

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 470 | Septiembre-Octubre 2022

ISSN: 2792-8314

## La reforma laboral a juicio del Tribunal Constitucional: ¿debe tener en el sindicato pactante un «amicus curiae»?

Cristóbal Molina Navarrete

### Problemas y fraudes tras las reversiones de empresas contratistas

Amparo Esteve Segarra y Albert Ituren Oliver

### La discriminación de las empleadas del hogar en la extinción

Alicia Villalba Sánchez

### Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo

Nuria de Nieves Nieto

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

Margarita Miñarro Yanini

Foto cortesía del Tribunal Constitucional



**CEF.-**

**+30 MÁSTERES**

**+200 CURSOS**

### **ÁREAS**

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

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)

**DESCUENTO ESPECIAL AHORA**

**PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**



# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 470 | Septiembre-Octubre 2022

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

## Consejo de redacción

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

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

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

## Comité científico

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

**María Lourdes Arastey Sahún**. Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)

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

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

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

**Carmen Castro Casal**. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Santiago de Compostela (España)

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

**Rocío Gallego Losada**. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Antonia Mercedes García Cabrera**. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

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

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

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

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

**Ana María Lucía Casademunt**. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Málaga (España)

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

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

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

**Miguel Ángel Purcalla Bonilla**. Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa. Barcelona (España)

**Alfredo Rodríguez Muñoz**. Profesor titular de Psicología de las Organizaciones. Universidad Complutense de Madrid (España)

**Miguel Rodríguez-Piñero Royo**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

**Aránzazu Roldán Martínez**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid (España)

**María Luisa Salanova Soria**. Catedrática de Psicología Organizacional Positiva. Universidad Jaume I (España)

**María Eugenia Sánchez Vidal**. Catedrática del área de Organización de Empresas. Universidad de Cartagena (España)

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

## Evaluación externa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

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

Suscripción anual (2022) (6 números) **115 €** en papel y digital / **70 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

En la página [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm) encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)  
Depósito legal: M-29442-2007  
ISSN: 2792-8314  
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



## Imprime

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

## Indexada en



## 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.

© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Centro de Estudios Financieros (07-09-2022)

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

## Sumario

### Editorial

- La reforma laboral a juicio del Tribunal Constitucional: ¿debe tener en el sindicato pactante un «*amicus curiae*»? 5-16  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

- Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas 17-45  
*Post-subrogation problematic situations: fraud, corruption and tortious maneuvers in reversals and succession of contractor companies*  
Amparo Esteve Segarra y Albert Ituren Oliver
- La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato 47-76  
*Discrimination on grounds of sex suffered by female domestic workers on termination of their contract of employment*  
Alicia Villalba Sánchez
- Despido objetivo versus despido colectivo. Una reforma inaplazable del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores 77-107  
*Objective dismissal versus collective dismissal. An impressive reform of article 53 of the Workers' Statute*  
María Desamparados Bohigues Esparza
- Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción 109-146  
*New rules and criteria in the delimitation of jurisdiction between the social and contentious-administrative orders of the jurisdiction*  
Nuria de Nieves Nieto

## Diálogos con la jurisprudencia

- Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriám* don Efrén Borrajo 147-191  
*New controversies of living labour and social security law: in magister memoriám Mr. Efrén Borrajo*  
Margarita Miñarro Yanini y Cristóbal Molina Navarrete
- Del extraordinario poder de las magistradas/os de los juzgados de lo social a través de su convicción fáctica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 325/2022, de 6 de abril 192-196  
*Of the extraordinary power of the judges of the social courts through their factual conviction. Commentary on Supreme Court Ruling 325/2022, April 6*  
Ana Isabel Zapirain Bilbao

## Caso práctico

- Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social 197-235  
*Higher Body of Technicians of Social Security Administration*  
Laura Ayuso Baena, Laura de Nicolás Moreno y Juan Francisco Martínez Fernández-Miranda

## Recursos humanos

- El papel del capital social de los grupos de investigación en su rendimiento científico: la importancia de compartir el conocimiento 237-262  
*The role of social capital's academic research groups in their scientific performance: the importance of knowledge sharing*  
Claudia Benítez Núñez, Paola García Sánchez, Nieves Lidia Díaz Díaz y Petra de Saá Pérez

- Normas de publicación 263-264

*Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.*

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF mantiene un firme compromiso con el lenguaje inclusivo de género como vía para avanzar, siempre respetando la corrección y economía del lenguaje, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En coherencia, recomienda a las autoras y autores su utilización, reflejándose así en las normas de publicación. En consecuencia, el nivel de su utilización es una responsabilidad exclusivamente suya, en el ejercicio de su libertad científica.

