interesante, para ver las diferencias y la evolución hasta la equiparación de regulación, consultar a Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero (2021).

⁴² Esta doctrina ha sido comentada por Elorza Guerrero (2019).

Los beneficiarios de la pensión de orfandad son los hijos e hijas de la causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación. Deben ser menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Cuando el huérfano no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del SMI, la edad se amplía hasta los 25 años. Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

La determinación de la base reguladora en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia va a depender del origen común o profesional de la contingencia determinante del fallecimiento, así como de la situación activa o pasiva del sujeto causante. Pero, específicamente, cuando la causante es una mujer víctima de violencia de género, la base reguladora de la pensión de orfandad será, según fija el segundo párrafo del artículo 228 de la LGSS, la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigente en el momento del hecho causante⁴³.

La cuantía de la pensión de orfandad causada por la víctima de violencia contra la mujer se incrementa por la reforma introducida en la LGSS por la Ley 3/2019. Por tanto, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los supuestos de orfandad absoluta. Así, el huérfano tendrá una pensión del 70 % de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Cuando haya más de una persona beneficiaria de la pensión de orfandad, el importe conjunto de todas las pensiones puede alcanzar hasta el 118 % de la base reguladora y, en ningún caso, será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

La muerte por violencia contra la mujer puede llevarla a cabo un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante. También en estos casos se reconocerá el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad, como se reiterará en el siguiente epígrafe. Pero además es necesario que los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran todos los miembros, incluidos

⁴³ Repárese que este segundo párrafo fue añadido al artículo 228 de la LGSS por la reforma introducida por la Ley 3/2019, de 1 de marzo.

los huérfanos, no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Cuando los ingresos superen los límites, se suspende el derecho a su percibo⁴⁴.

5.3. Prestación de orfandad

Se trata de una nueva prestación introducida por Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. La Ley 3/2019 reconoce esta nueva prestación modificando el artículo 216 de la LGSS, dedicado a establecer las prestaciones en caso de muerte y supervivencia. Concretamente, reconoce el derecho a esta prestación de orfandad en el artículo 216.3 de la LGSS. Y también la Ley 3/2019 modifica, entre otros, el artículo 224 de la LGSS, que desarrolla el régimen jurídico aplicable. Se creó una prestación de orfandad para los casos en que la mujer fallecida no estuviera dada de alta o en situación asimilada a la misma o no hubiera cotizado lo suficiente para generar una pensión de orfandad, es decir, no cumpliera los requisitos generales para la pensión.

Se trata de una prestación subsidiaria de la pensión de orfandad que se establece para los casos en los que no se reúnan los requisitos precisos para poder tener derecho a la pensión de orfandad.

La prestación por orfandad tiene naturaleza de prestación no contributiva y su financiación será por la vía de presupuestos generales del Estado, así lo fijó la disposición adicional primera de la Ley 3/2019.

Se ha observado, con el paso del tiempo, que la medida nacida en 2019 no cumplía, totalmente, su propósito y no llegaba de forma adecuada a todos los potenciales beneficiarios. Por ello, la LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, viene a reformar la materia con el fin de que puedan acceder a las pensiones y prestaciones el mayor número de personas huérfanas por violencia de género, especialmente las que están en situación de pobreza extrema y vulnerabilidad.

Tendrán derecho a esta prestación de orfandad, en régimen de igualdad, las hijas e hijos, cualquiera que sea su filiación, de las mujeres fallecidas como consecuencia de la violencia de género y, en todo caso, cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la LO de garantía integral de la libertad

⁴⁴ Así lo señala el artículo 224.2, párrafo segundo, de la LGSS.

sexual⁴⁵, siempre que dichos descendientes se encuentren en circunstancias equiparables a la orfandad absoluta y además no tengan derecho, por no reunir los requisitos, a una pensión de orfandad, en los términos señalados con anterioridad.

Por tanto, los requisitos particulares que deben cumplir los sujetos beneficiarios de esta prestación son: primero, que se encuentren en una situación equiparable a la orfandad absoluta y, segundo, que no tengan derecho a la pensión de orfandad.

El requisito de la orfandad absoluta es el más complejo. La LGSS (art. 224.2, párr. 6.º) establece una presunción de que existe

la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor superviviente y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente.

También se considera que existe orfandad absoluta cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad por aplicación de la normativa de protección contra la violencia de género.

Con carácter general, el Alto Tribunal está interpretando la situación de orfandad absoluta de forma muy flexible. Así, se trae a colación la STS 700/2022, de 7 de septiembre. El tribunal permite el acrecimiento de la pensión por orfandad como supuesto asimilado a la orfandad absoluta en un caso de privación judicial de la patria potestad al progenitor vivo. En esta sentencia se resuelve un caso inédito. Se trata del acrecimiento de la pensión por orfandad (se concede el 72 % de la base reguladora y no el 20 % habitual) a partir de la pensión por viudedad sin persona beneficiaria con derecho a la misma en un supuesto de progenitor (padre) que está vivo, pero ha sido privado judicialmente de la patria potestad por desatención reiterada de las obligaciones paternofiliales, según el artículo 170 del Código Civil. La sentencia considera que este caso merece la asimilación a la orfandad absoluta del artículo 38 del Decreto 3158/1996⁴⁶.

Como se ha señalado en el apartado anterior, al determinar la cuantía de la pensión de orfandad, cuando la causante es una mujer víctima de la violencia de género, la base reguladora de la prestación de orfandad será, según fija el 2.º párrafo del artículo 228 de la

⁴⁵ La extensión del ámbito de aplicación a las víctimas de violencia sexuales se lleva a cabo por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, así se ha comentado en el epígrafe anterior. También pueden consultarse los artículos 3 (ámbito de aplicación) y 54 (pensión de orfandad y prestación de orfandad) de la LO 10/2022.

⁴⁶ Esta sentencia ha sido ampliamente comentada por la doctrina científica y pone de manifiesto una opinión crítica frente al fallo. Así, Nieto Rojas (2023) y también un breve comentario en Cabero Morán (2022).

LGSS, la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigentes en el momento del hecho causante⁴⁷.

Para determinar la cuantía de la prestación de orfandad hay que aplicar el 70 % de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁴⁸.

Ahora bien, en el caso de que haya más de una persona beneficiaria de esta prestación, el importe conjunto de todas las prestaciones puede alcanzar hasta el 118 % de la base reguladora y, en ningún caso, será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares⁴⁹.

5.4. Otras particularidades comunes a la pensión y prestación de orfandad

Al solicitar la pensión de orfandad se deben presentar una serie de documentos. Junto a esos documentos generales, en el caso de causantes fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, hay que presentar además los documentos acreditativos de dicha circunstancia (sentencia firme, resolución judicial de la que se desprendan indicios de que el delito investigado es por violencia contra la mujer o informe del Ministerio Fiscal en este sentido). Los medios admitidos para acreditar la violencia de género han sido analizados en este trabajo, en epígrafe anterior, al que se hace remisión. Por tanto, se puede concluir que a nuestros efectos se acredita la existencia de violencia de género con cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Si la solicitud de la prestación se realiza por extranjeros residentes en España, además de la documentación general, para un posible reconocimiento de la prestación de orfandad es preciso aportar el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros o Tarjeta de Identidad de Extranjeros.

El abono de la pensión o prestación de orfandad se le hará al propio beneficiario, siempre que sea mayor de edad y no esté incapacitado. En los otros casos, cuando es menor

⁴⁷ Repárese en que este segundo párrafo fue añadido al artículo 228 de la LGSS por la reforma introducida por la Ley 3/2019, de 1 de marzo.

⁴⁸ Así lo fija el artículo 224.1, párrafo tercero, de la LGSS.

⁴⁹ Puntualizaciones introducidas por la Ley 3/2019, que añade un párrafo 4.º al artículo 224.1 de la LGSS.

de 18 años o mayor de edad incapacitado judicialmente, se le abonará a quien tenga a su cargo al huérfano, en tanto se cumpla la obligación de mantenerlo y educarlo.

Los artículos 231 a 234 de la LGSS establecen previsiones para evitar el pago de prestaciones de muerte y supervivencia a los condenados por sentencia firme por la comisión de un «delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas» en aquellos casos en los que la víctima es el sujeto causante de la prestación.

A pesar de que la LGSS y también la LO 1/2004 se pronuncien sobre estas cuestiones particulares, existen supuestos no regulados o que deben ser interpretados, pues los términos utilizados por cada norma son distintos. Por tanto, tienen que ser resueltos en el caso concreto. Sin duda, se trata de una materia que da lugar a una amplia conflictividad. Por ello el interés de traer a colación la opinión del INSS. El INSS se ha manifestado, recientemente, sobre esta cuestión en el Criterio de Gestión 16/2023, de 14 de julio de 2023, sobre el abono de la pensión o prestación de orfandad al representante legal del huérfano en los casos de violencia de género. La duda surge, y por ello se plantea la cuestión ante el INSS, debido a las diferencias entre el régimen establecido en la disposición adicional primera de la LO 1/2004 y la LGSS (art. 231.1, sobre impedimento para ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia, y art. 234, sobre el abono de las pensiones de orfandad, en determinados supuestos).

Asunto planteado:

Si es posible abonar la pensión o la prestación de orfandad correspondiente al huérfano al progenitor que ha sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de lesiones por violencia de género contra la causante, pero ostenta la patria potestad y aporta el certificado de cancelación de los antecedentes penales, sin que haya habido reconciliación.

La respuesta del INSS es clara:

La cancelación de los antecedentes penales del agresor o su rehabilitación penal despliega su eficacia en el ámbito penal, así como en otros órdenes jurídicos, pero no alcanza a su inclusión legal en el disfrute de los beneficios del sistema de la Seguridad Social que pudieran causarse a partir del fallecimiento de la víctima ni a obviar que el precepto que nos ocupa establece que la pensión de orfandad no será abonable «en ningún caso». Por consiguiente, también en estos supuestos debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de la pensión/prestación de orfandad, así como la denegación de su abono al padre por los motivos indicados, a efectos de que se designe un representante del beneficiario a quien pueda abonarse.

Por otro lado, es preciso detenerse en la suspensión de derechos. Se producirá la suspensión de derechos (el derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, cuando corresponda, a la prestación de orfandad) cuando haya adopción de los hijos e hijas de la causante fallecida como consecuencia de violencia de género. Pero además es preciso que los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁵⁰.

Los efectos de la suspensión se producen al día siguiente de manifestarse la causa de suspensión.

Los derechos del huérfano que se han visto suspendidos pueden ser recuperados cuando los ingresos no superen los límites establecidos. Pero para recuperarlos hay que solicitarlo, además dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de disminución de los ingresos, y produce efectos desde el día siguiente a aquel en el que los ingresos son menores. Si no se cumplen los plazos, los derechos se recuperan, pero con una retroactividad máxima de 3 meses, a contar desde la solicitud⁵¹.

5.5. Compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad

Tanto la pensión de orfandad como la prestación de orfandad son compatibles con la obtención de rentas del trabajo o pensión de viudedad por parte del que sea o haya sido cónyuge del causante y también con la obtención de rentas del trabajo por el huérfano. También es compatible con la pensión de viudedad que aquel perciba.

La pensión de orfandad con causa en el fallecimiento como consecuencia de violencia contra la mujer será compatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. Ello supone una excepción frente a lo previsto en general, cuando no existe violencia de género⁵².

La LGSS también regula el supuesto de los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad. En cuyo caso, podrán optar entre una u otra.

⁵⁰ Así está establecido en el artículo 224.2, párrafo 1.º, de la LGSS.

⁵¹ Artículo 224.2, párrafo 4.º, de la LGSS.

⁵² Excepción que está establecida en el párrafo 2.º del artículo 225.1 de la LGSS.

Pero cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad o, en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena⁵³.

Existe un supuesto de incompatibilidad entre las distintas pensiones o prestaciones de orfandad que se puedan devengar. Se produce en el caso de que exista adopción del huérfano y el mismo mantenga su pensión o prestación de orfandad generada por la muerte de su madre en caso de violencia de género, ya que cumple los requisitos. Pero tras el fallecimiento de una de las personas adoptantes y generar una nueva pensión o prestación de orfandad, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas⁵⁴.

6. Reflexiones finales

Cuando una persona menor pierde a uno o a los dos progenitores, le causa una situación de desarraigo y le sitúa en un estado de necesidad que deben ser atendidos desde cualquier ángulo. Pero si esta pérdida se produce en una situación de violencia de género, el desamparo y las necesidades de atención que tienen quienes los sufren son mayores.

El mundo de la empresa o de la fábrica ha sido durante años un mundo discriminatorio, al menos en nuestro país, donde la presencia de mujeres ha sido reducida, limitada en muchos casos a trabajos específicamente femeninos y donde no se consideraba que el trabajo de la mujer tuviera la misma importancia que el del hombre. Hay que hacer hincapié en las situaciones de desigualdad en que las mujeres españolas se han incorporado al trabajo y las consecuencias que esa incorporación ha tenido en el mundo laboral y, en particular, en las relaciones personales que en ese mundo se producen.

La invisibilidad de la violencia de género ha traído como consecuencia la invisibilidad de todos aquellos y todas aquellas menores víctimas e, incluso, la inaplicación de las normas que se han ido incorporando en nuestro ordenamiento jurídico para su protección.

Ya no hay duda, las estadísticas hablan por sí solas, el daño que el maltratador-agresor causa a la mujer al atentar contra su integridad física, psicológica o moral, en múltiples

⁵³ Según puntualiza la última parte del artículo 225.2 de la LGSS.

⁵⁴ A ello se refiere el artículo 224.2, párrafo 5.º, de la LGSS, que fue introducido por la LO 2/2022.

ocasiones va más allá, se extiende a las personas de su entorno, especialmente, a las hijas y a los hijos.

También hay que señalar que para hacer frente a la terrible realidad que es la violencia de género, queda implicada no solo la ley en el ámbito laboral y de Seguridad Social, sino también los propios agentes sociales, especialmente en el marco de la negociación colectiva, a la que se atribuye incluso el desarrollo de algunas fórmulas de protección de las víctimas.

La situación de vulnerabilidad de estas víctimas de la violencia de género se pone de manifiesto en todos los ámbitos jurídicos. De ahí la premura y necesidad de adoptar unas medidas fuertes para atender la situación de desamparo que puede afectar al ámbito emocional y, también, al ámbito económico y las consecuencias que se produzcan. El niño o la niña han perdido a su madre, está muerta. También han perdido a su padre, que está en la cárcel o muerto.

No se puede olvidar que también entre los objetivos de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, de noviembre de 2020, se encuentra el de garantizar la calidad y la suficiencia de las prestaciones, particularmente en lo que afecta a los colectivos más vulnerables.

Todas las situaciones de violencia en el ámbito familiar atacan siempre los derechos de la infancia. Es cierto que tienen una respuesta en las leyes vigentes, tanto a nivel represivo como tuitivo. Pero también es cierto que hay que seguir avanzando, pues la realidad de esta lacra es muy dura y no se pueden perder oportunidades para mejorarla, desde todos los ámbitos.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R. (2021). La diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de octubre). *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 28, 89-98.
- Álvarez Cuesta, H. (2023). La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 166, 11-38.
- Aragón Gómez, C. (23 de mayo de 2022). *El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-las-reformas-de-la-seguridad-social/>

- Benavente Torres, M. I. (2021). La protección jurídica de los menores víctimas de violencia de género. Aspectos laborales y de Seguridad Social. En C. Sáez Lara (Coord.^a), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (pp. 213-274). Tirant Lo Blanch.
- Benito Benítez, M. A. (2020). La función tutelar del sistema de Seguridad Social en la lucha contra la violencia de género. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.
- Cabero Morán, E. (2022). Pensión de orfandad y asimilación a la orfandad absoluta. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 96.
- Cabero Morán, E. (2023). Las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley general de la Seguridad Social en el año 2022. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99.
- Elorza Guerrero, F. (2019). La pensión de orfandad al amparo del subsidio de desempleo para excarcelados. Reflexiones a partir de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 954/2018, de 7 de noviembre. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 19, 113-120.
- Fernández Rodríguez de Liévana, G. (2019). Ángela González, o cuando la justicia no protege a las mujeres ni a sus hijos e hijas de la violencia de género. *Tiempo de Paz*, 134, 108-113.
- García Valverde, M. D. (2007). Mujer extranjera y violencia de género. *Revista de Treball, Economia i Societat*, 46, 9-17.
- García Valverde, M. D. (2014). El maltratador. Efectos sobre el contrato de trabajo y sobre la relación jurídica de seguridad social. En M. P. Rivas Vallejo y G. L. Barrios Baudor (Dirs.), *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (pp. 1.119-1.132). Thomson Reuters Aranzadi.
- González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S. (2023). El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 105.
- Goñi Sein, J. L. (2022). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad. *Revista Justicia & Trabajo*, 1, 5-27.
- Lorente Acosta, M. (2019). Violencia pública, violencia privada. *Tiempo de Paz*, 134, 92-100.
- Martín Nájera, P. (2020). La protección de los menores víctimas de violencia de género. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 27, 8-10.
- Miñarro Yanini, M. (2014). Las «otras víctimas» de la violencia de género: pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente: Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 375, 157-161. <https://doi.org/10.51302/rtss.2014.2948>
- Nieto Rojas, P. (2022). Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 254, 159-166.
- Nieto Rojas, P. (2023). A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 34, 119-130.
- Ramón Fernández, F. (2022). La protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género. Medidas contempladas en la Ley orgánica 2/2022, de 21 de marzo. En

- C. Torres Fernández, W. Jerez Rivero, J. M. de la Serna Tuya y M. García Vidal (Coords.), *Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en situación de vulnerabilidad* (pp. 63-81). Dykinson.
- Ramos Quintana, M. I. (2023). Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99.
- Reyes Cano, P. (2020). *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas* [Tesis Doctoral]. Ministerio de Igualdad. Centro de Publicaciones. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_8_Menores_y_violencia_genero.pdf
- Rodríguez Pastor, G. E. (2023). Pensión de viudedad y víctimas de violencia de género.
- A propósito de la STSJ Cantabria 768/2022, de 4 de noviembre de 2022. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 266, 197-205.
- Sáez Lara, C. (2021). Sistema de protección de menores víctimas de violencia de género. En C. Sáez Lara (Coord.^a), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (pp. 61-110). Tirant Lo Blanch.
- Sanz Sáez, C. (5 de abril de 2022). *Se corrige la situación de orfandad de las hijas e hijos víctimas de violencia de género*. <https://www.net21.org/se-corrige-la-situacion-de-orfandad-de-las-hijas-e-hijos-victimas-de-violencia-de-genero/>
- Tagar, J. (2019). Menores en la violencia de género: víctimas invisibles. *Tiempo de Paz*, 134, 101-107.

María Dolores García Valverde. Experta en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Pertenece al Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación (Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social. Ref.: SEJ 184). Su actividad investigadora se caracteriza por su heterogeneidad, tanto en los géneros científicos tratados como en las materias y formas de trabajo. En el ámbito de la transferencia de conocimientos es miembro (desde abril de 2019) del Comité de Ética de la Investigación de Andalucía (Hospital Universitario Clínico San Cecilio –Granada–) CEIm-CEI. <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

La ceguera o discapacidad visual como situación determinante de la gran invalidez, ¿suficiente por sí misma?

Raquel Poquet Catalá

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

Universidad de Valencia (España)

raquel.poquet@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

Extracto

En este trabajo se realiza un análisis de la discapacidad visual o ceguera como situación que da lugar a la declaración de gran invalidez (GI). En este sentido, se analiza tanto la doctrina científica, como la jurisprudencial y la judicial en torno a los requisitos de la consideración y calificación como «gran invalidez» para, posteriormente, centrarse en la ceguera o discapacidad visual como determinante de la misma. Asimismo, se realiza un estudio de la evolución de la doctrina jurisprudencial en torno a los requisitos que deben concurrir para considerar que la ceguera es una situación determinante de GI.

Palabras clave: gran invalidez; ceguera; discapacidad visual; actos esenciales de la vida; incapacidad permanente; ayuda de tercera persona; alteración visual.

Recibido: 12-10-2023 / Revisado: 05-02-2024 / Aceptado: 15-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 12-06-2024

Cómo citar: Poquet Catalá, R. (2024). La ceguera o discapacidad visual como situación determinante de la gran invalidez, ¿suficiente por sí misma? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 115-139. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19657>



Blindness or visual disability as a determining situation of great disability, is it enough by itself?