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>.

# La reforma laboral a juicio del Tribunal Constitucional: ¿debe tener en el sindicato pactante un «amicus curiae»?

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén (España)*  
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

La dominación perfecta es aquella en la que todos los humanos solamente jueguen.

**H. Byung-Chung (No-Cosas)**

**1.** Conforme a la contrarreforma exprés (nueva modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial, ahora de su [art. 570 bis](#)) tramitada para que el Consejo General del Poder Judicial, cuya mayoría ha cuestionado, a su vez, la legitimidad de esta reforma, pueda nombrar –frente a lo que se decidió precedentemente– a dos nuevas personas magistradas del Tribunal Constitucional (TC), el Gobierno podrá, a su vez, nombrar a las otras dos que le corresponden, provocando, antes del 13 de septiembre, la renovación tan anhelada (y obligada constitucionalmente) del Alto Tribunal de garantías. La renovación no constituye solo un dato procedimental ni neutral. Además de la satisfacción por el cumplimiento de un mandato constitucional, la culminación del procedimiento conllevará –se dice– un cambio de la mayoría del TC (en términos de política jurisdiccional del derecho): de la (función) conservadora pasará a la (función) progresista.

No es insustancial el cambio para la suerte, en el futuro próximo (seguimos con una cultura y tradición en las que pesa más la visión política que la jurídica del máximo órgano de garantías constitucionales, lamentablemente), de un buen número de causas pendientes (por ejemplo, ley del aborto –los cambios de rumbo y sus disfunciones en esta cuestión civil y penal tan relevante se han podido comprobar por el giro copernicano, errado, del Tribunal Supremo norteamericano–). Otras se auguran, en virtud de la dura pugna política, además de social y cultural, desplegada en el proceso de tramitación de iniciativas legislativas como la «ley trans». A finales de junio recibió el banderín de salida del Gobierno (no sin conflictos internos) para su tramitación, institucional y parlamentaria, reconociendo, entre otros derechos para este colectivo vulnerable, el de la autodeterminación de género (derecho a cambiar el nombre y el sexo en el DNI solo con una decisión

individual). Por cierto, la importante Sentencia del TC (STC) 67/2022, de 2 de junio, diferenciando claramente entre el sexo y el género, reconoce el derecho a la identidad de género y su libre manifestación, sin que pueda ser objeto de tratamientos discriminatorios, tampoco en el trabajo.

¿Por qué traemos a colación esta cuestión en una reflexión laboral? Porque el nuevo TC tendrá que enjuiciar la reforma laboral, una vez que se ha presentado contra ella un recurso de inconstitucionalidad.

2. El grupo parlamentario de Vox ha formulado un recurso de inconstitucionalidad (RI) contra el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y el artículo cuarto del RDL 1/2022, de 18 de enero. Por escrito firmado el 2 de junio de 2022, el Pleno del TC acordó su admisión a trámite, lo que supuso dar traslado de la demanda y documentación adjunta a las partes pasivamente legitimadas (Cortes Generales: Congreso de los Diputados y Senado, a través del conducto de sus presidencias, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia), al objeto de que se personaran en el proceso constitucional abierto, para hacer las alegaciones que estimen por conveniente, se entiende que en defensa de la legalidad constitucional de tan significativa reforma, considerada histórico-social (quizás con algo de exageración, que no banaliza su trascendencia, como ya se ha explicado en números anteriores de esta revista). El BOE de 9 de junio publica la incoación de dicho RI (núm. 2191-2022).

No hay que realizar mucho esfuerzo argumental para poner de manifiesto la gran trascendencia, jurídica y práctica, de este RI. En el plano jurídico, porque, en primer lugar, estamos ante una ley especial, típica «ley laboral socialmente concertada», que cuenta con el consenso de los sujetos sociales ex artículos 7 y 28 de la Constitución española (CE). En consecuencia, gozaría de un plus de legitimación social, un rasgo ausente en las últimas reformas laborales emprendidas. En segundo lugar, su realización, y el método seguido en su producción jurídica, con la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la flexibilidad, era una condición comunitaria para librar las partidas comprometidas a España respecto de los fondos europeos (Next Generation EU). La magnitud de las crisis sucesivas, así como de los desafíos derivados, parecen no dejar mucho lugar a la duda en torno a la necesidad, incluso a la urgencia, de disponer de tales recursos. El elemento del «acuerdo de concertación social», como prueba el nuevo reclamo por la gobernanza económica de los (polémicos) «pactos de rentas» (retribuciones, beneficios ¿y pensiones?) para afrontar el estrés socioeconómico actual, readquiere un rol clave en los procesos

---

El nuevo TC tendrá que enjuiciar la reforma laboral, una vez que se ha presentado contra ella un recurso de inconstitucionalidad

---

---

El elemento del «acuerdo de concertación social» readquiere un rol clave en los procesos de reforma

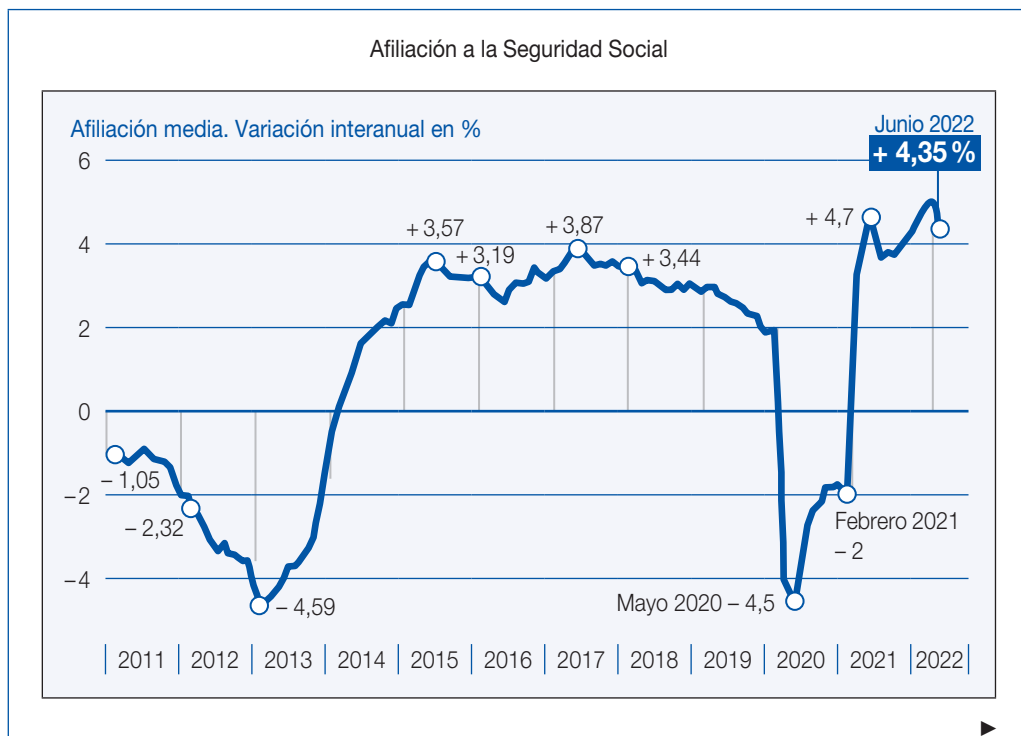
---



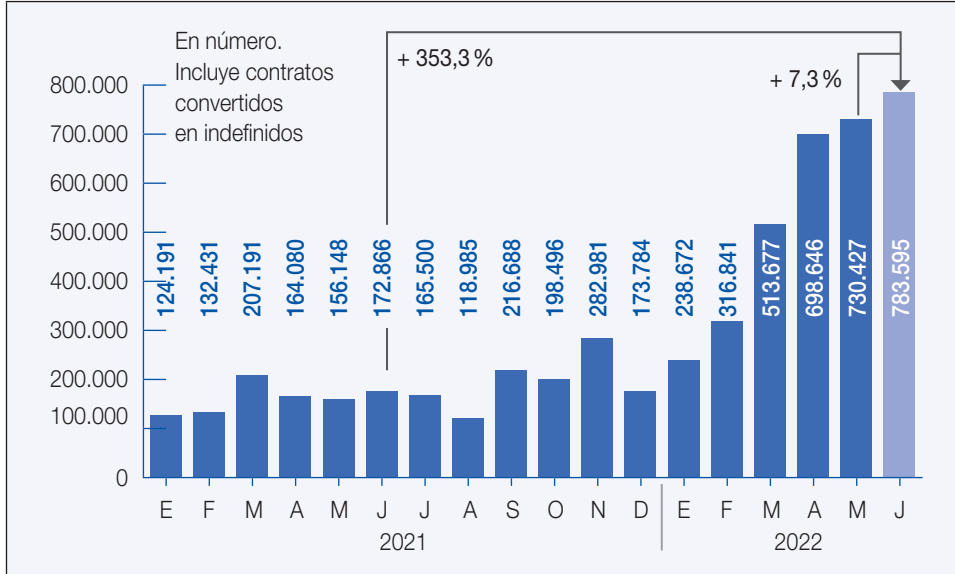
de reformas reguladoras y transiciones (a modo de los, quizás demasiado añorados, Pactos de la Moncloa, pero con mayor protagonismo de sindicatos y patronales).