Raquel Poquet Catalá

*Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia (España)*

raquel.poquet@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

Abstract

In this work, it is carried out an analysis of visual disability or blindness as a situation that gives rise to the declaration of great disability. In this sense, both the scientific doctrine, as well as the jurisprudential and judicial doctrine are analyzed regarding the requirements for consideration and classification as a major disability, to subsequently focus on blindness or visual disability as its determinant. Likewise, a study is carried out of the evolution of jurisprudential doctrine regarding the requirements that must be met to consider that blindness is a determining situation of severe disability.

Keywords: great disability; blindness; visual disability; essential acts of life; permanent disability; third person help; visual disturbance.

Received: 12-10-2023 / Revised: 05-02-2024 / Accepted: 15-02-2024 / Published (online preview): 12-06-2024

Citation: Poquet Catalá, R. (2024). Blindness or visual disability as a determining situation of great disability, is it enough by itself? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 115-139. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19657>



Sumario

1. Introducción
 2. Conceptuación de la incapacidad permanente
 - 2.1. Conceptuación
 - 2.2. Elementos configuradores de la incapacidad permanente
 - 2.2.1. Alteración grave de la salud
 - 2.2.2. Disminución o anulación de la capacidad laboral
 - 2.2.3. Carácter definitivo o previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral
 3. Gran invalidez
 - 3.1. Conceptuación
 - 3.2. Requisitos
 - 3.2.1. Reducciones anatómicas o funcionales graves
 - 3.2.2. Necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida
 - 3.3. Gran invalidez por ceguera o deficiencia visual
 - 3.3.1. Primera etapa: criterio subjetivo
 - 3.3.2. Segunda etapa: criterio objetivo
 - 3.3.3. Tercera etapa: vuelta al criterio subjetivo
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La situación de GI que tiene su causa en la discapacidad visual o ceguera ha sido una constante en el debate doctrinal y judicial.

La cuestión de fondo se halla en determinar si una persona puede ser calificada como «ciega» por estar dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera y si, por consiguiente, puede ser considerada de forma objetiva para tener derecho a la prestación de GI, o bien debe rechazarse cuando por recibir algún estímulo luminoso que le permite adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar ciertos actos esenciales de la vida no requiere la ayuda de terceros o sin ayuda permanente.

De hecho, según la Organización Mundial de la Salud, la «agudeza visual» consiste en la imagen retiniana más pequeña que puede apreciarse. Este elemento permite incardinar la visión de las personas en 4 niveles, cuales son: visión normal, discapacidad visual moderada, discapacidad visual grave y ceguera. En la visión normal, la agudeza visual se sitúa en 10/10; en la discapacidad visual moderada, la agudeza visual es inferior a 3/10; en la discapacidad visual grave es inferior a 1/10 (0,1), y en la ceguera es menor a 1/20 (0,05). De esta forma, únicamente si la agudeza visual es inferior a ambos ojos a 0,1, puede hablarse de ceguera por asimilación, no dando lugar objetivamente a la pensión de GI la agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos o 0,1 en un ojo inferior a 0,1 en el otro (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 8 de marzo de 2018, rec. 1442/2016).

Según la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia (Instituto Nacional de Estadística –INE–, 2020), el número de personas con alguna discapacidad fue de 4,32 millones en 2020, lo que supone un aumento del 14 % respecto a la anterior encuesta, realizada en 2008. Por sexo, manifestaron tener discapacidad 1,77 millones de hombres (un 17,1 % más que en la anterior encuesta) y 2,55 millones de mujeres (un 11,9 % más). Además, del total de 4.318.100 personas con discapacidad, un 24,3 % padecen discapacidad en relación con la visión.

Un total de 2,4 millones de personas manifestaron que tenían el máximo grado de severidad en algún tipo de discapacidad y no reciben ayudas (1,5 millones de mujeres y 0,9 millones de hombres). En cuanto a los aspectos en los que presentaban mayor severidad, era en la realización de las tareas domésticas (63,1 %), en los problemas de movilidad (62,7 %) y en el autocuidado (61,9 %).

2. Conceptuación de la incapacidad permanente

2.1. Conceptuación

El artículo 193.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) establece que:

La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Asimismo, indica que:

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

Además, señala que la incapacidad permanente (IP) debe derivar de una situación

de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 166, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155.2, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el artículo 195.4.

De esta forma, se establece una concepción unitaria de incapacidad temporal (IT) aplicable en todos los casos, con independencia de que la causa que la haya provocado sea enfermedad común o profesional o accidente de trabajo o no laboral. Es decir, el origen profesional o no de la IP no la caracteriza, sin embargo, sí existen ciertas prestaciones específicas que van ligadas al riesgo originario.

Como se observa, el artículo 193 de la LGSS establece un concepto general de IP a través de una serie de conceptos jurídicos indeterminados. Dichos conceptos son abiertos, lo cual dota a la calificación de IP de mayor flexibilidad y mayor capacidad para adaptarse a la realidad.

2.2. Elementos configuradores de la incapacidad permanente

La IP queda configurada por la concurrencia de 3 elementos: la alteración grave de la salud, la disminución o anulación de la capacidad laboral y el carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

2.2.1. Alteración grave de la salud

El artículo 193.1 de la LGSS exige que la persona trabajadora presente «reducciones anatómicas o funcionales graves», sin especificar si el riesgo es común o profesional. Por tanto, cabe entender que la indicada reducción puede tener su origen tanto en un accidente de trabajo como en una enfermedad profesional, un accidente no laboral o una enfermedad común (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– 37/1994, de 10 de febrero; 206/1997, de 27 de noviembre, y 78/2004, de 29 de abril).

Las reducciones anatómicas consisten bien en la amputación de un miembro como parte de este, o bien en la extracción de un órgano, mientras que las funcionales determinan la pérdida o disminución de la capacidad del órgano o del miembro para realizar sus funciones con normalidad (Albert Embuena, 2017, p. 47). Esta distinción, en el fondo, no es relevante si se relaciona con la capacidad de trabajo, pues una reducción anatómica siempre comporta una reducción funcional.

Esta alteración grave de la salud debe ser, en primer lugar, sobrevenida, ya que el artículo 165.1 de la LGSS exige, para causar derecho a las prestaciones de IP, el requisito de estar afiliado y en alta o situación asimilada al alta «al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición expresa en contrario».

Por tanto, de la interpretación conjunta de los artículos 165.1 y 193.2 de la LGSS, cabe entenderse que la declaración de IP en cualquiera de sus grados exige que las reducciones anatómicas o funcionales que la determinen surjan con posterioridad a la afiliación y alta de la persona trabajadora en cualquier régimen de la Seguridad Social, es decir, que se trate de una incapacidad «sobrevenida» posterior al desempeño de un empleo o actividad profesional (STC 206/1997, de 27 de noviembre).

Por consiguiente, en principio las reducciones anatómicas o funcionales que son anteriores a la afiliación no generan la declaración de IP (SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 186/2004, de 2 de noviembre, y 128/2009, de 1 de junio). No obstante, ello tampoco significa que no proceda de ninguna manera la declaración de IP, especialmente cuando experimentan una agravación considerable posterior o un empeoramiento durante el periodo de tiempo en que aquel estuvo afiliado y en alta en el sistema de la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero, y 129/1994, de 5 de mayo).

En este sentido, como es sabido, existen enfermedades de evolución lenta que en sus inicios permiten trabajar llevando un tratamiento médico, hasta que llega un momento en el que ya inhabilitan para realizar todas o algunas de las tareas fundamentales de la profesión habitual. Por ello, para determinar si la situación protegida ha tenido o no lugar antes de la afiliación, ha de estarse al momento en que aparece el efecto invalidante, en cuanto supone existencia real de una incapacidad de trabajo, y no cuando se inicia la enfermedad (STS de 19 de marzo de 2001, rec. 1573/2000). Así, será posible reconocer una IP a quienes, padeciendo una enfermedad congénita o natal, han podido llevar a cabo una actividad laboral dentro del sistema de la Seguridad Social durante años y posteriormente, por agravación de las dolencias, se ven privados de su capacidad laboral.

No puede tomarse en consideración, a efectos de declarar la situación de IP, el proceso patológico que se inicie con anterioridad a la fecha de afiliación y alta de la persona trabajadora, salvo que se haya producido una agravación posterior (SSTS de 21 de septiembre de 1987 y de 30 de noviembre de 1989).

Además, un aspecto importante a tener en cuenta es la concurrencia de los supuestos configuradores de los diferentes grados de IP, teniendo presente que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de una persona trabajadora ordinaria, sino con la ya reducida de la propia persona trabajadora. Han de tenerse en cuenta las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos casos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta los padecimientos y la situación clínica de la persona trabajadora. En este sentido, la persona que vende cupones de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) que con anterioridad a su alta en la Seguridad Social presentaba patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona y que, con posterioridad, sus dolencias se ven agravadas impidiéndole realizar el trabajo que venía desempeñando, es declarada con IP absoluta, sin que la circunstancia de necesitar la ayuda de una tercera persona pueda ser tenida en cuenta a efectos de la calificación de su IP, pues tal necesidad ya la presentaba con anterioridad a su inicio de la actividad laboral (SSTS de 2 de junio de 1998, rec. 936/1997; de 8 de junio de 1998, rec. 936/1997; de 25 de febrero de 1999, rec. 4553/1997, y de 18 de marzo de 1999, rec. 1062/1998, a propósito de los complementos de prejubilación). El único dato de haber trabajado como vendedor de cupones no impide que se reconozca la GI cuando tras la incorporación al sistema de Seguridad Social empeora su situación hasta llegar a la necesidad de ayuda de una tercera persona (SSTS de 21 de septiembre de 1987 y de 30 de noviembre de 1989).

En segundo lugar, la alteración de la salud debe ser irreversible, pues el artículo 193.1 de la LGSS se refiere a la situación de la persona trabajadora «que, después de haber estado sometida al tratamiento prescrito» presenta reducciones anatómicas o funcionales

graves previsiblemente irreversibles y definitivas. De este modo, se exige un tratamiento médico previo, lo que presupone necesariamente que la IP debe venir precedida de una situación de IT.

No obstante, esta regla presenta excepciones, de tal forma que se puede acceder directamente a una situación de IP sin haber pasado por una IT, ni siquiera por un tratamiento médico, tal y como se puede deducir del artículo 193.1 y 2 de la LGSS. Así cabe colegirlo cuando, por un lado, el artículo 193.2 de la LGSS señale que cuando la IP afecte a

quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 166, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155.2, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el artículo 195.4.

Y también es posible cuando la persona trabajadora, aun padeciendo una disminución anatómica o funcional, continúa prestando servicios hasta que la misma deviene en definitiva e irreversible impidiéndose desarrollar de forma permanente la actividad laboral. De igual forma, sucede cuando la situación de IT ha existido con anterioridad a la petición de IP, pero en el momento de la solicitud de la misma ya se ha extinguido por haberse otorgado el alta médica por curación (STS de 9 de octubre de 2015, rec. 58/2015, que señala que los partícipes son titulares de las aportaciones desde el momento en que el empresario las realiza (art. 84 RDL 1/2002), por lo que desde ese mismo momento suponen para las Administraciones públicas un coste que integra la masa salarial en los términos en que esta es definida por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado).

Salvo estos casos, para acceder a la situación de IP, ha de pasarse primero por la IT, durante la cual la persona beneficiaria será sometida al tratamiento médico o quirúrgico correspondiente para reestablecer el desequilibrio producido en su estado de salud si es posible, o bien llegar a una situación definitiva e irreversible, de tal forma que mientras necesite dicho tratamiento no podrá calificarse la IP, pues si existe posibilidad de curación o mejoría, no pueden calificarse las lesiones como irreversibles ni definitivas (SSTS de 14 de julio de 1992, rec. 1865/1992; de 6 de octubre de 1995, rec. 3705/1994, y de 31 de enero de 2001, rec. 3939/1999).

Por otro lado, también es posible que, a pesar de que las lesiones son definitivas y están agotadas las posibilidades terapéuticas-rehabilitadoras, persiste la necesidad de asistencia sanitaria, por lo que no procede el alta médica. En tal caso, para evitar que dicha circunstancia impida la calificación de IP, el artículo 136.1 de la LGSS no exige el alta médica «para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas» (SSTS de 2 de junio de 1998, rec. 936/1997; de 8 de junio de 1998, rec. 936/1997; de 25 de febrero de 1999, rec. 4553/1997, y de 18 de marzo de 1999, rec. 1062/1998).

Por consiguiente, condicionar la calificación de la IP a la necesidad del alta médica

podría conducir a situaciones absurdas, cual sería negar la invalidez a quien por enfermedad común se le amputasen los dos miembros inferiores a la altura del tercio superior del muslo, cuya invalidez es manifiesta y que sin el alta médica carecería de eficacia para el nacimiento del derecho (STS de 17 de noviembre de 1987).

Por «lesiones definitivas» debe entenderse aquellas que no son provisionales o temporales, es decir, aquellas que no son susceptibles de tratamiento médico que permita recuperar la capacidad de trabajo. Por tanto, el requisito de que las lesiones deben ser previsiblemente definitivas permite calificar la IP cuando exista la posibilidad de recuperación de la capacidad del trabajo de la persona trabajadora, aunque solo si esta se estima médicamente como incierta o a largo plazo, por lo que no solo cabe declarar la IP en caso de incertidumbre acerca de la posibilidad de recuperación, sino también cuando sea presumible que la misma se producirá, aunque en un tiempo largo e imprecisable. Asimismo, dicho requisito permite declarar la IP incluso en aquellos casos en los que el órgano calificador entienda que esta vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo en el plazo de los 2 años contados a partir de la fecha de la declaración de IP.

En tercer lugar, la alteración de la salud debe ser involuntaria. Ello significa que no debe ser imputable o causada por la propia persona trabajadora afectada. En este sentido, el artículo 23.1 de la Orden de 15 de abril de 1969 señala que el derecho a las prestaciones económicas por IP podrá ser denegado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho a las mismas.
- b) Cuando la invalidez permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.
- c) Cuando la invalidez permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado el beneficiario, sin causa razonable, el tratamiento sanitario que le hubiera sido indicado durante las situaciones de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional.
- d) Cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechaza o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

Por consiguiente, el dolo o fraude, la imprudencia temeraria y la negativa a seguir el tratamiento sanitario impiden la calificación de IP. Por su parte, la culpa leve o negligencia no es causa de denegación de la IP. Por último, en el caso de que las lesiones de la persona trabajadora son únicamente susceptibles de tratamiento quirúrgico, la doctrina jurisprudencial y judicial tiene indicado que ello no puede ser impuesto contra la voluntad de la persona trabajadora (SSTS de 23 de diciembre de 1994, rec. 1732/1994; de 31 de

enero de 1995, rec. 2231/1994; de 27 de marzo de 1995, rec. 1933/1994, y de 25 de abril de 1995, rec. 3390/1994). Así se deriva del artículo 102 de la LGSS de 1974 y de los artículos 8 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establecen que la negativa de la persona trabajadora a someterse a una intervención quirúrgica solo puede perjudicarle cuando la entidad gestora demuestra la irracionalidad del comportamiento. Es decir, se parte de la presunción de que la negativa de la persona trabajadora es razonable, correspondiendo a la entidad gestora probar la irracionalidad de dicha decisión. Y, a tal efecto, se considera que la misma es razonable cuando la intervención quirúrgica o el tratamiento son especialmente penosos o arriesgados, existen dudas sobre su eficacia o son irrelevantes o han fracasados los anteriores (STS de 2 de junio de 1998, rec. 936/1997, y, en el mismo sentido, las SSTS de 8 de junio de 1998, rec. 2449/1997; de 25 de febrero de 1999, rec. 4553/1997, y de 18 de marzo de 1999, rec. 1062/1998).

En cuarto y último lugar, la alteración de la salud ha de ser objetivable, pues el artículo 193.1 de la LGSS exige que las reducciones anatómicas o funcionales sean «susceptibles de determinación objetiva», es decir, han de quedar constatadas médicamente de forma clara e indubitable, no siendo suficiente la mera manifestación subjetiva de la persona interesada.

La determinación objetiva de las lesiones plantea problemas en el ámbito administrativo, lo cual explica la judicialización de las declaraciones de IP. Como señala la doctrina (Aránguez Sánchez, 2018, p. 67), «no hay invalideces sino inválidos», es decir, una incapacidad nunca es igual a otra porque, aun tratándose de dos personas que sufren la misma lesión, la capacidad de trabajo de ambas no va a quedar afectada de idéntica forma, ya que los factores que deben ponerse en conexión a la hora de valorar la IP son difícilmente repetibles.

Cuando se trata de la vivencia subjetiva de la enfermedad, cuando el paciente refiere padecer unos síntomas cuya veracidad no puede ser constatada médicamente de forma objetiva, se plantea el problema de diagnosticar médicamente la enfermedad, así como también de valorar de qué forma incide en la capacidad de trabajo, lo cual resulta fundamental a efectos de declarar la IP en el grado correspondiente (Rodríguez Iniesta, 2016, p. 463).

La doctrina judicial y la legislación es clara al respecto, al señalar que estas reducciones anatómicas o funcionales deben quedar «constatadas médicamente de forma clara e indubitable y que no basta con la mera manifestación subjetiva del interesado» porque la objetividad requerida es enemiga de especulaciones subjetivas y de vaguedades o descripciones carentes de base científica (Aránguez Sánchez, 2018, p. 67).

2.2.2. Disminución o anulación de la capacidad laboral

El artículo 193.1 de la LGSS exige que las reducciones anatómicas o funcionales graves deben suponer una disminución o anulación de la capacidad laboral de la persona

trabajadora. Ello significa, por tanto, que el estado patológico de la persona trabajadora es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la «capacidad laboral». Por consiguiente,

lo decisivo para la determinación de una invalidez permanente y del grado correspondiente no es la mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan y, en definitiva, su incidencia en la capacidad laboral del trabajador.

Por contra, los rendimientos o intereses que los complementos de prejubilación pudieran producir sí eran computables a efectos de determinar la carencia de ingresos en el sujeto solicitante como requisito de acceso a la protección del nivel asistencial (STS de 23 de diciembre de 1994, rec. 1732/1994). De hecho, la finalidad del reconocimiento y mantenimiento de la prestación por IP no es proteger un determinado estado de salud, sino compensar la pérdida de rentas de trabajo por causa de la incapacidad laboral sobrevenida (Roqueta Buj *et al.*, 2022).

El artículo 193.1 de la LGSS, cuando hace referencia a la «capacidad laboral», no se refiere a la «capacidad de ganancia» (STS de 3 de julio de 1972), ya que este concepto es más amplio y presupone que en la constatación del estado invalidante entrarían en juego la situación psicofísica de la persona trabajadora y otros factores como la edad, las aptitudes profesionales y las condiciones del mercado de trabajo.

En relación con ello, cabe indicar, en primer lugar, que la expresión «capacidad laboral» está referida no solo al trabajo por cuenta ajena, sino a la actividad de quienes se encuentran incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social. En segundo lugar, todas las reducciones o limitaciones, tanto funcionales como anatómicas, que tenga la persona trabajadora deben ser valoradas de forma global para poder calificar la situación que padece, pues así es como afecta a la aptitud para el trabajo (STS de 20 de marzo de 1997, rec. 2730/1996). De esta forma, ya vengan de accidente o enfermedad profesional, o accidente no laboral o enfermedad común, rige el principio de valoración global de todas las dolencias de la persona trabajadora (SSTS de 20 de marzo de 1997, rec. 2730/1996; de 29 de noviembre de 2000, rec. 4366/1999, y de 8 de marzo de 2010, rec. 421/2009), incluidas las padecidas con anterioridad a la fecha de afiliación y alta en la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 14 de enero de 2010, asunto C-343/2008, Comisión Europea contra República Checa). En tercer lugar, cabe tener en cuenta que la incapacidad debe valorarse una vez aplicadas las prótesis correctoras correspondientes (STJUE de 14 de enero de 2010, asunto C-343/2008, Comisión Europea contra República Checa). En cuarto lugar, la correlación entre la alteración de la salud y el efecto de discapacidad o incapacidad no tiene por qué ser real e inmediata, sino que también adquiere relevancia la incidencia indirecta, de tal forma que procede la declaración de IP no solo cuando existan secuelas derivadas de las lesiones que impidan desarrollar el trabajo, sino también cuando, aun no existiendo secuelas de ningún tipo, el contacto con el trabajo

habitual es susceptible de provocar en el sujeto una reacción patológica. Por último, los parámetros por los que debe evaluarse la incapacidad o limitación laboral de la persona trabajadora son la productividad o el rendimiento, la calidad del producto laboral resultante y la seguridad propia y ajena (STS de 29 de noviembre de 2000, rec. 4366/1999).