En el plano práctico, la importancia de esta impugnación presenta cifras, lo que aportaría incluso una «prueba estadística» (pese a la célebre cita atribuida a Mark Twain: «hay tres tipos de mentiras: las mentiras, las malditas mentiras y las estadísticas»; cita que sirvió a la abogada general para ilustrar el poder persuasivo del número, reflejado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20, que abre la puerta a reconocer el derecho a una doble pensión por incapacidad permanente total en el mismo régimen de Seguridad Social, por el efecto discriminatorio, aun indirecto, de la prohibición legal –art. 163.1 Ley general de la Seguridad Social– para las mujeres). Si uno de los grandes problemas (no único) de nuestro mercado de trabajo es el exceso de temporalidad y rotación, **que prácticamente uno de cada dos contratos firmados en junio (44,3 %) sean indefinidos (783.595)**, implicando cada mes desde la entrada en vigor de la reforma un nuevo máximo de la serie histórica, habla bien, aun sin vano triunfalismo, del paso tan significativo dado para resolver de forma razonable un problema endémico, en un escenario de (récord de) creación de empleo.

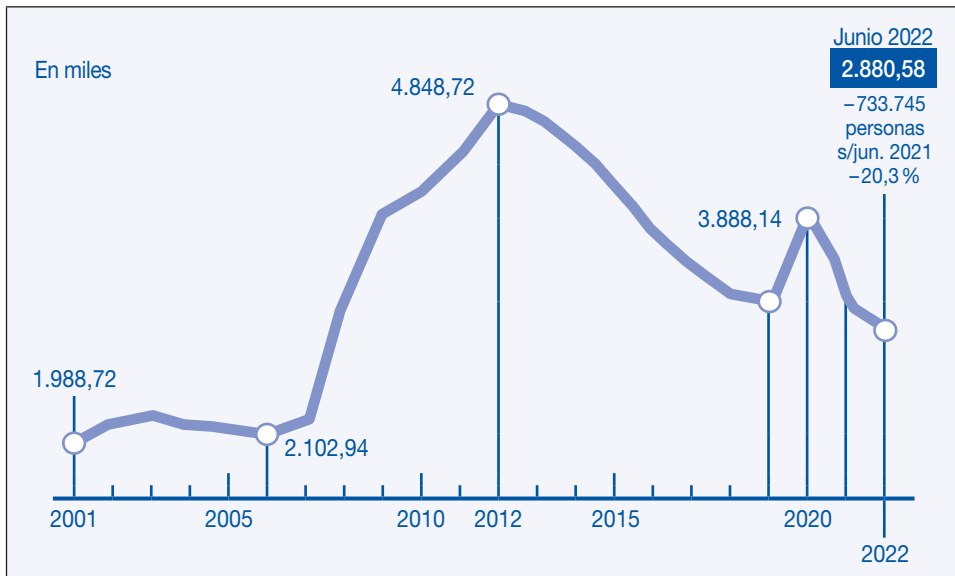
### El mercado laboral en junio de 2022



### Evolución de los contratos indefinidos registrados



### Parados



Fuente: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/04/economia/1656917475\\_146019.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/04/economia/1656917475_146019.html)

Cierto, toda lectura ponderada, realista, deja en evidencia algunas cifras más preocupantes. Así, junto a la prevista discontinuidad de la fijeza contractual, crece la parcialidad (facilita su gestión flexible la [STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto C-265/20](#): no impone un porcentaje de carga de trabajo respecto a la de quien trabaja a tiempo completo): 312.000 contratos fueron a tiempo completo (triple del año pasado), pero son 178.000 a tiempo parcial (suben un 316 %), aproximándose a los 300.000 los de fijeza discontinua (un 1.000 % más). El aumento era previsible conforme a la regulación del [artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (141.000 son contratos temporales convertidos en indefinidos no fijos).