2.2.3. Carácter definitivo o previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral

El artículo 193.1 de la LGSS exige que las reducciones anatómicas o funcionales sean «previsiblemente definitivas», aunque se admite que es posible también tal calificación a pesar de «la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima medicamente como incierta o a largo plazo».

Por tanto, cabe entenderse que el estado de incapacidad ha de ser definitivo o, cuando menos, previsiblemente definitivo (STS de 13 de octubre de 2009, rec. 3568/2008). No obstante, este carácter definitivo tiene algunos obstáculos, especialmente por la versatilidad del ciclo de estabilización de las lesiones invalidantes y la incertidumbre que puede ser de hasta varios años.

De hecho, el plazo máximo de la IT puede ser insuficiente para poder atender correctamente a la persona trabajadora y, especialmente, para «tener elementos de juicio bastantes como para lograr un diagnóstico certero sobre el carácter temporal o presumiblemente definitivo de la incapacidad» (STS de 29 de noviembre de 2000, rec. 4366/1999). Por ello, la LGSS prevé una serie de instrumentos para facilitar el tránsito entre una y otra situación. Estos instrumentos son, en primer lugar, la previsión de un periodo de prórroga de la situación de IT para evitar situaciones de desprotección hasta que se clarifique la incapacidad. Concretamente, el artículo 174.1.2 de la LGSS establece que, una vez transcurrido el plazo máximo de 545 días, «se examinará necesariamente, en el plazo máximo de 3 meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda». El artículo 10.3 de la Orden de 18 de enero de 1996 señala, a su vez, que «el equipo de valoración de incapacidades elevará dictamen-propuesta al director provincial, a efectos de la calificación procedente, dentro del plazo máximo de 3 meses». Por consiguiente, queda claro que no se trata de un plazo para la declaración, en su caso, de la IP, sino para la observación y tratamiento de la misma.

El segundo mecanismo es la previsión de la prórroga de la situación de IT a efectos de su calificación como IP, es decir, la denominada «prórroga puente» o «prórroga especial». El artículo 174.2.2 de la LGSS establece que

no obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera

aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el periodo preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos.

De esta forma, una vez agotados los 545 días, si la persona trabajadora continúa necesitando asistencia sanitaria por existir expectativas de mejoría o recuperación, se puede retrasar la calificación de IP por el periodo necesario, siempre teniendo presente que no puede superar los 730 días siguientes a la fecha en que se hubiera iniciado la IT.

3. Gran invalidez

3.1. Conceptuación

La situación de GI es definida por el artículo 194.6 de la LGSS como aquella en la que la persona trabajadora afectada de IP «por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

La interpretación de este precepto no es nada fácil. De ahí la alta conflictividad judicial planteada y la amplia casuística judicial y jurisprudencial al respecto, especialmente, cuando de la ceguera se trata.

El Tribunal Supremo (TS) ha reiterado que el ámbito de la unificación de doctrina queda muy limitado en materia de valoración de la IP tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, en general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general (SSTS de 4 de noviembre de 1990; de 19 de noviembre de 1990; de 10 de diciembre de 1991; de 19 de abril de 1991; de 27 de enero de 1997, rec. 1179/1996; de 18 de junio de 2001, rec. 1768/2000; de 10 de diciembre de 2004, rec. 5252/2003; de 23 de junio de 2005, rec. 1711/2004; de 2 de noviembre de 2005, rec. 3117/2004; de 17 de febrero de 2010, rec. 52/2009, y de 17 de febrero de 2016, rec. 2931/2014). Asimismo, recuerda que la calificación del grado de IP es una cuestión jurídica y que, por tanto, aunque permanezcan inalterados los hechos probados de la resolución de instancia, el órgano judicial de suplicación puede examinar si es o no correcta la calificación efectuada en la resolución de instancia (SSTS de 26 de diciembre de 2000, rec. 2341/1999; de 6 de marzo de 2001, rec. 1490/2000, y de 23 de abril de 2013, rec. 729/2012). En el mismo sentido, un sector de la doctrina (Romero Coronado, 2010) señala que la determinación de la IP en cualquiera de sus grados es esencialmente jurídica y no médica, en la medida en que debe valorarse la capacidad residual de la persona trabajadora para poder desempeñar algún tipo de actividad y no el diagnóstico médico concreto determinante de la causa de la inactividad.

Por otro lado, el TS ha interpretado que la GI constituye un grado autónomo de la IP, en el sentido de que su reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuera su grado anterior, ya que no es necesario que el reconocimiento de la GI parta de un previo establecimiento de la IP absoluta (STS de 22 de julio de 1996, rec. 4088/1995; también Sempere Navarro, 2003, señala que resulta posible acceder al grado de GI de modo directo –en una primera calificación de las secuelas– o bien de manera derivada –por agravación del grado de incapacidad antes establecido, cualquiera que fuere–, pero solo cabe respecto de quien está imposibilitado para realizar cualquier actividad). En este sentido, en la declaración del grado de GI desde una situación de IP absoluta se requiere una agravación de la situación invalidante previamente reconocida, porque la GI es un grado autónomo de la IP y su reconocimiento es o bien inicial o directo en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de IP anterior, y cuando el reconocimiento no es en una primera calificación, sino que se parte de un grado inferior de incapacidad, la forma legal de la declaración es la revisión por agravación, no por mejoría (STS de 7 de mayo de 2004, rec. 2074/2003).

3.2. Requisitos

3.2.1. Reducciones anatómicas o funcionales graves

Los requisitos configuradores de la GI son, por un lado, la gravedad de las reducciones anatómicas o funcionales y, por otro lado, la necesidad de otra persona para realizar los «actos más esenciales de la vida».

En primer lugar, el primer elemento determinante de la IP es la exigencia de que las reducciones anatómicas o funcionales sean graves. Su origen puede ser tanto profesional como común, pues el riesgo del que deriva la IP no es trascendente a la hora de su consideración como contingencia protegida.

Además, las dolencias que pueden repercutir de forma importante en la capacidad de trabajo suelen ser también graves en sí mismas. No obstante, pueden exigir lesiones o enfermedades graves que no incapaciten por sí mismas. De cualquier forma, en la situación de GI las lesiones o reducciones siempre llevan implícita una IP absoluta para todo trabajo y, además, afectan de forma muy grave a la autonomía de la persona, al requerir la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

A la hora de valorar la gravedad, más que la que en sí revista el cuadro patológico de la persona trabajadora, ha de tenerse en cuenta en qué medida las dolencias limitan o anulan su capacidad de trabajo, así como si como consecuencia de ellas, se requiere o no de la asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

No obstante, la valoración se limitará a determinar si como consecuencia de las lesiones, enfermedades o dolencias, se requiere de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, sin tener que entrar a valorar la intensidad en que queda afectada la autonomía de la persona trabajadora.

No hay posibilidad de declarar la IP si la reducción anatómica o funcional no son lo suficientemente graves de tal forma que disminuyen o anulan la capacidad laboral hasta el grado de requerir la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales. Es decir, en la GI, no es tanto el que se produzca una reducción o anulación de la capacidad laboral, sino que se necesite de la asistencia de una tercera persona (Bruna Reverter, 2012, p. 83).

Por ello, el TS ha declarado que, a efectos de valorar el nivel de disminución de la capacidad laboral de la persona trabajadora, deben valorarse de forma conjunta todas las dolencias padecidas por la persona trabajadora, tanto en la calificación inicial de la IP como en su posible revisión (STS de 28 de septiembre de 1988). El estado de salud de la persona trabajadora no debe ser examinado en actuaciones separadas, sino de forma conjunta o global (STS de 23 de septiembre de 2003, rec. 1971/2002).

3.2.2. Necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida

La característica configuradora de la GI es, como indica el artículo 194 de la LGSS, que la persona trabajadora «necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos». Por tanto, es la necesidad de otra persona para realizar los «actos más esenciales de la vida» lo que determina la calificación de GI.

El factor clave a la hora de delimitar el concepto de GI es la conceptualización de lo que debe entenderse por «actos más esenciales» y por «necesidad» de otra persona para realizarlos, sin descuidar el hecho de que, precisamente, son las reducciones anatómicas y funcionales graves las que determinan esa situación de dependencia personal.

Se requiere que las reducciones anatómicas o funcionales impidan a la persona trabajadora llevar a cabo cualquier actividad laboral y que, además, dichas lesiones determinen también la necesidad de que sea asistida por una tercera persona por no poder realizar por sí misma al menos uno de los actos más esenciales de la vida.

En este sentido, con respecto a estos actos esenciales de la vida, la doctrina científica ha considerado como tales aquellos que resultan imprescindibles para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible para poder subsistir fisiológicamente o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, higiene y decoro fundamentales en la convivencia humana, sin que sea suficiente la mera dificultad y sin que se

requiera que la necesidad de ayuda sea continuada, siendo lo trascendente que la persona trabajadora no pueda realizar dichos actos con autonomía, por lo que la dependencia de la persona incapacitada respecto de la persona protectora o cuidadora es lo que caracteriza la GI (Sempere Navarro, 2008).

3.3. Gran invalidez por ceguera o deficiencia visual

Especialmente problemáticas son las situaciones de GI cuando derivan de la situación de ceguera total (STS de 10 de julio de 1989, que declara que la privación total del sentido de la vista es constitutiva de GI, especialmente si no es originaria o de nacimiento y sobreviene en fase más o menos avanzada del curso vital) o pérdida de visión equiparable (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 28 de junio de 2004, rec. 2004/2004, que considera que lo es la degeneración macular asociada a la edad bilateral con membrana neovascular y estrías angioides de la que resulta una ceguera profunda bilateral, siendo la agudeza residual inferior a 0,05 en ambos ojos) o deficiencia visual.

En este sentido, no existe uniformidad en relación con cuándo la falta de agudeza visual es considerada ceguera. Según la ONCE,

la discapacidad visual es la consideración a partir de la disminución total o parcial de la vista. Se mide a través de diversos parámetros, como la capacidad lectora de cerca y de lejos, el campo visual o la agudeza visual (ONCE, s. f.).

No obstante, frecuentemente se ha considerado que lo es cuando sea inferior a 0,1 en ambos ojos o cuando se limite a la percepción de luz o a ver «bultos» (STS de 8 de marzo de 2018, rec. 262/2018).

Por consiguiente, cuando la agudeza visual es igual o superior a 0,1, se considera que permite al sujeto realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de asistencia de otra persona, lo que impide la calificación de GI (STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011, rec. 1686/2011), salvo que concorra alguna otra circunstancia que impida la realización de alguno de tales actos (STSJ de Madrid de 28 de junio de 2004, rec. 2004/2004, sobre una persona que padece agudeza visual igual a 0,1 unida a cofosis –sordera total– bilateral con déficit severo del lenguaje, lo cual es calificado como GI).

El problema se halla en determinar si la ceguera por sí misma es suficiente para ser calificada como GI, pues, en función de si se utiliza un criterio subjetivo u objetivo para valorar la necesidad o no de ayuda de tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida, la respuesta será diferente.

Si se opta por un criterio subjetivo de valoración, supone tener en cuenta las circunstancias personales de cada persona beneficiaria a la hora de calificar o no la gran invalidez. No

se trataría de valorar si la persona con discapacidad requiere de ayuda de una tercera persona o no por la incapacidad generada por la ceguera, sino porque efectivamente no puede valerse por sí misma, aplicando así a la falta de autonomía personal la máxima prevista en relación con la incapacidad laboral, según la cual «no habría incapacidad sino incapacitados».

De esta forma, en estos casos la calificación de GI debe hacerse tomando en consideración las capacidades individuales de cada sujeto, en función de las habilidades adaptativas que haya podido adquirir. Lo relevante son, pues, las condiciones o factores personales de cada persona.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial (SSTS de 19 de enero de 1988, de 19 de junio de 1989 y de 12 de junio de 1990) limita la utilización de este criterio subjetivo de valoración a aquellos supuestos en que no exista ceguera absoluta, pero sí una importante reducción de la capacidad visual, que, aun impidiendo la realización de cualquier actividad laboral, no afecta de forma sustancial a la autonomía personal.

El criterio objetivo comporta que los supuestos de ceguera total o asimilados dan derecho de forma automática a la calificación de GI, ya que en ellos queda constatada de forma objetiva la necesidad de la ayuda de una tercera persona para realizar los actos esenciales. Así se estima al señalar que «es claro que el invidente ha de ser ayudado constantemente por otras personas para subsistir vitalmente [...], quien tiene ceguera [...] precisa asistencia ajena constante para desplazamientos, comer y actos relativos de higiene corporal y otros».

3.3.1. Primera etapa: criterio subjetivo

En un primer momento, el TS consideraba, como regla general, además de la concurrencia de la ceguera o la alteración visual funcionalmente equiparable a la ceguera, que se necesitara de la colaboración de una tercera persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida. En este sentido, se subraya que

lo que produce una visión prácticamente nula y le imposibilita el salir solo a la calle, la conclusión no puede ser otra que la concurrencia de la situación de gran invalidez [...] dada la necesidad de asistencia ajena tan esencial para la seguridad en una actividad vital como es la de transitar por las vías públicas –cuya imposibilidad de realización en solitario se deja reseñada, pues sus dolencias son equivalentes a la ceguera absoluta– (STS de 23 de marzo de 1988).

Acogiéndose a este criterio subjetivo, deniega la calificación de IP cuando

en el presente caso y prescindiendo de esa evolución la ceguera absoluta que justificaría en su momento la oportuna revisión resulta una agudeza visual de 0,2 en el ojo derecho que entraña, con corrección, una visión de 1/6, y ello hace innecesaria la

asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, que es lo que para la existencia de la gran invalidez, exige el artículo 135.6 de la LGSS (STS de 24 de octubre de 1988).

En el mismo sentido, rechaza la pretensión de una persona trabajadora que conservaba 1/10 de visión en cada ojo, por entender que «ciertamente le ha de impedir cualquier género de trabajo y el grado de incapacidad será el de absoluta y así lo tiene reconocido la Sala en Sentencia de 12 de abril de 1988» (STS de 19 de enero de 1988; en el mismo sentido, STS de 12 de junio de 1990). Añade, además, que tal pérdida de visión no ha de impedir la realización de los actos esenciales de la vida, como vestirse, asearse, desplazarse, hasta el punto de que precise para ello de la asistencia de otra persona,

sin que a ello obste el que humanitaria y voluntariamente pueda ser ayudado para bajar escaleras o cruzar calles, por ejemplo por transeúntes que junto a él deambulen, pues tal ayuda que se suele presentar a quien por su edad o situación somática tenga dificultades, no es equivalente a la que precisa –aunque puede que no continuamente– un inválido para ser calificado como tal (STS de 19 de enero de 1988; en el mismo sentido, STS de 12 de junio de 1990).

3.3.2. Segunda etapa: criterio objetivo

Sin embargo, con posterioridad, el TS (STS de 3 de marzo de 2014, rec. 1246/2013, que enjuicia el caso de una persona trabajadora que no tenía ceguera absoluta, ya que podía distinguir bultos a cierta distancia y recibir estímulos luminosos o visuales, pero su situación era similar a los casos de ceguera absoluta) cambia de posición y aboga por el criterio objetivo, considerando que la persona que padezca ceguera total o pérdida de visión a ella equiparable reúne los requisitos para poder ser considerada en situación de GI, incluso si ha llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin necesidad de ayuda de tercera persona o sin necesidad de que la ayuda sea continuada y sin que a ello obste tampoco la posibilidad de que pueda llevar a cabo trabajos no perjudiciales con su situación.

El problema era determinar si una persona con una alteración visual grave, propia de la calificación de ceguera, podía ser objetivamente considerada con la GI por haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias que le permitían realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceras personas o sin necesidad de que la ayuda fuera permanente.

El TS aplica el criterio objetivo y sintetiza que una persona que pueda ser considerada ciega reúne objetivamente las condiciones para poder calificarla en situación de GI y a tales efectos se considerará ciega no solo a quien sufra una absoluta falta de capacidad en la visión, sino también a quien esté indiscutiblemente dentro de las categorías de alteración

visual equiparables a la ceguera que, aunque no impliquen una total anulación de la vista, sí sean funcionalmente equiparables a aquella. Además, con respecto a las alteraciones visuales equiparables a la ceguera, aunque no existe una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual significa prácticamente una ceguera, se acepta que tal situación se dará cuando aquella es inferior a una décima en ambos ojos. En tercer lugar, considera que es evidente que la persona ciega precise de la asistencia de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada o permanente, permitiéndose, pues, que sea puntual y solo para actos esenciales concretos. Por último, sostiene que la situación de GI también es aplicable cuando la persona mantiene algún resto de visión o ha adquirido ciertas destrezas para manejarse, pues ello es apreciable en quienes

especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, [o incluso en] los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación.

Esta misma línea es seguida posteriormente en otras resoluciones donde a una persona trabajadora que acreditaba una pérdida muy cualificada de agudeza visual, equiparable a la ceguera total, se le reconoce la GI (STS de 10 de febrero de 2015, rec. 1764/2015). El TS señala al respecto que

en principio, lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, especialmente si se trata de profesionales distintos o aun siendo iguales, cuando se desempeñan en situaciones diferentes. De ahí que no sea esta una materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecte más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general.

Así, estima que, a la hora de calificar como GI la falta de agudeza visual equivalente a la ceguera, ha de aplicarse un criterio objetivo, dado que la ceguera o situación asimilada a la misma integran de por sí el grado de GI, incluso aunque la persona afectada llegue a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceras personas (STS de 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014, que enjuicia el caso de una persona cuya pérdida de visión le hace depender de la ayuda de una tercera persona, especialmente para los desplazamientos y la administración de la medicación, pero no requiere la ayuda constante de la tercera persona para todos los actos, pues la persona había adquirido algunas destrezas para realizar actos esenciales como cocinar cosas sencillas y su propio aseo personal).

En este sentido, la doctrina jurisprudencial se puede sintetizar de la siguiente forma. En primer lugar,

la ceguera bilateral fue establecida como supuesto típico de gran invalidez por el artículo 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (derogado, pero ciertamente orientativo), el cual fue ratificado por el todavía vigente Decreto 1328/63, de 5/junio (no derogado por la LASS), en cuya exposición de motivos se insistía en la consideración de que «el invidente, efectivamente, necesita de la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida», y que ha sido confirmado –entre otras ocasiones– por los artículos 67 OM de 11/01/69, 76 OM 06/02/71, 82 OM 19/01/74 y 93 OM 25/01/75, referidos a «los complementos de renta por gran invalidez provocada por pérdida total de la visión a que se refiere el número 2 del artículo 2 del Decreto 05/junio/63». «Y la doctrina jurisprudencial ha declarado la existencia de gran invalidez para el supuesto de ceguera absoluta» (STS de 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014, y, en el mismo sentido, SSTS de 11 de febrero de 1986; de 28 de junio de 1986; de 3 de marzo de 2014, rec. 1243/2013, y de 10 de febrero de 2015, rec. 1764/2014).

En segundo lugar, el TS sostiene que, ante la ausencia de un criterio legal o doctrina indubitada que determine la agudeza visual que pueda ser valorada como ceguera,

desde antiguo la jurisprudencia ha venido a cuantificar el déficit, concretando que se asimila a aquella ceguera toda pérdida que lleve a visión inferior a una décima, o que se limite a la práctica percepción de luz o a ver bultos e incluso dedos (STS de 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014).

En tercer lugar, el TS considera que los actos más esenciales de la vida son los encaminados «a la satisfacción de una necesidad de primera e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia» (STS de 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014).

Por último, declara que es suficiente con la imposibilidad de la persona con discapacidad para realizar por sí misma uno solo de los actos más esenciales de la vida y la correlativa necesidad de ayuda externa, para que proceda la calificación de gran invalidez, «siquiera se señala que no basta la mera dificultad en la realización del acto, aunque tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante» (STS de 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014). Esta añade que

a pesar de que el acto ha conseguido una cierta y loable adaptación a su nueva situación de ceguera prácticamente total, sin embargo y a pesar de esta adaptación no se puede decir que se trate de una persona plenamente autónoma, siendo que las patologías sufridas por el actor [...] le hacen precisar la ayuda de otra

persona para las actividades cotidianas de la vida diaria por su pérdida de visión especialmente los referidos a desplazamientos y administración de la medicación, necesidad esta que, a pesar de no ser permanente ni para todos los actos esenciales de la vida, en todo caso persiste y le coloca en situación de gran invalidez.

Este mismo criterio es seguido en la STS de 4 de diciembre de 2019 (rec. 2737/2017), que concede la GI a una persona trabajadora que padecía agudeza visual en ambos ojos inferior a 0,1, siendo las lesiones posteriores a su afiliación a la Seguridad Social. El TS declara que resulta irrelevante el hecho de que la persona trabajadora haya adquirido ciertas habilidades adaptativas que le permiten realizar sin ayuda de terceros alguno de los actos más esenciales de la vida o sin necesidad de que esa ayuda sea permanente, pues la solución contraria tendría un efecto desmotivador sobre la deseable reinserción de la persona afectada. Considera, por tanto, que la visión de una persona con esa agudeza visual y dioptrías simplemente se limita, en la práctica, a la percepción de luz, a ver bultos o dedos, pero en ningún caso permite a la persona un grado de autonomía plena.

En conclusión, esta teoría se basa en dos criterios interpretativos básicos objetivos. El primero de ellos considera que la ceguera o situación asimilada constituye por sí misma el citado grado invalidante, cuyo reconocimiento no puede quedar excluido cuando la persona trabajadora, tomando como base aspectos perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haya adquirido alguna de las habilidades adaptativas precisas para llevar a cabo alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente. El segundo parte de cuantificar el déficit que, sin llegar a anular la visión bilateral, debe ser calificada como «ceguera», en cuyo caso el TS ha fijado como valor de equivalencia la visión con corrección inferior a una décima en ambos ojos al entender que la merma que implica hace precisa la colaboración de otra persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida, por lo cual, en sí misma, constituye una GI, independientemente de que la ayuda de la tercera persona únicamente se requiera para actos específicos (STS de 28 de septiembre de 2022, rec. 3208/2019).

3.3.3. Tercera etapa: vuelta al criterio subjetivo

Finalmente, el TS (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 3980/2019) ha cambiado su criterio para volver al parámetro subjetivo, señalando de forma expresa que la doctrina del criterio objetivo no es correcta conforme a la legislación aplicable. Afirma que la objetivación de la dolencia como impeditiva para poder llevar a cabo los actos esenciales de la vida fue adoptada partiendo de un criterio legal que entiende que no pretendía dar carácter absoluto a la ceguera como situación legal de GI, pues el Decreto de 1963 no excluía la posibilidad de que esa situación de GI pudiera no darse cuando la readaptación y autosuficiencia de la persona invidente pudiera dejar de necesitar la asistencia de una tercera persona. Por tanto,

no acudiría al criterio de la mejoría en las dolencias, sino a lo esencial de lo que constituye la situación de GI, como es poder atender los actos más esenciales de la vida.

El TS considera que para declarar la GI por ceguera se requiere que la persona trabajadora necesite la asistencia de una tercera persona. Ello significa, por consiguiente, que el dato objetivo de tener una agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos no supone por sí mismo la declaración de la GI. Es decir, el TS estima que como el sistema de incapacidades laborales recogido en la LGSS, que se basa en fijar una lista de enfermedades y en el establecimiento de unos datos numéricos y porcentajes que tienen un impacto sobre la capacidad laboral, no ha sido aún desarrollado reglamentariamente, no se puede aplicar un criterio objetivo a efectos de calificar en uno u otro grado de IP. Por ello, concluye que la línea que se ha mantenido de fijar de forma objetiva unos parámetros sobre la ceguera no es correcta en el actual marco normativo, siendo necesario valorar aspectos subjetivos.

El TS estima, aplicando el axioma de que «no hay enfermedades sino enfermos», que se debe descartar el criterio objetivo de la dolencia para activar el derecho a la prestación por GI. Considera que se debe indagar en la vida personal de la persona trabajadora para concluir que si de las pruebas se acredita que la persona, a pesar de la ceguera, es capaz de realizar de forma independiente los actos más esenciales de la vida, no será calificada como GI.

El TS considera que la presencia de una enfermedad, ya sea la ceguera total u otra situación en la que confluyan dolencias relevantes sobre el sujeto –físicas o psíquicas–, ya sea acreedora de una IP en cualquiera de los otros grados, debe ir acompañada de una acreditación de que la persona no está en condiciones de atender los actos más esenciales de la vida. Se debe, pues, atender a las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprenden los actos más esenciales de la vida, se precisa de la asistencia de una tercera persona, pues ello no implica que las personas que la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal.

Por tanto, cabe entender que

la sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida ya que, en las incapacidades laborales de la LGSS no está todavía reglamentado el régimen de incapacidad permanente bajo ese sistema de listado de enfermedades, al que se refiere aquella norma, por lo que siendo evidente que un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, atendidas a determinadas circunstancias que le puedan rodear, como es la edad, el momento en el que la dolencia se presenta, situación anterior y posterior, etc., no es aceptable que, para la gran invalidez, la enfermedad como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 3980/2019).

Lo que no es asumible es que una situación de IP que está atendiendo a la necesidad de que una persona asista a quien está impedida para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida solo valore la enfermedad, cuando no es el marco jurídico aplicable, pues el legislador desvinculó este grado de la situación de IP absoluta de forma que es suficiente con que esté afectada de una IP, «ya sea por haber extendido aquella calificación a determinadas dolencias, como en su momento se realizó en accidente de trabajo para la ceguera total».

Ello significa, por consiguiente, que, con esta línea jurisprudencial, la ceguera no supone de forma automática la declaración de la GI, sino que habrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente, la capacidad residual para llevar a cabo otras actividades y tener autonomía en la vida diaria.

Por último, cabe destacar que el TS prevé que este cambio de criterio puede tener un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de las personas invidentes, de tal forma que argumenta que la legislación estatal en materia de derechos de las personas con discapacidad define la inclusión social dotándola de un contenido en el que nada tiene que ver el que se califique a una persona con discapacidad como persona que precisa la asistencia de una persona para las actividades más esenciales de su vida. El TS estima que no se incurre en desprotección ni desatención a las personas ciegas por el solo hecho de que la GI se analice desde un punto de vista subjetivo, ya que no se les priva del derecho, sino que este no será automático, sino que será calificado, al igual que para otras personas discapacitadas que puedan presentar otro determinado cuadro de dolencias y limitaciones funcionales, físicas, sensoriales o psíquicas, se les exige que pongan de manifiesto que precisan de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida y que va a ser remunerada con ese incremento de la pensión de IP que conlleva el reconocimiento de la GI.

4. Conclusión

La posición tradicional de nuestro TS ha sido la de configurar la ceguera como GI basándose en dos criterios interpretativos de carácter objetivo. Por un lado, entender que la ceguera o situación asimilada integra por sí misma el grado de GI, cuyo reconocimiento no puede excluirse cuando la persona beneficiaria, por factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haya llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente. Por otro lado, no se requiere que el déficit de agudeza visual implique una absoluta anulación de la visión, de tal forma que se ha asimilado a tal la visión por debajo de una décima en ambos ojos, al considerar que dicha merma exige la colaboración de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, constituyendo ello ya la situación de GI y a pesar de que la ayuda del tercero solamente la requiera para determinados actos.

Por tanto, no excluiría la calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan, con base en determinados factores, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceras personas.

No obstante, con el pronunciamiento de 2023, el TS retoma de nuevo el criterio subjetivo, alegando que debe aplicarse la literalidad de la norma, la cual expresamente exige que, para la calificación de GI, es necesario que la persona afectada requiera la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Por consiguiente, con este nuevo criterio, se aparta el criterio de objetividad de las dolencias para evolucionar hacia una individualización, en cada caso, particular que ponga de manifiesto que la persona que se va a declarar con GI precisa la asistencia de una tercera persona. La sola presencia de una determinada dolencia no permite, en este sentido, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida.

De cualquier forma, a mi parecer y al de un sector de la doctrina (Todolí Signes, 2023), no creo que sea este el criterio más acertado, pues cuando se trata de la ceguera o situación equiparable, se está ante una enfermedad de tal gravedad que hace suponer la necesidad de una tercera persona para que ayude en las funciones esenciales de la vida, no siendo razonable y adecuado indagar en su vida personal y subjetiva para analizar si requiere o no de ayuda en dicho caso concreto. Asimismo, como indica Todolí Signes (2023), «subjetivar la medicina tiene sus propios peligros», pues, por ejemplo, en Estados Unidos, desde que se han incorporado las escalas de dolor de forma subjetiva, se aumentó la prescripción de opiáceos, creando así una adicción a los medicamentos. En este sentido, si se procede a subjetivar las necesidades de las personas, se puede llevar a determinados riesgos como desincentivar la superación personal.

No obstante, otro sector estima que la doctrina del TS es correcta cuando afirma que, en el vigente marco regulatorio de la IP, no hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de GI por deficiencia visual deba merecer un tratamiento jurídico distinto al del resto de pensiones de IP. Considera, por consiguiente, que debe aplicarse la tesis subjetiva a todas las pensiones de IP (Cavas Martínez, 2023).

Referencias bibliográficas

- Albert Embuena, V. (2017). *La incapacidad permanente contributiva. Aspectos sustantivos y procesales*. Tirant lo Blanch.
- Aránguez Sánchez, T. (2018). Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social*. CEF, 422, 61-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1610>
- Bruna Reverter, J. (2012). *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*. Comares.
- Cavas Martínez, F. (2023). La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 4.
- INE (2020). Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2020. <https://imserso.es/el-imserso/documentacion/estadisticas/encuesta-discapacidad-autonomia-personal-situaciones-dependencia-edad-2020>
- ONCE (s. f.). La discapacidad visual. <https://www.once.es/dejanos-ayudarte/la-discapacidad-visual>
- Rodríguez Iniesta, G. (2016). Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente. En C. Sánchez Trigueros (Dir.ª), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (pp. 461-500). Aranzadi.
- Romero Coronado, J. (2010). La integración de lagunas de los periodos en los que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial. *Aranzadi Social*, 5(3), 33-41.
- Roqueta Buj, R., Sala Franco, T., Aradilla Marqués, M. J. y García Ortega, J. (2022). *El sistema de pensiones*. Tirant lo Blanch.
- Sempere Navarro, A. V. (2008). Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008, rec. 480/2007 (RJ 2008, 1984). *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 12, 29-41.
- Sempere Navarro, A. V. (2003). Gran invalidez de enfermo terminal. Comentario a la STS de 12 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4076). *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 7, 295-302.
- Todoí Signes, A. (27 de abril de 2023). *Se endurecen los requisitos para obtener la gran invalidez por ceguera*. *El Tribunal Supremo cambia su doctrina clásica STS 16/03/2023*. <https://adriantodoli.com/2023/04/27/se-endurecen-los-requisitos-para-obtener-la-gran-invalidez-por-ceguera-el-tribunal-supremo-cambia-su-doctrina-clasica-sts-16-03-2023/>

Raquel Poquet Catalá. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia, licenciada en Derecho por la misma y técnica superior en Prevención de Riesgos Laborales. Profesora acreditada como profesora titular, ayudante doctora y contratada doctora por ANECA con dos sexenios de investigación reconocidos (2008-2013 y 2014-2019). Autora de diversas monografías específicas en materia laboral, así como de múltiples artículos científicos en materia de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y prevención de riesgos laborales. <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

Sobre los límites del poder sancionador del Servicio Público de Empleo Estatal

A propósito de la **Sentencia del Tribunal Supremo 293/2024, de 14 febrero**

Daniel Pérez del Prado

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España)*
dpprado@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0001-7106-6769>

Extracto

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 731/2017, de 27 de septiembre, la jurisprudencia viene entendiendo que la mención que el artículo 271.1 g) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) hace a las obligaciones del artículo 299 de la LGSS se refiere única y exclusivamente a los traslados y estancias superiores a 15 días e inferiores a 12 meses o 90 días, respectivamente. Así, la prestación de desempleo se extingue por superar los umbrales máximos, pues serán traslados o estancias no amparados como causa de suspensión (art. 272 f) LGSS); o por salidas del territorio nacional superiores a 15 días no comunicadas al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) ni por él autorizadas, pero en este caso como consecuencia de la imposición de una sanción (STSS 71/2020, de 28 de enero, y 77/2024, de 19 de enero). Lo que se analiza en la sentencia objeto de este comentario son los límites de la sanción administrativa por infracción de lo dispuesto en los artículos 25.3 y 47.1 b) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, cometida por una beneficiaria de prestaciones por desempleo al incumplir ese deber de comunicar al SEPE la salida del territorio español por periodo superior a 15 días.

Palabras clave: prestación; desempleo; sanción; control; SEPE; suspensión; extinción.

Recibido: 24-05-2024 / Aceptado: 26-05-2024 / Publicado (en avance *online*): 12-06-2024

Cómo citar: Pérez del Prado, D. (2024). Sobre los límites del poder sancionador del Servicio Público de Empleo Estatal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 293/2024, de 14 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 141-149. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22337>

On the limits of the sanctioning power of the State Public Employment Service

Apropos of Supreme Court Ruling 293/2024,
February 14

Daniel Pérez del Prado

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España)*
dpprado@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0001-7106-6769>

Abstract

Since Supreme Court Ruling 731/2017 of 27 September, jurisprudence has understood that the mention that article 271.1 g) of the General Social Security Act makes the obligations of article 299 refer solely and exclusively to transfers and stays of more than 15 days and less than 12 months or 90 days respectively. Thus, the unemployment benefit is extinguished if the maximum thresholds are exceeded, since transfers or stays will not be covered as a cause for suspension (art. 272, f) General Social Security Act); or for departures from the national territory of more than 15 days not communicated to the State Public Employment Service nor authorized by it, but in this case as a consequence of the imposition of a sanction (Supreme Court Ruling 71/2020, of January 28 and 77/2024, of January 19). What is analysed in the ruling that is the subject of this commentary are the limits of the administrative sanction, for infringement of the provisions of articles 25.3 and 47.1 b) of the Law on offences and sanctions in the social order, committed by a beneficiary of unemployment benefits when she failed to comply with her duty to notify the State Public Employment Service of her departure from Spanish territory for a period of more than 15 days.

Keywords: benefit; unemployment; sanction; control; SEPE; suspension; termination.

Received: 24-05-2024 / Accepted: 26-05-2024 / Published (online preview): 12-06-2024

Citation: Pérez del Prado, D. (2024). On the limits of the sanctioning power of the State Public Employment Service. Apropos of Supreme Court Ruling 293/2024, February 14. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 141-149. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22337>

1. Marco jurídico

El artículo 272 de la [LGSS](#) declara, en lo que interesa al análisis de la [STS 293/2024, de 14 de febrero](#), objeto del presente comentario, que el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes: a) agotamiento del plazo de duración de la prestación; b) imposición de sanción en los términos previstos en el [texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS), y (...) f) traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1.

Debe recordarse que, conforme a este último precepto, el traslado implica cambio de residencia al extranjero con el propósito de búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, suspendiéndose la prestación cuando se realiza por un periodo continuado inferior a 12 meses. Por su parte, la estancia no exige un propósito particular, pero su duración no puede exceder los 90 días naturales, ya sea de forma continuada o no, por año natural. En caso contrario, se extingue la prestación. Tanto en un caso como en otro, el precepto añade que no tiene consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 299 de la LGSS. En este sentido, superado el mencionado umbral, se exige previa comunicación al SEPE y su expresa autorización.

De las obligaciones impuestas por este último precepto interesa destacar las de la letra b), «proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones», y las de la letra h), «solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones».

Como veremos inmediatamente, en el caso objeto de análisis es un hecho incontrovertido que la actora había realizado una estancia en el extranjero, pues había pasado fuera más de 15 días, que no había sido comunicada ni autorizada.

Ello determina la aplicación, por una parte, del artículo 25.3 de la LISOS, que considera infracción grave:

No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de incompatibilidad, suspensión o extinción del derecho [...], o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción siempre que por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación.

Conforme a la versión entonces vigente del artículo 47.1 b) de la LISOS (año 2018), la sanción que llevaba aparejada una infracción grave en materia de desempleo era la extinción de la prestación.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El SEPE reconoció a la actora una prestación contributiva por desempleo. Siendo beneficiaria, se traslada al extranjero, probablemente a su país de origen, para pasar prácticamente entero el mes de julio allí, regresando a España el 1 de agosto.

En la primavera del año siguiente, el SEPE dictó resolución por la que se declaró indebida la percepción de prestaciones por desempleo, exigiendo la devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde julio a enero por «salida al extranjero no comunicada al SEPE y autorizada por él» y acordando «extinguir la percepción de la prestación o subsidio reconocidos, *no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido*» (la cursiva es nuestra).

Ante esta resolución, la actora interpuso demanda que fue desestimada por el juzgado de lo Social. A continuación, recurrió en suplicación contra la sentencia del juzgado de lo Social, recurso que también fue desestimado por el tribunal superior de justicia (TSJ). En particular, los motivos aducidos por la sala para rechazar cada uno de los tres motivos de impugnación aducidos por la actora fueron los siguientes:

Por lo que hace al primer motivo de suplicación, en el que se alegaba indebida aplicación del principio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia, el TSJ lo desestima por apreciar la sala que no se citaban normas o jurisprudencia infringidas ni se razonaba sobre la pertinencia de la invocación.

Respecto del segundo motivo, en el que se denunciaba la infracción del artículo 47.1 b) de la LISOS, el TSJ razona que dicho artículo sancionaba la falta grave consistente en no comunicar las bajas en las prestaciones y que la sanción consiste en la extinción de la prestación, entre otras de prestaciones y subsidios por desempleo, siendo esa precisamente la sanción que se impuso.

Por último, la actora solicitaba la nulidad del inciso de la resolución del SEPE, que añade a la extinción: «no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido». Sin embargo, la sala también rechaza este motivo de suplicación, pues para el TSJ ello no constituye una sanción distinta a la prevista en la LISOS, sino un añadido que refleja una consecuencia derivada de la sanción e implícita en ella, esto es, la imposibilidad de que la prestación extinguida aproveche para el reconocimiento de nueva y distinta o, como señala el escrito de impugnación del recurso de suplicación, no poder acceder a prestaciones futuras cuando el requisito para acceder a ellas sea su agotamiento. Considera el TSJ que es indiferente que la resolución recoja o no ese añadido y entiende, además, que su supresión del texto de la resolución no tendría efecto alguno sobre la prestación extinguida o las futuras, pues la referida imposibilidad seguiría surtiendo efecto en los estrictos términos en los que se refiere, sin impedir causar nuevas prestaciones o subsidios por desempleo en los que el agotamiento de la prestación por desempleo previa no constituya uno de los requisitos necesarios para su reconocimiento.

En el recurso de casación por unificación de doctrina que da pie a la [sentencia objeto de este comentario](#), únicamente se recurre este último elemento, siendo la cuestión objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo si debe suprimirse la expresión «no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido».

3. Aspectos clave determinantes del fallo

Desde la [STS 731/2017, de 27 de septiembre](#), la jurisprudencia viene entendiendo que la mención que el artículo 271.1 g) de la [LGSS](#) hace a las obligaciones del artículo 299 de la [LGSS](#) se refiere única y exclusivamente a los traslados y estancias superiores a 15 días e inferiores a 12 meses o 90 días, respectivamente. Así, la prestación de desempleo se extingue por superar los umbrales máximos, pues serán traslados o estancias no amparados como causa de suspensión (art. 272 f) [LGSS](#)), o por salidas del territorio nacional superiores a 15 días no comunicadas al SEPE ni por él autorizadas, pero en este caso como consecuencia de la imposición de una sanción ([STSS 71/2020, de 28 de enero](#), y [77/2024, de 19 de enero](#)).

En efecto, lo que se analiza en la [sentencia objeto de este comentario](#) es la sanción administrativa, por infracción de lo dispuesto en los artículos 25.3 y 47.1 b) de la [LISOS](#), cometida por una beneficiaria de prestaciones por desempleo al incumplir ese deber de comunicar al SEPE la salida del territorio español por periodo superior a 15 días. En este sentido, coincide con la reciente [STS 77/2024, de 19 de enero](#).

A este respecto, la sala tiene establecido, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, que entre los principios ordenadores del derecho sancionador o, lo que es lo mismo, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, se encuentra el principio de

tipicidad, vinculado al mandato constitucional recogido en el [artículo 25.1 de la Constitución española](#) (CE), del que también se obtienen los principios de seguridad jurídica y taxatividad de las disposiciones sancionadoras.

El principio de tipicidad, según ya señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 144/2011, de 26 de septiembre, es una concreción del principio de legalidad que se contempla en el [artículo 25.1 de la CE](#), que se configura bajo lo que se conoce como «garantía formal y material». Así viene advirtiendo la jurisprudencia que:

- a) La garantía material se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (mandato de taxatividad o *lex certa*) las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, y jurisprudencia allí citada); b) La garantía formal, por su parte, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican las conductas y sanciones, toda vez que el término «legislación vigente» que contiene el artículo 25.1 de la CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas, STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único, y jurisprudencia allí citada).

El propio Tribunal Constitucional ha concluido que el artículo 25.3 de la LISOS se ajusta perfectamente a este principio, pues define con claridad que si se incurre en la infracción tipificada en él –no comunicar las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho–, la consecuencia que conlleva incumplir ese deber es la extinción de la prestación ([Auto del Tribunal Constitucional 171/2020, de 15 de noviembre](#)).

En concreto, debe tenerse en cuenta que lo que tipifica como infracción el artículo 25.3 de la LISOS es que no se haya comunicado la situación por la que la prestación pasa a estar suspendida y el momento en el que se produce. Dicho de otra forma, si la persona beneficiaria va a estar fuera del país más de 15 días, para que se mantenga como causa de suspensión, debe notificarlo y pedir autorización a la entidad gestora, de forma que si se incumple esta obligación, entonces ha de imponerse la sanción prevista en el artículo 47.1 b) de la LISOS. Nótese que el artículo 25.3 de la LISOS no está tipificando la falta de autorización, sino la falta de comunicación al SEPE de que se incurre en causa de suspensión porque se va a estar más de 15 días en el extranjero.

Hasta aquí la [sentencia](#) sigue la línea jurisprudencial más reciente. El hecho diferencial que aporta radica precisamente en el inciso incluido en la resolución del SEPE y que se convierte en protagonista al dudarse de que pudiera estar inserto en el tipo del artículo 25.3

de la LISOS. A saber: que se extingue la prestación, «no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido».

La primera opción interpretativa es la de la sentencia recurrida, que señala que es indiferente que la resolución del SEPE recoja o no ese añadido y entiende que, por ello, su supresión no tendría impacto alguno sobre la prestación extinguida o las futuras, pues la referida imposibilidad seguiría surtiendo efecto en los estrictos términos en los que se refiere, sin impedir causar nuevas prestaciones o subsidios por desempleo en las que el agotamiento de la prestación por desempleo previo no constituya uno de los requisitos necesarios para su reconocimiento.

La segunda es la sentencia de contraste, que tampoco niega que la extinción de la prestación de desempleo por la salida no comunicada ni autorizada del territorio nacional por un periodo superior a 15 días pueda tener la consecuencia de que no se pueda acceder a las prestaciones o subsidios a que se pueda tener derecho por agotamiento de la citada prestación por desempleo. Al contrario, reconoce que tal vez pueda tener ese efecto, pero señala que esa consecuencia no está prevista en la LISOS y no dependerá de la sanción impuesta de extinguir la prestación por desempleo, sino de si se reúnen o no los requisitos para tener derecho a la nueva prestación o subsidio solicitados, cuestión que habrá de examinarse en el momento de esa nueva solicitud.

En suma, de lo que se trata es de determinar los elementos integrantes del tipo sancionatorio y, por ello, en última estancia, los límites de la capacidad sancionadora de la Administración, en este caso, el SEPE, en relación con las prestaciones por desempleo.

Pues bien, la sala opta por la segunda opción, la sentencia de contraste. En efecto, el artículo 25.3 de la LISOS se limita a prever como posible sanción la extinción de la prestación por desempleo, sin realizar mayores precisiones, añadidos o concreciones, en particular sobre las consecuencias que aquella sanción extintiva pueda tener sobre futuras prestaciones o subsidios. Al encontrarnos ante una cuestión de derecho administrativo sancionador, se ha de aplicar rigurosamente el principio de legalidad (art. 25.1 CE y art. 27 Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público), al menos en su vertiente de garantía material y no de forma tan exigente –como sí ocurre con el derecho penal– en el plano de la garantía formal. Ello implica que se precisa una estricta predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, lo que exige una taxativa, clara y estricta tipificación.

Desde esta perspectiva, el añadido de la resolución del SEPE no se compadece con las exigencias derivadas de la jurisprudencia, pues impone una cuyo tenor literal va más allá de los estrictos términos del tenor literal de la norma, «por inocuo que pueda ser o dejar de ser el exceso terminológico en el que incurre aquella resolución» (FJ 3).

Esta última precisión que hace la resolución es importante, pues reconoce que, a efectos prácticos, como señalaba la sentencia recurrida, el añadido de la resolución no produce

ningún efecto pues, como ha señalado la jurisprudencia (*ad ex.* [STS 24 de enero de 2000, rec. 214/1999](#)), la extinción por sanción no equivale a cumplir el requisito de «haber agotado la prestación por desempleo», que exige el artículo 274.1 a) de la [LGSS](#), para acceder al subsidio. Como recuerda la sentencia, «una cosa es agotar la prestación (por llegarse a su duración máxima) y otra, distinta, sancionar con la extinción de dicha prestación (antes de agotar la duración que podría haber tenido)».

Lo que ocurre es que el derecho sancionador es un área tan delicada del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en sentido estricto, de tal suerte que, de conformidad con el principio de legalidad, la sanción deba limitarse escrupulosamente a lo que legalmente esté previsto, sin que pueda contener expresiones o añadidos que la legislación no contempla como integrantes de la sanción. En este sentido, la resolución busca cumplir una cierta labor propedéutica, previniendo potenciales excesos de la Administración en el ejercicio de facultad sancionadora, pero también con relación a la ciudadanía, al distinguir qué es y qué no es sanción.

4. Valoración crítica

Es muy probable que el inciso protagonista de esta [sentencia](#), el tantas veces repetido «no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido», haya podido obedecer a dos estrategias diferentes por parte del SEPE.

Por una parte, como el derecho sancionador tiene, entre otros objetivos, el de la prevención de las infracciones, desincentivándolas, es probable que la entidad gestora pretendiera hacer saber que las consecuencias de la transgresión del deber de informar sobre las salidas al extranjero cuando son por tiempo superior al 15 días no acaban, desde un punto de vista práctico, en la pérdida de la prestación, sino que tendría una consecuencia ulterior, la de no poder acceder al subsidio por agotamiento de la prestación. De esta forma se incrementa, aparentemente, la magnitud de la sanción y, con ello, su capacidad de desincentivo.

Si esta fue la intención, hace bien la sala en atajarla pues, al margen del aspecto formal de legalidad sobre el que descansa su argumentación, que es más que suficiente, existe otro práctico que contrarresta al de la misma índole que ha podido impulsar esta práctica y que subyace también a la argumentación del tribunal. Nos estamos refiriendo al hecho de que, en la práctica, la extinción por sanción imposibilita el acceso al subsidio, pues, como hemos señalado, «extinción» no equivale a «agotamiento». Aunque esto es así, es preciso recordar, desde el punto de vista contrario, que el agotamiento de la prestación no es equivalente tampoco al acceso del subsidio, pues, sin salirnos del artículo 274.1 a) y b) de la [LGSS](#), es preciso cumplir con el resto de requisitos, cumplimiento que además ha de verificarse en el momento de la solicitud. Así, por ejemplo, si se pierden las responsabilidades

familiares o se superan los umbrales de renta, aun cuando se hubiera agotado la prestación, no se causará el subsidio. Con ello queremos decir que, no solamente la falta de acceso al subsidio nada tiene que ver con la sanción desde un punto de vista formal, sino que, desde el práctico, no es equivalente, pues el agotamiento no es el único requisito que hay que cumplir y, por tanto, no hay automaticidad entre una cosa y la otra.

Por otra parte, es posible que el mencionado inciso fuera incluido por el SEPE en sus resoluciones con una intención meramente informativa y, por tanto, de una cierta economía procedimental, la de dar a conocer que esa extinción punitiva no equivale a agotamiento de la prestación y que la persona desempleada debe abstenerse de solicitar el subsidio, por otro lado, vía normal de actuación dada la estructura de nuestro sistema de protección por desempleo.

Pero debe pensar la sala que «el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones» y de ahí que crea que sea preferible optar por su supresión también desde esta otra perspectiva. Desde un punto de vista meramente formal, de nuevo, no le falta a la sentencia razón al afirmar que ese efecto colateral no es sanción y que, por tanto, la administración no ha de confundirla con ella. Desde el plano eminentemente práctico, si el SEPE entendiera que esta información es de utilidad a efectos informativos para la ciudadanía, podría mantenerla, pero dejando muy claro que se trata de un efecto colateral derivado de que «extinción por sanción» no equivale, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, a «agotamiento» y que, en ningún caso, forma parte o es un elemento añadido a la sanción impuesta. En este sentido, quizá lo más apropiado sería precisamente señalar que la sanción no impide en modo alguno el acceso a otras prestaciones si reúne los requisitos, pero que, en ningún caso, la extinción equivale a agotamiento a los efectos de lo dispuesto en el artículo 274.1 a) de la LGSS.

Al margen de las anteriores reflexiones, interesa destacar que, desde la reforma operada por la [disposición final segunda.Cinco del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo](#), en vigor el 1 de noviembre de 2024 (según establece su [disp. final decimocuarta.2](#)), la sanción consistente en la extinción de la prestación será sustituida por una escala en la que solo se causa aquella en la tercera sanción grave.

Igual salario a trabajo de igual valor: ¿qué parte del principio no se entiende en la universidad pública para el personal investigador doctor?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 426/2024**, de 6 de marzo

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

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

Extracto

El sistema financiero de la investigación universitaria, que se basa en promover que las universidades acudan constantemente a convocatorias externas para la captación de recursos y talento, determina que se multiplique la diversidad de situaciones jurídicas de personal investigador. Esta diferencia de convocatorias entra en conflicto con el principio de igualdad retributiva. De ahí que sean frecuentes los conflictos colectivos en reivindicación de la igualdad, cuya *vis expansiva* se afirma en la jurisprudencia. Esta, sin embargo, suele hacer un juicio de trazo grueso sobre la razonabilidad de esas diferencias, pese a encontrar fundamento en las recientes leyes.

Palabras clave: universidades; investigación; personal investigador; igualdad retributiva; derecho comunitario; contratos de trabajo; negociación colectiva.

Recibido: 04-06-2024 / Aceptado: 05-06-2024 / Publicado (en avance *online*): 13-06-2024

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2024). Igual salario a trabajo de igual valor: ¿qué parte del principio no se entiende en la universidad pública para el personal investigador doctor? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 426/2024, de 6 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 150-159. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22355>

Equal salary for work of equal value: what part of the principle is not understood in the public university for doctoral research personnel?

Commentary on Supreme Court Ruling 426/2024,
March 6

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

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

Abstract

The financial system of university research, which requires public universities to continually attend external calls to attract financial resources and research talent, multiplies the diversity of contractual employment situations of research personnel. This financial difference in calls comes, with some frequency, in conflict with the principle of equal pay. Hence the many collective conflicts that demand equal pay, the expansive nature of which is affirmed in jurisprudence. This, however, usually makes a broad judgment about the reasonableness of these differences, despite finding a basis in the recent laws of science and universities.

Keywords: universities; research; research personnel; equal pay; community law; employment contracts; collective bargaining.

Received: 04-06-2024 / Accepted: 05-06-2024 / Published (online preview): 13-06-2024

Citation: Molina Navarrete, C. (2024). Equal salary for work of equal value: what part of the principle is not understood in the public university for doctoral research personnel? Commentary on Supreme Court Ruling 426/2024, March 6. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 150-159. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22355>

– [...] Sin embargo, todo salió al revés de como estaba previsto –apuntó la señora Grassiela–. ¿Por dónde falló el plan?

– Por donde siempre –dijo Irina sin mucha convicción–: el factor humano.

Eduardo Mendoza (*Tres enigmas para la Organización*)

1. Marcos normativos: un enésimo conflicto entre la vieja «ley-cultura jurídica de la convocatoria» y la nueva «ley-cultura jurídica comunitaria» general

En la –siempre desbordante y cada vez más desbordada– gestión del personal de investigación en las universidades públicas ha venido dominando la llamada «ley de la convocatoria». Para cualquier servicio de investigación universitaria, del mismo modo que la «ley suprema» en las condiciones de financiación de los programas de los que trae causa son los «conceptos subvencionables» y «gastos elegibles», para las condiciones de empleo y trabajo de esta –conflictiva– tipología de «recursos humanos», habrá que estar a la no menos «ley suprema» de su convocatoria, puesto que su financiación depende de los fondos que en ella se establecen. Sin duda, se trata de una –pesada– herencia de la más típica «cultura de gestión público-administrativa», en virtud de la cual, y siempre dentro de la mayor ortodoxia del derecho (público) presupuestario, el programa (por lo general externo a la universidad pública, extramuros de su célebre capítulo I, el propio del personal de plantilla) que fija la (ansiada) financiación tiene el poder de determinar la retribución, por supuesto, atendiendo, en todo caso, a los límites legales establecidos.

En suma, la convocatoria pública de programas para la incorporación de personal de investigación, financiando su contratación laboral, decide la retribución (quien paga, decide), aunque en cada convocatoria fije condiciones económicas diferentes. No es ajena esta concepción al último inciso del [artículo 22.1 e\) de la Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación (LCTI), introducido por la [Ley 17/2022, de 5 de septiembre](#), cuando libera a las universidades del duro trámite de autorización previa por la comunidad autónoma, cuando el contrato se vincula «en su totalidad a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su

totalidad». Es evidente que si la financiación es externa, la veda de la contratación por la caza del contrato se abre (Ramón y Cajal, Margarita Salas, Juan de la Cierva, Mari Curie, etc.), aunque luego se agolpen los sobresaltos.

Tampoco la autonomía colectiva del ámbito universitario está libre de la seducción por esta concepción del predominio de la «ley de convocatoria». Un significativo número de los convenios del personal contratado investigador remite para las retribuciones a las convocatorias específicas. Es el caso del –aquí relevante– [Convenio colectivo del personal docente e investigador \(PDI\) de la Universidad del País Vasco –UPV/EHU–](#) (BO del País Vasco de 31 de diciembre de 2010). La autonomía colectiva contribuye así a las ganancias de flexibilidad de gestión del personal investigador, favoreciendo la carrera por la captación de talento, aunque luego haya notables dificultades para su estabilización.

Por eso, cuando irrumpen predominantes en las leyes de ordenación de este personal (leyes de la ciencia, leyes universitarias) las reglas y principios jurídicos típicos del derecho del trabajo, el conflicto será radical. No será solo un desencuentro entre diversas leyes (administrativas y laborales), sino entre culturas. Conflicto que verá un notable agravamiento cuando al entramado jurídico-laboral constitucional (arts. 9.2 y 35 Constitución española –CE–) y estatutario común ([art. 28 Estatuto de los Trabajadores](#)) se añada el comunitario (ej. [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada). La experiencia de gestión universitaria y de litigiosidad jurídica en esta materia de la última década está plagada de ejemplos, sea en relación con la cláusula 4 de la [directiva](#) (principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo), sea en lo que concierne a la cláusula 5 (prohibición de abuso de temporalidad y obligación de adoptar medidas efectivas y disuasorias).

En la actualidad, y en espera de una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), instada por el Tribunal Supremo –TS– (que busca repetir su éxito en [Diego Porras II](#), en su revuelta contra el ninguneo de tanta cuestión prejudicial que le altera las doctrinas más consolidadas, con algo de «trampa» en el planteamiento de las preguntas, claro), la mayor atención (de todo empleo público temporal, más allá de las universidades) se centra en la comprensión aplicativa de esta segunda cuestión (no es casual que la sísmica [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024](#), tenga, entre sus protagonistas, una universidad, la UNED –la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 318/2024, de 10 de abril](#), resuelve, en medio de un convulso debate interno, que no hay fijeza para el personal indefinido no fijo que no pasa por el filtro del proceso selectivo). Pero el ámbito de la cláusula 4 sigue dando lugar a numerosos conflictos derivados de la gestión laboral, muy especialmente retributiva, del personal universitario de investigación. Y ello pese a que, en el asunto analizado en esta glosa, sea la ley ([art. 22.1 e\) LCTI](#)) sea el convenio colectivo ([art. 32.2 del Convenio colectivo aplicable a la UPV-EHU](#)), parecía no dejar duda alguna sobre la aplicación del principio de igualdad retributiva.

2. Relato de hechos: las circunstancias fácticas para la solución jurídica del caso

En esta fiebre universitaria, alentada por un (a menudo perverso) sistema estatal de financiación asentado en la discontinuidad e intermitencia de financiación sobre la base de programas externos anuales, en la «captación de talento» investigador en posesión del título de doctor/a, la UPV/EHU conoce 4 convocatorias diferentes de personal para la investigación. La propia, la que alimenta el Gobierno vasco (41 contratos del programa postdoctoral de perfeccionamiento de personal investigador doctor) y 2 de ayudas estatales, Ramón y Cajal y Juan de la Cierva, reguladas –también a efectos retributivos– por las resoluciones de la Agencia Estatal de Investigación (2017-2020). En estas consta que la cofinanciación es un mínimo retributivo y que la UPV-EHU debe complementar dicha retribución. Los contratos firmados se celebraron de acuerdo con el [artículo 22 de la LCTI](#) (hoy «contrato de acceso de personal investigador doctor», en su día, antes de la reforma por la [Ley 17/2022](#), «contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación» –CASECTI–). Asimismo, en aplicación del artículo 32.3 del [II Convenio colectivo del PDI de la UPV-EHU](#), su [Consejo de Gobierno ratificó en 2021 el acuerdo interpretativo de la Comisión Paritaria que abogaba por la igualdad retributiva ex artículo 22.1 e\) de la LCTI](#).

La situación, en definitiva, era la de una diferente remuneración percibida por el personal doctor investigador afectado por este conflicto respecto a la percibida por el personal doctor investigador contratado directamente por la UPV, sin sujetarse a planes de ayudas. El sindicato más representativo autonómico presentó varias demandas de conflicto colectivo, a las que se adhieren los demás sindicatos, pretendiendo, en aplicación del citado [artículo 22.1 e\)](#), que se aplique la misma retribución a todo el personal doctor/a de la UPV-EHU: 35.100 euros al año. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó la demanda.

De un lado, rechaza la larga lista (es muy habitual en estos procesos, huella de esa cultura de gestión administrativa) de excepciones procesales. En síntesis, para la sala social vasca no había problema de competencia objetiva a favor de la Audiencia Nacional. No estaban en juego las normas de la convocatoria estatales, sino la aplicación concreta que estaba haciendo la UPV-EHU, ni litisconsorcio pasivo necesario –[art. 12.2 Ley de Enjuiciamiento Civil](#)– respecto del Gobierno vasco, que no es empleador, sí sujeto competente para fijar la retribución del personal autonómico, conforme a las leyes universitarias, estatal –[art. 87 Ley orgánica 2/2023, de ordenación del sistema universitario](#) (LOSU) y autonómica. Tampoco hubo falta de agotamiento de trámites previos, pues constaba el acuerdo interpretativo de la comisión paritaria. Entrando en el fondo, concluye que era de aplicación el principio de igualdad retributiva ex [artículos 9, 14 y 35](#) de la CE, así como el [artículo 22. 1 e\) de la LCTI](#) («la retribución de este contrato no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice actividades análogas») y el artículo 32 del [convenio colectivo](#).

Presentado el recurso de casación ordinaria, el Ministerio Fiscal vino a coincidir con la posición defendida por el servicio jurídico de la UPV-EHU. De ahí que pidiera la estimación. De un lado, por el diferente origen contractual de unas relaciones y otras, pues aquellas basadas en convocatorias externas obedecerían a unas normas de convocatoria diversas a las internas (ni los requisitos de acceso, ni el número de plazas, ni la duración prevista ni la dotación económica coincidirían). De otro lado, existiría una habilitación en la ley de universidades (entonces [Ley orgánica 6/2001, de universidades](#) –LOU–, hoy [art. 77 de la LOSU](#)), para contratar a múltiples figuras de personal, abriendo diferencias retributivas. Diversidad, según ley de convocatoria y su origen contractual que, finalmente, también estaría presente en el convenio. Por tanto, no estaríamos ante situaciones objetivamente comparables de las que pueda predicarse la igualdad salarial, so pena de acabar con la diversidad de carreras y trayectorias.

3. La doctrina jurisprudencial: síntesis de razonamientos para el fallo

No comparte la Sala IV del TS el criterio del Ministerio Fiscal. Desestimaré el recurso de casación. Para el TS, con criterio fijado por unanimidad, sin votos particulares, sí es válido el término de comparación contractual entre unas retribuciones del personal docente investigador contratado «externamente», por medio de programas de ayuda (el afectado por el conflicto), y las de otro personal docente investigador, el contratado «directamente» por la universidad (personal propio), pues no constaría en el relato de hechos probados diferencia objetiva alguna entre sus funciones que permitiera apreciar una justificación objetivamente razonable a la diferencia retributiva. Todo el personal afectado tiene la titulación de doctor/a y es personal trabajador contratado por la UPV-EHU mediante un programa de ayudas para realizar tareas investigadoras. Su retribución ha de ser la misma que el personal investigador directamente contratado por la UPV-EHU sin ayudas externas para realizar también labores de investigación, siendo su finalidad la misma y las condiciones de desarrollo análogas: adscripción a grupos y centros de investigación para su perfeccionamiento y maduración investigadora (FJ Cuarto, puntos 3 y 4).

En este sentido, ninguno de los criterios propuestos por la UPV-EHU para justificar el trato retributivo diferenciado tendría validez «desde la óptica del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación». Así:

- Ni la posibilidad de cambiar de centro en el caso de la contratación externa (arts. 33 y 76 de las convocatorias estatales), a diferencia de los contratados directos por la UPV-EHU, porque este cambio implicaría el cese en la retribución a cargo de la UPV-EHU, siendo la misma asumida por el nuevo centro.

- Ni la cesión de la titularidad sobre las patentes, publicaciones o modelos de utilidad a favor de la UPV-EHU, presente en la contratación directa (base 7.8 de la convocatoria de la UPV-EHU), silenciada en las convocatorias estatal y autonómica. Lo esencial sería las labores que desarrollan los colectivos comparados, que son en ambos casos la investigación.
- Ni la diferencia de requisitos de acceso (idioma o currículum), pues lo relevante es la titulación exigible, que es idéntica (doctorado).
- Ni tampoco la posibilidad o no de prórroga de los contratos, porque tendría que ver con una condición de empleo futuro, no propiamente de trabajo presente.

4. Valoración de la doctrina más allá del caso: ¿la universidad no entiende la igualdad (contractual) laboral o el TS no comprende la diversidad (financiera) universitaria?

4.1. La incompreensión universitaria del imperativo laboral de igualdad salarial por encima de las reglas de diferenciación de las fuentes de financiación

En sí misma considerada es importante la jurisprudencia reafirmada por el TS en este asunto y lanza un importante «mensaje a navegantes» para las universidades que puedan estar en la misma situación (que las hay, pero en modo alguno todas, pues son muchas las que sí se ajustan al [art. 22. 1 e\) LCTI](#)). Pero, a mi juicio, su significación va más allá del asunto concreto y tiene, o puede tener, notables proyecciones en futuros conflictos, también sobre cuestiones retributivas del personal docente y/o investigador, diferentes al suscitado y resuelto por la [STS 426/2024, de 6 de marzo](#). Y ello porque, como apunté en la introducción de este diálogo jurisprudencial, evocación del antiguo y noble método de los glosadores (que no de la mera exégesis), el problema de fondo no es el de una mala praxis retributiva concreta, sino el de las disfunciones de un entero modelo legal e institucional de financiación de la investigación. Esta está atribuida con preferencia a la universidad, internalizándola como función esencial de la *alma mater*, pero la deja al albur de las carreras de captación de financiación externa, según un sistema competitivo e intermitente, que dificulta su integración-equiparación plenas.

Ni la reciente reforma de la ley de la ciencia (ej. [art. 23 bis LCTI](#)) ni de la universidad ([LOSU](#)) han resuelto este grave problema, al contrario, lo han agudizado. Prueba de ello es que, poco más de un año después de entrar en vigor la [LOSU](#), con dilatadas transitorias, se han realizado reformas de aplazamiento de algunas medidas señeras (y discutibles, también) dirigidas a la estabilización de diferentes categorías de personal universitario. Una estabilización y mejora de carreras dificultadas, cierto, ya sea por los problemas de complejidad

en su gestión como –sobre todo– por la persistente falta de financiación idónea (disp. final cuarta Ley 1/2024, de 7 de junio, por la que se regulan las enseñanzas artísticas superiores y se establece la organización y equivalencias de las enseñanzas artísticas profesionales).

Que el mundo de la regulación y gestión universitaria mantiene especificidades con significación digna de protección es innegable. Así lo evidencia la habilitación legal a una multiplicidad de formas y tipologías de contratación, incluso con una misma titulación de referencia (aquí básicamente la condición de persona doctora). Pero ese singular mundo de lo universitario debe tratar de entender también que esa especificidad no la hace inmune a principios axiales del derecho social de nuestro tiempo, como el relativo a la igualdad retributiva por trabajos de igual valor, de fundamentación comunitaria, independientemente de que la relación sea temporal o indefinida, de contratación interna o mediante financiación externa. Y si no es capaz de alcanzar ese entendimiento, una y otra vez se dará de bruces contra una consolidada doctrina expansiva del TS.

Esa visión expansiva (a veces algo laxa, de trazo demasiado grueso, pese a que en el seno de la Sala IV haya 3 catedráticos –no hay catedráticas aún, nunca las ha habido, es- pero y deseo que cambie pronto; letradas con esa condición académica sí hay–) queda reflejada en la [sentencia comentada](#). Remite a un precedente pese a que reconoce que no es ni la misma problemática (igualdad de trato entre personal docente e investigador temporal y el indefinido) ni cuestión, pero sí se trata de desigual retribución de personal investigador, en este caso temporal. Por lo que debe imponerse la *vis expansiva* de la construcción sea del criterio referencial (situaciones objetivamente comparables), sea del principio jurídico, constitucional y comunitario ([Auto del TJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-443/16](#)) de igualdad retributiva. Se trata de la [STS 70/2023, de 25 de enero](#) (universidades públicas madrileñas), que reconoce el derecho del personal temporal que hace actividad investigadora a que se le evalúe y, según el resultado, se le reconozca el complemento. Justa equiparación retributiva que, sin embargo, sigue coleando en la práctica, por las constantes resistencias universitarias a su implantación normalizada, sin tener que estar pendientes de constantes demandas de conflicto colectivo.

4.2. Incomprensión judicial de la fisiológica diversidad contractual de personal universitario sobre la base de un (pre)juicio de sospecha de fraude

Sin duda, la LOSU ha sido consciente de esta doctrina jurisprudencial expansiva. Por eso ha adoptado medidas específicas para tratar de «rectificarla» o desactivarla. Así se desprende tanto del [artículo 79 b\)](#) (profesorado asociado, ahora indefinido) como del [artículo 80.1 b\)](#) (profesorado sustituto –ahora ya sin la «i» de «interinidad»–).

En este segundo caso (la modalidad de profesorado sustituto *ad hoc* es una fuente de constantes conflictos y crecerá con el tiempo) se resalta expresamente que no podrá realizar

funciones de investigación, por lo que quebraría legalmente la posibilidad de estar en una situación objetivamente comparable retributiva. Una exclusión legal muy discutible, pero es una expresión de ley orgánica que debe respetarse. En el caso del personal asociado, pese a que puede tener la condición de doctor/a y ahora es también indefinido, expresamente se insiste en que su función es puramente docente y vinculada a la práctica profesional que habilita su contratación. Por lo que, una vez más, se debería entender que es la ley la que impide acudir al canon de control de igualdad relativo a las situaciones de comparabilidad objetiva a efectos retributivos. Naturalmente, otra cosa serán las situaciones en que se incurra en una mala praxis de gestión o, sin más, en formas de fraude, lamentablemente muy extendidas en las universidades públicas, no por una sustancial perversidad gestora, sino por falta de la debida financiación. Pero se supone que la [LOSU](#) –ahora aplazada en su aplicación, como se dijo– pretende resolver de forma definitiva ambos problemas (la falta de financiación y la mala praxis como remedio).

La más reciente actualidad judicial respecto de la retribución de esta figura –siempre conflictiva– parece evidenciar que la incompreensión mutua entre «lo laboral-retributivo» y «lo universitario-contractual» va a continuar. La [Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 18 de Valencia de 17 de abril del 2024](#), que ha declarado el derecho de 42 profesores asociados a percibir la misma remuneración que sus homólogos a tiempo completo, en proporción al número de horas de docencia que tengan asignadas en virtud de sus contratos a tiempo parcial, exhibe esa convicción judicial de que todo profesorado debe tener un régimen salarial equiparable al de los docentes universitarios en posesión de la acreditación y con funciones más amplias (y distintas). No puede entrar aquí en las varias particularidades del caso, que seguramente condiciona la decisión, pero tampoco se puede eludir la observación aquí referida, según la cual, más allá del caso particular, en esta decisión anida la convicción judicial de que el principio es la igualdad retributiva y que la realidad es la del masivo «fraude universitario», con «explotación espuria» del afanado personal asociado. Evidentemente, toda generalización es injusta y convendría que ambas partes, universidades y jurisprudencia, se esforzaran más por entenderse, por empatizar y aplicar las leyes de forma adecuada, no con trazo grueso.

El TS insiste en que siendo la investigación científica fundamento esencial de la docencia (una ficción en la que se ha incurrido en todos los ejercicios de cátedra y, a su estela, de titularidad) y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad, función esencial de la universidad (esto sí es correcto), debe ser un derecho y deber de todo personal docente e investigador (arts. 39 y 40 LOU). Ahora bien, esa visión –algo utópica e idealista–, de un lado, se realiza en virtud de la [LOU](#), ya derogada, sin que tenga estrictas proyecciones en la [LOSU](#), que, como hemos visto, trata de establecer ciertas diferencias al respecto según el tipo de personal docente y/o investigador; de otro, la jurisprudencia debe tener en cuenta que esa actividad esencial universitaria, sin duda, no se financia normalmente mediante fondos propios, sino que la ley sigue queriendo hacerla depender de financiaciones que están fuera de su control y que se abren a mecanismos de intermitencia y competitividad,

sin que haya, lamentablemente, estructuras financieras estables. El [artículo 62 de la LOSU](#) es inequívoco al respecto, al dotar de autonomía funcional las estructuras propias de la investigación, como son los proyectos, pues dependen de convocatorias externas en su gran mayoría.

Por supuesto, cualquier laboralista sabe que el TS siempre ha separado de forma clara la forma de financiación del tipo contractual (ej., a efectos de las políticas de empleo y los contratos celebrados por mor de las convocatorias y programas específicos), por lo que la clave en la respuesta jurídica debe estar en el desenvolvimiento de la actividad. Ahora bien, no menos verdad es que el marco legislativo universitario y también el que le sirve de soporte para su sostenibilidad en el ámbito de la investigación, la financiación intermitente y por programas intermitentes, marca diferencias que no deberían ser tan infravaloradas por la jurisdicción que, en realidad, las «desprecia», haciendo un juicio en exceso genérico, ajeno tanto al sentido profundo de ciertas diferencias legales como a las prácticas de gestión de muchas universidades que sí respetan (otras no) la diferencia. En consecuencia, deberíamos saber llegar a un justo equilibrio (como gusta recordar a los tribunales europeos –Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TJUE–), de modo que la gestión universitaria comprenda que la laboralización implica cambios, legales y culturales y de gestión, pero también que la jurisprudencia social entienda que hay diferencias atendibles en el universo laboral universitario, que no todo es igual ni reflejo de extendidas malas prácticas (o fraude).

Sobre la indemnización (ni adecuada, ni reparadora, ni disuasoria) por despido improcedente

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024)**

Xosé Manuel Carril Vázquez

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

Universidade da Coruña (Galicia-España)

International Expert Consultant of the Council of Europe (Department of the European Social Charter)

lucasius@udc.gal | <https://orcid.org/0000-0001-9860-8097>

Extracto

España incumple en muchos aspectos la Carta Social Europea –CSE– (tanto originaria como revisada) y se ha mostrado renuente a cumplirla, a pesar de haberla ratificado e incorporado a nuestro ordenamiento interno con su publicación en el BOE y, en consecuencia, estar sujetos a la misma todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) del Estado y lógicamente el resto de poderes públicos (estatales, autonómicos, provinciales y locales). Según el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), uno de dichos aspectos es el relativo al derecho a una indemnización adecuada (del art. 24 CSE) en el caso de nuestro despido improcedente, sobre el que existe ya jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores de justicia que –al margen de cambios normativos que pueden hacerse al respecto– acabará propiciando la intervención del Tribunal Supremo. La sentencia aquí analizada, concedora de esta jurisprudencia, reconoce el pago de una indemnización adicional porque la tasada legalmente por despido improcedente no es adecuada, ni tampoco reparadora ni disuasoria, tras analizar el impacto en nuestro derecho interno tanto de la CSE como del CEDS.

Palabras clave: despido improcedente; indemnización adecuada; Carta Social Europea; España; incumplimiento; jurisprudencia; Tribunal Supremo.

Recibido: 13-06-2024 / Aceptado: 13-06-2024 / Publicado: 02-07-2024

Cómo citar: Carril Vázquez, X. M. (2024). Sobre la indemnización (ni adecuada, ni reparadora, ni disuasoria) por despido improcedente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 160-170. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22389>

On compensation (neither adequate, nor restorative, nor dissuasive) for unfair dismissal

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Basque Country of 23 April 2024 (rec. 502/2024)

Xosé Manuel Carril Vázquez

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

Universidade da Coruña (Galicia-España)

International Expert Consultant of the Council of Europe (Department of the European Social Charter)

lucasius@udc.gal | <https://orcid.org/0000-0001-9860-8097>

Abstract

Spain is in breach of the European Social Charter (both original and revised) in many respects and has shown itself to be reluctant to comply with it, despite having ratified it and incorporated it into our domestic legislation with its publication in the BOE and, consequently, all the powers (legislative, executive and judicial) of the State and logically the rest of the public authorities (state, autonomous, provincial and local) are subject to it. According to the European Committee of Social Rights, one of these aspects relates to the right to adequate compensation (article 24 of this Charter) in the case of our unfair dismissal, on which there is already contradictory case law from the High Courts of Justice which — apart from any regulatory changes that may be made in this respect — will eventually lead to the intervention of the Supreme Court. The judgement analysed here, aware of this case law, recognises the payment of additional compensation because the legally established compensation for unfair dismissal is neither adequate, nor reparatory, nor dissuasive, after analysing the impact on our domestic law of both the European Social Charter and the European Committee of Social Rights.

Keywords: unfair dismissal; adequate compensation; European Social Charter; Spain; non-compliance; case law; Supreme Court.

Received: 13-06-2024 / Accepted: 13-06-2024 / Published: 02-07-2024

Citation: Carril Vázquez, X. M. (2024). On compensation (neither adequate, nor restorative, nor dissuasive) for unfair dismissal. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Basque Country of 23 April 2024 (rec. 502/2024). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 160-170. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22389>

A Carmen Salcedo Beltrán
(cuya recusación nos ha indignado).

1. Marco jurídico

En esencia, el marco jurídico se contiene en el fundamento de derecho (FD) segundo de la [sentencia](#) y viene configurado por las alegaciones del recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Oñati y por la impugnación que el trabajador hace del recurso en cuestión. El ayuntamiento (o parte recurrente)

alega la infracción [...] del artículo 110 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 4 y 10 del Convenio 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, así como la jurisprudencia que interpreta los citados preceptos.

Y el trabajador (o parte impugnante), que se reitera en los criterios de la sentencia de instancia,

acude a la doctrina autonómica STSJ Cataluña n.º 3812/21 de 14 de julio, como así ha sido interpretada en la sentencia de instancia con aplicación de los artículos 4 y 10 del Convenio n.º 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, y [...] los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil.

En concreto, se distinguen dos grandes apartados de fuentes jurídicas directas de conocimiento, dado que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) recurre a «preceptos» y a «jurisprudencia» (o si se prefiere, a leyes y casos) «para dar respuesta a la cuestión». El primero, de fuentes normativas (principalmente internacionales y estatales), está formado por el [Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#), sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982; la [CSE \(revisada\) de 1996](#); 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; la [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social; el [Real Decreto de 24 de julio de 1889](#), por el que

se publica el Código Civil; la [Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), de tratados y otros acuerdos internacionales, y la [Constitución española de 1978](#). Y el segundo apartado, de fuentes jurisprudenciales, incluye las que emanan de los órganos de la jurisdicción social [por orden de cita, en esencia, Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de [28 de enero de 2013](#) (rec. 149/2012), [22 de enero de 2008](#) (rec. 3995/2006), [27 de enero de 2009](#) (rec. 602/2008), [22 de noviembre de 2007](#) (rec. 3907/2006) y [5 de mayo de 2015](#) (rec. 2659/2013); Sentencias del Tribunal de Justicia –SSTSJ– de [Cataluña de 23 de abril de 2021](#) (rec. 5233/2020), [14 de julio de 2021](#) (rec. 1811/2021), [11 de noviembre de 2022](#) (rec. 3368/2022) y [30 de enero de 2023](#) (rec. 6219/2022), de [Navarra de 24 de junio de 2021](#) (rec. 198/2021), de [Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021](#) (rec. 103/2021), de [Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2021](#) (rec. 2158/2022), de [Asturias de 19 de octubre de 2021](#) (rec. 1905/2021), de [Madrid de 26 de mayo de 2022](#) (rec. 264/2022), de [Galicia de 26 de septiembre de 2023](#) (rec. 2317/2023) y del [País Vasco de 1 de junio de 2021](#) (rec. 901/2021), [23 de marzo de 2021](#) (rec. 360/2021) y [12 de julio de 2022](#), (rec 1539/2022)]; del Tribunal Constitucional ([Auto 43/2014, de 12 de febrero](#), con rica explicación de su doctrina, y [Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre](#)); del CEDS [por orden de cita, Decisiones de [8 de septiembre de 2016](#) (106/2014, de admisibilidad y de fondo), *Finnish Society of Social Rights v. Finland*; [11 de septiembre de 2019](#) (158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italia*; [23 de marzo de 2022](#) (160 y 171/2018), *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France* y *Confédération générale du travail (CGT) v. France*; [5 de julio de 2022](#) (175/2019), *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*; [19 de octubre de 2022](#) (181 y 182/2019), *Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube v. France* y *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*; [24 de marzo de 2024](#) (207/2022), *Unión General de Trabajadores (UGT) v. Spain*], y de la *Cour de Cassation* de Francia [Sentencias de [11 de mayo de 2022](#) (recs. [21-14.490](#) y [21-15.247](#))].

2. Síntesis del supuesto de hecho

El trabajador, al tiempo que prestaba sus servicios para una empresa con un contrato de trabajo indefinido (desde el 1 de marzo de 2021), participa en un proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Oñati que concluye con su inclusión en una bolsa de trabajo. Por esta razón, el ayuntamiento le realiza «una oferta de trabajo expresa» (con fecha de 9 de marzo de 2023) que, en esencia, suponía un contrato de trabajo temporal (interinidad por vacante hasta la provisión de la plaza mediante el correspondiente proceso selectivo) a tiempo completo, con una duración mínima de 1 año y una máxima de 3 años y un salario anual bruto de 32.750 euros (repartido en 14 pagas). Interesado en las condiciones ofrecidas (y requerido para dar respuesta «cuanto antes», dado que la fecha de inicio del trabajo ofertado era también «cuanto antes»), el trabajador formaliza su dimisión con la renuncia a su contrato indefinido en la empresa en la que estaba prestando servicios, causando baja en la misma con fecha de 24 de marzo y suscribe el correspondiente contrato de trabajo temporal con el Ayuntamiento de Oñati días más tarde, con fecha de 27 de marzo de 2023.

Pero, tras iniciar su nuevo trabajo, se le comunica de forma verbal que ha habido «un error en la contratación» y que «su último día de trabajo en el ayuntamiento» era, en realidad, el 30 de abril de 2023, entregándole para tales efectos «un certificado de empresa para tramitar la prestación por desempleo, donde figura que con (la citada) fecha 30.04.2023 se extingue la relación laboral por “fin de la relación”», a pesar de que «por parte del ayuntamiento no se ha convocado proceso selectivo alguno para la cobertura de la citada vacante». No conforme, el trabajador interpuso la correspondiente reclamación previa, pero sin éxito en sus pretensiones, en la medida en que no obtiene ninguna respuesta expresa del ayuntamiento, razón por la que presenta demanda por despido en el Juzgado de lo Social único de Éibar, que falla a su favor al entender que la actuación de la Administración local aquí implicada no fue correcta. En concreto, el juzgado en cuestión estima «la demanda interpuesta», declara «improcedente el despido del trabajador» y condena al Ayuntamiento de Oñati a que

opte bien por reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49 euros, debiendo abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28 euros, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000 euros.

Sin duda, la condena de tener que abonar la indemnización adicional por valor de 30.000 euros determina que el Ayuntamiento de Oñati formalice la interposición de un recurso de suplicación contra esta sentencia del Juzgado de lo Social único de Éibar, que es lo que resuelve [esta Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco](#) (STSJPV). Y ello porque su recurso, que «contiene un único motivo», termina suplicando que

se revoque la sentencia impugnada y se sustituya por otra distinta en la que se reconozca a la actora, únicamente, el derecho a percibir la indemnización por despido improcedente prevista en el artículo 56 del ET y desestimando la pretensión referente al reconocimiento a la indemnización por daños y perjuicios, adicional a la legalmente prevista, reconocida en la sentencia.

El trabajador, por su parte, sigue sin aquietarse e impugna el recurso de suplicación, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia recurrida que le da la razón.

3. Aspectos clave determinantes del fallo

El TSJPV falla a favor del trabajador, desestimando el recurso del ayuntamiento y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social de Éibar. Los aspectos clave determinantes

del fallo se contienen en los apartados números 4, 5 y 6 (en la sentencia figura, por causa de una errata, como 5) del FD segundo de esta [STSJPV](#) y pueden reconducirse a los tres siguientes, directamente relacionados entre sí desde el momento en que todos ellos pivotan sobre la CSE y su interpretación y aplicación por parte del CEDS, especialmente en el caso de España, de ahí que se afirme por parte del tribunal que

no podemos dejar de soslayo y por tal somos conscientes de la influencia en la presente resolución, de la decisión del [...] CEDS, en cuanto va a cuestionar la indemnización tasada y topada de la regulación en España del despido improcedente por vulneración [...] de la [...] CSE, tal y como se ha difundido en los medios de comunicación, pese a no ser una decisión todavía pública, y cuyo antecedente lo encontramos respecto a las legislaciones de Finlandia, Italia y Francia.

El primero de ellos, que figura en el apartado 4 del citado FD, alude a «la obligación de respetar la CSE» –que «forma parte de nuestro ordenamiento al amparo de lo dispuesto en el art. 96 CE y en el art. 23.3 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales», disponiendo también el artículo 30.1 de esta ley «que los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes», de modo que la «prevalencia de la norma internacional sobre la interna (art. 31 Ley 25/2014) queda supeditada al propio tenor de cada precepto del tratado internacional, directamente aplicable o no según cada caso»–, cuya versión revisada, tras su ratificación, introduce «en el ordenamiento jurídico nacional 8 nuevos derechos sociales que no estaban en la versión originaria, entre los que destaca el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24)», y además «abre un nuevo escenario, el cual queda más reforzado con la labor del CEDS», que «es la instancia suprema de garantía, equivalente al TEDH para el que asegura la interpretación auténtica de la Carta». A los efectos que interesan, el [artículo 24 de la CSE revisada](#) «reconoce el derecho a "una indemnización adecuada" o a "otra reparación apropiada" ante un despido injustificado o sin causa» que, de acuerdo con el anexo de la CSE, deberá ser «fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales». Y lo que debe entenderse por indemnización o reparación «adecuada o apropiada» ha sido establecido por el CEDS, teniendo en cuenta «el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido», «la posibilidad de reincorporación» y/o «una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima», habiendo considerado que «el límite superior de la indemnización puede dar lugar a situaciones en las que la indemnización concedida no sea proporcional a la pérdida sufrida», razón por la que «cualquier tope a la indemnización que pueda impedir que la indemnización sea proporcional a la pérdida sufrida y que sea suficientemente disuasoria para el empleador es, en principio, contrario a la CSE revisada» (caso de «las legislaciones de Finlandia, Francia e Italia, con un régimen de despidos similar al español»).

El segundo aspecto clave determinante del fallo, que figura en el apartado número 5 del FD segundo, se centra en «analizar si las decisiones del CEDS son jurisprudencia y por tal si son aplicables por los jueces nacionales a través del control de convencionalidad». Para ello, el TSJPV, por una parte, pone de manifiesto que el

Consejo de Europa diferenció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que aplica la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a través de sentencias, una vez agotada la vía judicial interna, del CEDS, que aplica la CSE a través de decisiones, sin agotar la vía judicial interna, que provienen del protocolo de reclamaciones colectivas;

y, por otra, señala también que el «TEDH genera jurisprudencia (arts. 4 bis y 5 LOPJ y art. 236.1 LJS), vinculante para los jueces nacionales, mientras que respecto al CEDS existe una controversia sobre su carácter vinculante o no». La decisión del tribunal es la de actuar aquí «sin ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS» y valorar «la aplicación o no directa del artículo 24 CSE, en toda la sistemática de este tratado internacional», después de partir de la base de que «la jurisprudencia de control judicial de convencionalidad parte de la aplicación de norma internacional que ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica, y que no se remita a la legislación nacional para su determinación (STC 140/2018 y SSTS 28 y 29/03/2022)».

Y el tercero de tales aspectos, contenido en el apartado 6 del FD segundo, se refiere precisamente a la cuestión «sobre la aplicabilidad del artículo 24 de la CSE» y «la interpretación de "una indemnización adecuada o una reparación apropiada"» proyectada al caso concreto del pleito. Y la «primera conclusión» a la que llega el tribunal es que

la indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador, que, abandonando un trabajo indefinido, por la oferta por otro trabajo, si bien temporal, pero con una previsión de al menos 1 año, no resarce la pérdida de ese trabajo con la indemnización escueta de 493,49 euros,

por lo que, en consecuencia, «la cuestión a delimitar es cuál debe ser la indemnización que suponga esa reparación del daño sufrido». De todas las opciones posibles sobre las que repara la sentencia –cuando habla de «otras fórmulas» o también de «distintas opciones» de la empleada por la sentencia de instancia recurrida, en la que Ilma. Magistrada de lo Social a *quo* acude al lucro cesante ante las perspectivas frustradas de un contrato de interinidad de al menos 1 año y como máximo de 3 años, y así le indemniza complementariamente con el valor de los salarios de 1 año–, el tribunal tiene claro que la escogida debe encajar en lo afirmado en «las resoluciones del CEDS» sobre la necesidad de que exista «una reparación efectiva al trabajador y [...] un elemento disuasorio al empresario para tomar decisiones ajustadas a derecho» y –«no teniendo elementos más concretos en las circunstancias del trabajador despedido»– toma la decisión de «optar por el mecanismo de la indemnización

adicional que son los salarios que hubiera percibido el trabajador en ese año, al menos de trabajo», pero sin dejar de lado

que dentro de la reparación se encuentra la protección por desempleo que se nutre de las cotizaciones del trabajador y el empresario y estas pudieran ser también valoradas a efectos de la reparación de daños y perjuicios del trabajador por la pérdida de salario, pero no respecto al empresario como elemento disuasorio del despido sin causa,

de modo que, en consecuencia,

la expectativa de un trabajo de 1 año, que motivó la extinción del contrato anterior, y que de haberse cumplido no habría derecho a la indemnización del artículo 56 ET (...) debe suponer el daño reparable que la norma contenida en el artículo 24 de la CSE delimita como una indemnización adecuada o una reparación apropiada,

operando como «elemento esencial» para tales efectos «la inexistencia de una mínima respuesta justificadora al trabajador sobre la causa de extinción, pues no es de recibo la referencia verbal a un error».

4. Valoración crítica

Es evidente que la indemnización de 493,49 euros por despido improcedente es todo menos adecuada, reparadora y disuasoria. Se trata de la cantidad resultante de aplicar la regla del «abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, hasta un máximo de 24 mensualidades», introducida en el Estatuto de los Trabajadores por el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, argumentando que «se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos» y que la

tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación.

Claramente regresivo, este real decreto-ley generalizaba «para todos los despidos improcedentes la indemnización de 33 días con un tope de 24 mensualidades que se ha venido previendo para los despidos objetivos improcedentes de trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida», modalidad contractual que había sido creada, en ejecución del [Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo de 7 abril de 1997](#) (punto 4, sobre «Fomento de la contratación indefinida») firmado por la CEOE, CEPYME, CC. OO. y UGT, por la [Ley 63/1997, de 26 de diciembre](#), ampliada en su ámbito de aplicación por el [Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo](#), y la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#).

La [STSJPV](#) cuestiona esta regla, sosteniendo que la «indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador» porque es una «indemnización escueta». Y lo hace teniendo en cuenta «la obligación de respetar la CSE» y que la «CSE forma parte de nuestro ordenamiento», en la que «destaca el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24)», que aquí se aplica de acuerdo con la jurisprudencia de control judicial de convencionalidad sobre aplicación de las normas internacionales siempre que ofrezcan claridad y certeza, eviten inseguridad jurídica y no se remitan a la legislación nacional para su determinación. Pero también lo hace evitando posicionarse sobre la cuestión de «si las decisiones del CEDS son jurisprudencia y [...] si son aplicables por los jueces nacionales a través del control de convencionalidad», en la medida en que centra su actuación en la cuestión de «la aplicación o no directa del artículo 24 CSE» indicando que la misma se realiza «sin ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS», aunque luego relativice su afirmación al destacar otras fórmulas (u opciones) del cálculo de la indemnización porque precisamente «chocan con algo que en las resoluciones del CEDS [se] delimita como, por un lado, una reparación efectiva al trabajador, y, por otro, un elemento disuasorio al empresario para tomar decisiones ajustadas a derecho».

En todo caso y al amparo de la CSE, el TSJPV avala el derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios en un despido improcedente al considerar insuficiente la compensación tasada legalmente, siendo muy consciente –como declara en su sentencia a propósito del «panorama judicial»– de que «la doctrina autonómica se ha desvelado en dos posturas» (en el sentido de que «otras líneas de la doctrina jurisprudencial autonómica han señalado lo contrario»). Con ello, se pone de relieve que la cuestión acabará propiciando la intervención del Tribunal Supremo para unificar doctrina, que es algo sobre lo que insiste expresamente la STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2024 (rec. 177/2024) –cuyo FD séptimo reproduce parte de la [STSJPV](#) aquí comentada–, cuando señala que es una «cuestión [...] que no consta unificada por el Alto Tribunal al no haberse superado el exigible juicio de contradicción (AATS de 26 de octubre de 2022 y 23 de mayo de 2023; entre otros coincidentes)». Pensando ahora en el recurso (o recursos) de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y lo que puede la misma resolver, conviene insistir en la eficacia jurídica vinculante de la CSE y de su interpretación y aplicación por el CEDS, al menos por estas tres razones.

La primera alude al [Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea \(revisada\)](#), publicado en el BOE de 11 de junio de 2021, y al de su [Protocolo Adicional sobre sistema de reclamaciones colectivas](#), publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2022, que evidencian toda la fuerza jurídica vinculante a que acaba de hacerse mención cuando manifiestan tanto «el consentimiento de España en obligarse por esta carta», como «el consentimiento de España en obligarse por este protocolo». Ambos declaran que ha sido necesaria la autorización de las Cortes Generales de acuerdo con el [artículo 94.1 de la Constitución española](#), dado que se trata de la «prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios» que afectan a «los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I» [letra c)] y que suponen «modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución» [letra e)]. Y en ambos nada figura como declaración, reserva o salvedad que reste fuerza a su eficacia jurídica vinculante, incluso todo lo contrario, ya que una de las declaraciones del [Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea \(revisada\)](#) deja claro que

En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.

La segunda se refiere al hecho de que sobre ello ha reparado también el Consejo de Estado en su [Dictamen \(486/2021\) de 8 de julio de 2021](#) (sobre el protocolo del sistema de reclamaciones colectivas), en el que, además, menciona un informe de la Secretaría de Estado de Justicia (emitido el 17 de diciembre de 2020 por la directora general de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos) sobre la CSE y el protocolo en cuestión que alude a «los efectos que su ratificación implicaría para España, que son importantes», ya que «el tratado es jurídicamente vinculante y las decisiones del comité de expertos son de obligado cumplimiento». Y es lógico que así sea porque el CEDS asegura la interpretación auténtica de la CSE, velando por su cumplimiento y evitando que la misma sea interpretada y aplicada de diferente manera en cada Estado, algo que supondría dejarla sin eficacia real.

Y la tercera enlaza directamente con el valor vinculante que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo tanto a los tratados internacionales ratificados por España, considerados como instrumentos valiosos incorporados al derecho interno y a los que también están sometidos los tribunales (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional [38/1981, de 23 de noviembre](#), y [140/2018, de 20 de diciembre](#)), como a las decisiones (o dictámenes) adoptadas por los comités creados por estos tratados para garantizar su interpretación y aplicación correctas –entre otras, [Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2024, de 9 de abril](#), y SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de [17 de julio de 2018 \(rec. 1002/2017\)](#) y [29 de noviembre de 2023 \(rec. 85/2023\)](#)–, desde el momento

en que, como aquí sucede (y manifiestan los instrumentos de ratificación antes mencionados), el compromiso de cumplimiento de tales tratados (o el «consentimiento de España en obligarse por esta carta») implica también el respeto de los mecanismos internacionales de garantía de los mismos cuando hay voluntad estatal expresa de sumisión a estos mecanismos [«En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas», además de lo dispuesto en el artículo C también de esta misma parte].

¿Tienen las personas trabajadoras por cuenta ajena derecho a un permiso retribuido para participar en una campaña electoral?

Comentario a la **Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona 64/2024**, de 18 de marzo

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*
carolina.gala@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

Extracto

En esta sentencia el Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona reconoce a un trabajador por cuenta ajena el derecho a un permiso retribuido para poder participar en una campaña electoral como candidato, siguiendo lo previsto para el caso de los funcionarios públicos en el artículo 48 j) del Estatuto Básico del Empleado Público y en la Orden de 6 de noviembre de 1985. Solución que contrasta con la posición defendida hasta ahora por varios tribunales superiores de justicia.

Palabras clave: permisos; elecciones; derecho a la no discriminación; derecho a la participación política; responsabilidad empresarial; Ley 15/2022; derechos de los trabajadores.

Recibido: 17-06-2024 / Aceptado: 17-06-2024 / Publicado: 02-07-2024

Cómo citar: Gala Durán, C. (2024). ¿Tienen las personas trabajadoras por cuenta ajena derecho a un permiso retribuido para participar en una campaña electoral? Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona 64/2024, de 18 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 171-179. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22399>

Are employees entitled to paid leave during an election campaign?

Commentary on the ruling of the Social Court n.º 1 of Barcelona 64/2024 of March 18

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*
carolina.gala@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

Abstract

In this decision, the Social Court No. 1 of Barcelona recognizes the right of an employee to paid leave in order to participate in an election campaign as a candidate, in accordance with the provisions for civil servants in Article 48.j) of the Basic Statute of the Public Employee and in the Order of November 6, 1985. This solution contrasts with the position defended until now by several high courts of justice.

Keywords: permits; elections; right to non-discrimination; right to political participation; corporate responsibility; Law 15/2022; workers' rights.

Received: 17-06-2024 / Accepted: 17-06-2024 / Published: 02-07-2024

Citation: Gala Durán, C. (2024). Are employees entitled to paid leave during an election campaign? Commentary on the ruling of the Social Court n.º 1 of Barcelona 64/2024 of March 18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 171-179. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22399>

1. Marco jurídico

El marco jurídico objeto de debate en la [sentencia objeto de comentario](#) se encuentra en lo dispuesto, a nivel legal, en los artículos [37.3 d\) del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), [48 j\) del Estatuto Básico del Empleado Público \(EBEP\)](#) y [96.1 d\) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre](#), texto refundido de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

El primero de ellos reconoce el derecho de la persona trabajadora, previo aviso y justificación, a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, será esta la que determine la duración de la ausencia y su posible compensación económica. Asimismo, cuando el cumplimiento de este deber impida prestar servicios en más del 20 % de las horas laborables en un periodo de 3 meses, la empresa puede pasar a la persona trabajadora afectada a la situación de excedencia prevista en el [artículo 46.1 del ET](#) (excedencia forzosa).

En la misma línea, el citado [artículo 48 j\) del EBEP](#) recoge el derecho del personal funcionario público a un permiso retribuido por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar. A lo que cabe añadir que el [artículo 96.1 d\) del Decreto Legislativo 1/1997](#) otorga al personal funcionario público de Cataluña el derecho a un permiso por deberes inexcusables de carácter público o personal durante el tiempo indispensable para su cumplimiento.

Resulta claro que, conforme a la normativa mencionada, una persona trabajadora o funcionaria pública tiene derecho a un permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal; cosa distinta es determinar qué situaciones cabe considerar como tal.

2. Síntesis del supuesto de hecho

Un trabajador, personal laboral de una empresa pública y con una antigüedad en la misma de más de 20 años, se presentó como candidato a unas elecciones municipales, como suplente número 4. Con la finalidad de poder participar en la campaña electoral de su partido

(celebración de mítines, colocación de carteles, charlas, etc.), solicitó a su empleador un permiso retribuido no recuperable por el ejercicio de un derecho inexcusable de carácter público, reconocido en el convenio colectivo aplicable y en el marco jurídico antes apuntado.

El empleador se lo denegó al considerar que su petición no tenía fundamento legal, debiendo el trabajador pedir las vacaciones que ya tenía solicitadas para el mes de septiembre, coincidiendo parcialmente con el periodo de campaña electoral.

El debate judicial se centra, pues, en determinar si puede entenderse como un deber inexcusable de carácter público y personal que una persona trabajadora que es candidata de un partido político pueda disfrutar de un permiso retribuido para participar de manera activa en una campaña electoral municipal.

3. Cuestiones clave de la posición judicial determinantes del fallo

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona parte del hecho de que, en el marco de la función pública, tanto a nivel estatal como catalán, sí se permite un permiso de esas características; fundamentándose para ello en varios argumentos:

a) El [artículo 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto](#), de medidas para la reforma de la función pública (que seguiría vigente), prevé la concesión de permisos al personal funcionario público por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público.

b) La [Orden ministerial de 6 de noviembre de 1985](#), por la que se regula la concesión de permisos a los funcionarios públicos que se presenten como candidatos a las elecciones, establece que la participación en campañas electorales de personal funcionario que sea candidato en ellas constituye un supuesto claramente comprendido en el citado [artículo 30.2](#) y, en consecuencia, queda regulado con carácter general, con el principal objetivo de unificar los criterios para su concesión.

En consecuencia, el personal funcionario de la Administración local tiene derecho a un permiso durante el tiempo de duración de la campaña electoral, por aplicación de la citada orden, al considerarse dicho permiso como un deber inexcusable de carácter público o personal ([art. 30.2](#), que el [artículo 48 j\) del EBEP](#) mantiene como normativa actualmente vigente, por lo que, en consecuencia, es aplicable dicha orden).

c) Ese permiso es un derecho que no puede reducirse o limitarse, teniendo una duración de 15 días coincidentes con el periodo de campaña electoral ([art. 51.2 Ley orgánica –LO– 5/1985, de 19 de junio](#), del régimen electoral común), y debe ser íntegramente concedido a la persona trabajadora que lo solicita.

d) En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de septiembre de 2012 se ha declarado que:

1. Quien solicita el ejercicio del derecho reconocido en el [artículo 48 j\) del EBEP](#) debe acreditar sus presupuestos y necesidades, por lo que la persona trabajadora deberá exponer cuándo y para qué lo precisa, más allá de la genérica referencia a la campaña electoral. La justificación exigible será de mayor intensidad cuando menos representativo sea el partido, menor orden ostente la persona candidata (o sea, suplente), menor protagonismo ostente el partido político o circunstancia similar.
2. La Administración no puede imponer cargas, requisitos o condicionantes que hagan impracticable el ejercicio del derecho para su finalidad.
3. El sintagma «tiempo indispensable» encierra un concepto jurídico indeterminado que requiere acreditar su alcance exacto en cada caso concreto, pero sin incurrir ni la persona solicitante ni la Administración en el error de concebirlos como permiso a discreción de uno u otra.

e) El citado [artículo 30.2](#) debe entenderse referido en la actualidad al [artículo 48 j\) del EBEP](#).

f) La Junta Electoral Central, en fecha 3 de junio de 1999, declaró que:

La concesión de permisos a los funcionarios y trabajadores que se presenten como candidatos a unas elecciones es un derecho de aquellos, reconocido como tal tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y como tal no puede arbitrariamente limitarse. El permiso habrá de ser de 15 días, coincidentes con el periodo de campaña electoral, y deben ser íntegramente concedidos al funcionario o trabajador que sea candidato y lo solicite por el órgano competente para ello.

g) Nos encontramos ante el derecho fundamental a la participación política, propia de cualquier Estado de derecho, por lo que no puede partirse de una interpretación restrictiva y limitativa del permiso, limitándolo al ejercicio del sufragio activo, porque basándose en el elemento comparativo que supone la concesión del permiso retribuido al personal funcionario, se está dificultando y limitando la posibilidad de que una persona trabajadora por cuenta ajena pueda presentarse como candidata de una opción política si no puede disponer del tiempo necesario para participar activamente en la campaña electoral, si no es con el sacrificio de solicitar un adelanto de sus vacaciones o un permiso sin retribuir, sin por ello descartar, claro está, que la empresa deniegue ambas posibilidades por causas justas y adecuadas de índole organizativa, técnica, productiva o económica, instaurándose un privilegio a favor del personal funcionario que vulnera abiertamente el mandato del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE).

Participación que viene regulada en la [LO 5/1985, de 19 de junio](#), del régimen electoral general, cuyo [artículo 50.4](#) define la campaña electoral como «el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios»; campaña que, conforme al [artículo 51](#), dura 15 días y termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

h) Lo anterior no es incompatible con el hecho de que el [artículo 28.1 de la citada ley orgánica](#) se refiera únicamente a que:

Los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios nombrados presidente o vocales de las mesas electorales tienen derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación si es laboral. En todo caso, tienen derecho a una reducción de su jornada de trabajo de 5 horas el día inmediatamente posterior.

Y ello porque de la misma manera que tal permiso retribuido incluye a las personas trabajadoras y funcionarias, no existe razón objetiva, justificada, racional y proporcionada por la que no deba entenderse que ambos colectivos puedan disfrutar de un permiso de 15 días, coincidente con la duración de la campaña electoral, para hacer efectivo su derecho de participación política como candidatas a unas elecciones, pues sostener lo contrario sería tanto como socavar los principios libres y participativos propios de un Estado de derecho y de una sociedad democrática y pluralista, que debe garantizar, como elemento nuclear del mismo, la participación ciudadana en el proceso electoral, como ya ocurre con el personal funcionario.

i) También cabe tener en cuenta el [artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que prevé que nadie puede ser discriminado, entre otros motivos, por razón de convicción u opinión; aplicándose dicha ley a la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.

Por su parte, el [artículo 4.1 de la citada ley](#) señala que queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad; considerándose vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones o incumplimiento de deberes.

Como consecuencia de lo anterior: a) son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el [artículo 2 de la Ley 15/2022](#); b) la persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de esos motivos reparará el daño causado

proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida.

Y, en conclusión, resulta evidente que existe un trato desigual y discriminatorio, según se trate de personas funcionarias o trabajadoras por cuenta ajena, en torno al permiso retribuido para poder participar en la campaña electoral, que no viene justificado de manera alguna, sin que guarde proporcionalidad, del que se deriva una notable discriminación entre ambos colectivos, por cuya razón el [artículo 37.3 d\) del ET](#) debe entenderse en su sentido más favorable e igualitario o, al menos, acorde con el mandato proclamado por los artículos [9](#), [14](#) y [23](#) de la CE. En consecuencia, se reconoce un daño moral cifrado en 100 euros y la restitución del periodo de vacaciones consumido por el trabajador para poder participar en la campaña electoral.

4. Valoración crítica

La novedad de esta [Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona de 18 de marzo de 2024](#) –y también su osadía– se encuentra en defender la igualdad de derechos entre el personal funcionario y las personas trabajadoras por cuenta ajena a la hora de tener derecho a un permiso retribuido a cargo del empleador de 15 días para poder participar en una campaña electoral municipal, aun siendo el cuarto suplente de la correspondiente lista, y fundamentarse para ello en varios argumentos –antes expuestos–, contradiciendo, además, la posición defendida por varios tribunales superiores de justicia (TSJ) en los últimos años. Pero vayamos por partes.

Tal y como reconoce la propia sentencia, existen varias sentencias de TSJ (Andalucía/Sevilla, Cataluña, Castilla y León...) que señalan que no existe derecho a ese permiso retribuido en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena. A modo de ejemplo, en la [Sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de septiembre de 2017 \(rec. 2504/2017\)](#) se deniega ese permiso con base en los siguientes argumentos:

1) Conforme a la normativa general aplicable existe el derecho a un permiso para el ejercicio del sufragio activo o para el «cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal», pero, en este caso, no se trata del primer supuesto y la participación como persona candidata en unas elecciones no es un deber *stricto sensu*, sino un derecho.

2) Es cierto que existe normativa referida expresamente al personal funcionario público y a cierto personal que sí prevé este permiso ([Orden de 6 de noviembre de 1985](#)), pero cabe plantearse si resulta aplicable al personal laboral. La respuesta es negativa por cuanto,

tal y como ha fijado la jurisprudencia (entre otras, [Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009, rec. 97/2008](#)), el [artículo 48 del EBEP](#) solo resulta aplicable al personal funcionario público y el [artículo 49](#) a todas las personas empleadas públicas, incluido, por tanto, el personal laboral. En consecuencia, para el personal laboral, solo serían aplicables los permisos del [artículo 48](#) en el supuesto de que así estuviera establecido en sus normas laborales, legales o convencionales.

3) Al no tratarse de personal funcionario, no existe una norma que conceda el derecho a un permiso retribuido para participar en una campaña electoral, ni tampoco se produce vulneración alguna de derechos fundamentales ni discriminación.

4) Finalmente, también se pone de relieve que la demandante era la candidata número 6 y que trabajaba a tiempo parcial, lo que le hubiere facilitado la participación en la campaña electoral.

Resulta claro que las circunstancias son las mismas en la [sentencia que comentamos](#): un trabajador –personal laboral– que se presenta, además, como cuarto suplente, a unas elecciones municipales, sujeto a lo dispuesto en el [artículo 37.3 del ET](#), que reclama la aplicación del permiso retribuido previsto en el [artículo 48 j\) del EBEP](#) y en la [Orden de 6 de noviembre de 1985](#) exclusivamente para el personal funcionario público.

La diferencia estribaría, en opinión de la [sentencia comentada](#), particularmente en el impacto de la [Ley 15/2022](#), así como en la necesidad de proteger el derecho a la participación política propia de cualquier Estado de derecho. Como se dice en aquella

sostener lo contrario sería tanto como socavar los mismos principios libres y participativos propios de un Estado de derecho y de una sociedad democrática y pluralista, que debe garantizar, como elemento nuclear del mismo, la participación ciudadana en el proceso electoral.

No compartimos tales consideraciones por varios motivos:

1) Desde la perspectiva fáctica, tal y como hacen los TSJ que han abordado hasta ahora este tema, debe tenerse en cuenta que el trabajador demandante no es «cabeza de lista», sino el cuarto suplente de una lista electoral a nivel municipal. Su participación activa y permanente en la campaña electoral –o su falta de participación– no es tan necesaria, lo que no implica, lógicamente, que no pueda participar. También podría valorarse el factor del horario de trabajo que desarrolla, al tratarse de un sector –ferrocarriles– con un horario limitado.

2) Sin duda alguna, debe protegerse y garantizarse el derecho a la participación política dentro de un Estado de derecho, pero cuesta entender que no reconocer un permiso de 15 días al cuarto suplente de una lista municipal socave ese derecho, cuando puede apoyar por otros medios al partido político al que pertenece y participar activamente en la campaña

electoral fuera de su horario de trabajo. Al no reconocerse ese permiso no se está limitando ese derecho, ni se pretende hacerlo, sino que simplemente se está cumpliendo el régimen legal vigente, que no prevé un permiso para campañas electorales en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena, del sector público o privado.

Es más, no podemos olvidar que el coste económico de este permiso deberían asumirlo las empresas y Administraciones públicas respecto de todas las personas candidatas –trabajadoras por cuenta ajena– que se presenten a todas las elecciones políticas, cualquiera que fuera su posición en las listas y sus opciones reales. A lo que cabría añadir las necesidades de reorganización interna del trabajo durante los distintos periodos electorales.

3) No podemos olvidar que, en diferentes temas, el propio Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han declarado que el hecho de que el personal laboral y el personal funcionario de las Administraciones públicas cuenten con condiciones laborales diferentes no constituye una discriminación en el sentido del [artículo 14 de la CE](#), al estar sujetos –para bien o para mal– a regímenes jurídicos diferentes. Está claro, a nuestro entender, que esta doctrina resulta también aplicable en el campo de las campañas electorales. Son colectivos con normas comunes –que deben aplicarse igual a ambos–, pero también con bastantes más normas diferentes, que también deben aplicarse en sus propios términos, sin que ello constituya una discriminación para el colectivo con peores condiciones. Como ha señalado el Tribunal Supremo, puede ser injusto, pero es legal.

4) A nuestro entender, la [Ley 15/2022](#) no modifica el panorama anterior en este tema, por cuanto si bien en su [artículo 2.1](#) se establece que nadie puede ser discriminado, entre otras causas, por «convicción u opinión», en el caso que nos ocupa el empleador no discrimina al trabajador demandante por sus ideas o convicciones políticas, sino que no le reconoce un derecho a un permiso retribuido porque la normativa aplicable –el [art. 37.3 del ET](#)– no lo prevé. Cosa distinta es si tuviera derecho a ese u otro permiso y el empleador se lo denegase por sus convicciones políticas. Pero no es esto lo que ocurre conforme a los hechos recogidos en la propia [sentencia comentada](#).

Situación distinta es que, vía reforma legal, se reconociera a las personas trabajadoras por cuenta ajena un permiso retribuido para participar en las campañas electorales en la línea de lo previsto actualmente para el personal funcionario público o que ese permiso se recogiese en el correspondiente convenio colectivo (solución que, hoy en día, parece más factible).



Nuevas reglas de contratación laboral para las universidades: personal de investigación y docente e investigador

**Cristóbal Molina Navarrete, Fernando Ballester
Laguna y Ana Caro Muñoz (Dirs.)**

Universidad de Jaén, UJA Editorial

264 páginas - 2024

ISBN: 978-84-9159-592-2

Esta monografía aborda de forma magistral las nuevas reglas de contratación laboral del personal de investigación y docente e investigador introducidas durante los últimos años y lo hace de forma exhaustiva y rigurosa. Con este fin, las personas autoras de este trabajo colectivo analizan, en primer lugar, las nuevas reglas de contratación laboral del personal de investigación, entendido en sentido amplio e inclusivo, por tanto, del personal investigador, del personal técnico y del personal de administración o gestión de la investigación. En este análisis, se abordan, fundamentalmente, las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, y por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, distinguiéndose, al respecto, entre la afectación que están teniendo dichas normas en la contratación temporal y en la contratación indefinida de estos colectivos.

A tal efecto, el capítulo I, elaborado por el profesor Fernando Ballester Laguna, bajo el título Las modalidades de contratación (temporal) del personal de investigación (técnico y de gestión) en las universidades: problemas interpretativos y propuestas de solución, como su nombre indica, aborda todas las modalidades de contratación temporal del personal investigador, a saber, el contrato predoctoral; el contrato de acceso de personal investigador doctor, poniéndose el acento, en este último caso, en la orientación de esta modalidad contractual hacia la consolidación de dicho personal, y, finalmente, el contrato de personal investigador distinguido. Asimismo, se aborda la compleja cuestión que plantea la contratación del personal de investigación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y cuándo la misma se lleva a cabo con cargo a fondos no competitivos de la Unión Europea.

Con el mismo rigor metodológico, el capítulo II, elaborado por el profesor Cristóbal Molina Navarrete, bajo la rúbrica La contratación indefinida *ad hoc* del personal de investigación (técnico y de gestión) en las universidades: ¿una solución definitiva?, aborda de forma crítica la opción por la contratación indefinida de los diferentes colectivos de personal de investigación vinculados a proyectos, convenios o contratos de investigación mediante el recurso al nuevo contrato de actividades científico técnicas. A tal efecto, tras constatar el claro impacto que en este ámbito tuvo la reforma laboral de 2021, que procedió a la supresión del contrato por obra o servicio determinado, el autor va desmenuzando con una precisión quirúrgica el régimen jurídico de esta modalidad contractual, de modo que, al tiempo que señala sus virtudes, también pone en evidencia sus indudables fallas e ineficiencias para la consecución de la finalidad pretendida con la misma, que no es otra que poner fin a la precariedad laboral de este colectivo y fomentar su contratación indefinida.

Una vez expuesto a nivel más teórico el nuevo régimen jurídico-laboral de contratación del personal investigador, esta obra tiene el indudable mérito de analizar esta misma cuestión desde una perspectiva más práctica, mediante la inclusión en la misma de diferentes experiencias, todas ellas del máximo interés, expuestas por quienes las conocen de primera mano, a saber, personas que sufren en el día a día la gestión de nuestras universidades públicas. Todas estas experiencias se engloban dentro del capítulo III bajo el título genérico La gestión de la contratación indefinida del personal de investigación en las universidades: experiencias, que, a su vez, se estructura en diferentes apartados: «El modelo de contratación en la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC)», a cargo de Míriam Giménez Dapena, directora del área de personal docente e investigador de dicha universidad; «La contratación laboral de duración indefinida en la Universidad Politécnica de Cartagena», por parte de Carmen Alcaraz Tomás, jefa de la Unidad de Investigación y Transferencia Tecnológica de la citada universidad; «De la gestión a la asesoría: el punto de vista del servicio jurídico en claves prácticas», a cargo de Carlos Caballero Martín, jefe de técnicos letrados de la Secretaría General de la Universidad del País Vasco, y «Principales problemas aplicativos del régimen de personal laboral: análisis de casos», por parte de Idoia Blasco Cueva, asesora del servicio jurídico de la Universidad del País Vasco.

El capítulo IV, elaborado conjuntamente por los profesores Fernando Ballester Laguna y Cristóbal Molina Navarrete, bajo el sugerente título de La aplicación de las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en las universidades: oportunidades y límites, aborda una cuestión, a menudo olvidada, pero de una gran trascendencia práctica, como es el todavía posible recurso en el ámbito de la investigación a las modalidades de contratación previstas por el Estatuto de los Trabajadores. A tal efecto, tras abordarse el derecho transitorio aplicable al extinguido contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación, se aborda, en primer lugar, la admisibilidad, pero también la utilidad, del recurso a las diferentes modalidades de contratación temporales actualmente previstas en el Estatuto de los Trabajadores, frente a las modalidades de contratación previstas específicamente para el sector de la investigación. Con esta finalidad, de forma sistemática se van analizando las diferentes modalidades contractuales

temporales actualmente vigentes: el contrato formativo –en alternancia y para la práctica profesional–, el contrato por causa de sustitución y el contrato por circunstancias de la producción. En segundo lugar, los autores abordan el todavía más complejo recurso a los contratos indefinidos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y, en particular, al contrato fijo discontinuo, cuestionándose, en relación con esta última modalidad contractual, que sea una opción muy real y eficaz para las universidades públicas, al comportar más límites que oportunidades.

El capítulo V de la obra, bajo la rúbrica El impacto de la LOSU en la contratación laboral de las universidades y el futuro del Estatuto del PDI, elaborado por el profesor Cristóbal Molina Navarrete, ya aborda específicamente las modalidades de contratación laboral del personal docente e investigador universitario tras la Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario, con las que se pretende eliminar la precariedad de los contratos del personal docente e investigador contratado mediante la promoción del acceso de este colectivo a figuras permanentes de profesorado, así como mediante la conversión de los contratos de profesorado asociado en relaciones laborales indefinidas. Bajo este prisma, el autor efectúa un minucioso análisis de los aspectos que se mantienen y los que se han visto modificados por dicha norma. Entre los primeros, el autor efectúa una valoración ciertamente crítica del mantenimiento de la dualidad de vías –laboral y funcional– para la carrera de personal docente e investigador, defendiendo al respecto que el acceso y la formación de dicho colectivo deberían ser dominio laboral, mientras que su promoción y consolidación deberían ser dominio de la funcionalización. En relación con los aspectos modificados por la norma, se aborda, en primer lugar, la reducción de las tasas de temporalidad del profesorado laboral, cuestionándose si realmente estamos ante un cambio de paradigma o si, por el contrario, únicamente nos encontramos ante un mero artificio contable. Y, en segundo lugar, por lo que ya respecta a las diferentes figuras de personal docente e investigador laboral previstas en la Ley orgánica del sistema universitario, se abordan minuciosamente las diferentes modalidades contractuales específicas del profesorado universitario, distinguiéndose, una vez más, entre las de naturaleza temporal y las de naturaleza indefinida. Entre las primeras, se analizan las figuras de profesorado ayudante doctor, profesorado sustituto, profesorado emérito, profesorado visitante y profesorado distinguido. Entre las segundas, se aborda la más que relevante sustitución del profesorado contratado doctor por la figura del profesorado permanente laboral y la muy conflictiva configuración del profesorado asociado como personal indefinido de las universidades públicas. El análisis de estas y otras previsiones introducidas por la Ley orgánica del sistema universitario abocan al autor a cuestionarse si con las mismas realmente se va a poner fin a la precariedad del empleo universitario.

Finalmente, en el capítulo VI, con el título El Estatuto del personal en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: el valor formativo de las prácticas académicas externas, elaborado por Nuria Grané Teruel, delegada de la rectora para la empleabilidad de la Universidad de Alicante, se analiza una materia de gran afectación para las universidades públicas, es decir, las prácticas no laborales en general y, específicamente, las prácticas

académicas externas, por las que ahora tiene que cotizarse en todo caso a la Seguridad Social, ya sean o no remuneradas. La autora constata las dificultades prácticas, burocráticas y financieras que ha comportado esta previsión para las universidades públicas, así como los temores existentes ante el tantas veces anunciado, pero todavía no aprobado, Estatuto de la persona en formación práctica.

En definitiva, nos encontramos ante una monografía que está llamada a ser una auténtica obra de referencia en el estudio de las reglas de contratación laboral del personal de investigación y docente e investigador de las universidades públicas, por la exhaustividad con la que se estudian todas y cada una las arduas cuestiones que plantea esta materia, el rigor con el que las personas autoras de esta obra afrontan el análisis de las mismas y por lo enriquecedor que supone la integración en la obra de diferentes experiencias prácticas presentadas en primera persona por las personas que protagonizan la gestión cotidiana, tan afanosa como conflictiva: los universitarios.

Este excelente resultado no resulta nada sorprendente para todos aquellos que llevamos mucho tiempo siguiendo la brillante trayectoria académica y profesional de quienes han dirigido esta obra, Cristóbal, Fernando y Ana, que, ya sea desde el ámbito más estrictamente académico o desde una óptica de gestión universitaria, llevan abordando desde hace muchos años el estudio del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas con un insuperable rigor.

Josep Moreno Gené

Universidad de Lleida



Grados oficiales

- ✳ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**
Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería Informática
- ✳ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**
Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)
- ✳ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**
Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing
- ✳ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho
- ✳ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Historia • Filosofía, Política y Economía

Títulos propios y doctorados

- ✳ *Consultar en la web*

Másteres oficiales

- ✳ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**
Energías Renovables y Eficiencia Energética
- ✳ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**
Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria • Tecnología Educativa
- ✳ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**
Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales
- ✳ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y la Procura • Prevención de Riesgos Laborales
- ✳ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

*Juntos hacia
tu objetivo*



Más de **30.000** opositores
aprobados gracias al
#MétodoCEF.-

Preparamos el acceso a:

- ✓ Administración General
- ✓ Administración Local
- ✓ Banco de España
- ✓ Comunidades Autónomas
- ✓ Cuerpos de Informática
- ✓ Empleo y Seguridad Social
- ✓ Ministerio de Hacienda
- ✓ Ministerio de Justicia
- ✓ Ministerio del Interior
- ✓ Unión Europea



Presencial | Telepresencial | Online

➤ Consulta www.cef.es y descubre el #MétodoCEF.-