Consecuentemente, es ya constatable una notable reducción de la contratación temporal, según esta línea de política socialmente concertada y legalmente formalizada del mercado laboral. Una opción reflejada en la jurisprudencia que, más equívoca, se siente concernida para coadyuvar en la reducción de la temporalidad no justificada, acotando esta arraigada cultura, privada y pública (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo [-STS- 453/2022, de 18 de mayo](#): el contrato eventual no es adecuado para abordar desajustes estructurales en el sector público). Línea seguida, en el ámbito estatutario, con la paradoja de crear nuevas figuras temporales (arts. 9, 9 bis, 9 ter) por el [RDL 12/2022, de 5 de julio](#) –modifica el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud– (o en el ámbito del profesorado no universitario, la [STS, Sala 3.ª, 572/2022, de 13 de mayo](#), descarta que los sistemas de listas para la selección de personal sean una medida equivalente ex cláusula 5.ª de la [Directiva 1999/70/CE](#)).

La activación de estas nuevas dinámicas de favor hacia la estabilidad y restrictivas de la temporalidad, en las leyes y en la jurisprudencia, ratifica el valor de la reforma. Aunque no sea la (idealmente) querida desde diversas posiciones, unas más garantistas, que, por ejemplo, le reprochan mantener la regulación del despido sin causa o causa irreal [si bien estos temas están removidos en el derecho vivo –una lectura tradicional en [STS 356/2022, de 20 de abril](#)– bien a través de la reclamación colectiva de la UGT ante el Consejo de Europa por violación del art. 24 [Carta Social Europea revisada, como se explicó en el número anterior](#); bien la posibilidad de predicar la nulidad del despido por enfermedad a raíz de los arts. 26 y 27 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que prohíbe toda represalia por enfermedad o condición de salud]; otras, en cambio, en sentido contrario, más flexibilizadoras, a las que su éxito, en términos razonables, siempre mejorables, no puede serles regateado. Por lo tanto, es también evidente el descalabro jurídico-social que provocaría jurídica y socialmente ser invalidada constitucionalmente.

---

La activación de estas nuevas dinámicas de favor hacia la estabilidad y restrictivas de la temporalidad, en las leyes y en la jurisprudencia, ratifica el valor de la reforma

---

Ahora bien, con ser importante exponer, siquiera sucintamente, las principales razones del RI, este procedimiento constitucional puede presentar una novedad, aun en el plano procesal, de una enorme significación, sin duda un hito histórico-jurídico en la dinámica evolutiva

del «Estado social y democrático constitucional de derecho» (art. 1 CE). La razón de este calificativo reside en la [petición](#) hecha por los dos sindicatos más representativos a nivel estatal, firmantes de la reforma, en su dimensión de norma de coyuntura con valor de ley socialmente concertada, para ser reconocidos como «sujetos procesales coadyuvantes» ex [artículo 81 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional](#) (LOTC). A través de este expediente procesal, los sindicatos pretenden defender ante el TC la legitimidad constitucional de la (su) ley de reforma laboral concertada socialmente.

---

Los sindicatos pretenden defender ante el TC la legitimidad constitucional de la (su) ley de reforma laboral concertada socialmente

---

¿Si prevé esta posibilidad de personación de un sujeto coadyuvante tercero a los procesos constitucionales abiertos en sede del TC, dónde está lo «histórico-jurídico»? De un lado, en que no se prevé de forma expresa en el RI ([art. 34 LOTC](#)). De otro, que no se ha reconocido por el TC, hasta el momento, a ningún sindicato. Finalmente, y como contrapunto, esta práctica excluyente es una anomalía en la mayor parte de los tribunales de garantías de derechos fundamentales, que conocen la figura del «*amicus curiae*» («amigo del tribunal») para canalizar situaciones como la aquí en juego.

**3.** Antes de afrontar, de forma breve, la cuestión raíz de este editorial, la referida cuestión procesal (destacada por analistas como el profesor [A. Baylos](#)), la legitimación sindical para personarse como sujeto procesal coadyuvante ex [artículo 81 de la LOTC](#) en la defensa de la constitucionalidad de la ley de reforma que han concertado socialmente, excluyendo, además, que se tramite mediante proyecto de ley para evitar correcciones desequilibradoras, se hará una breve incursión en los principales argumentos (algunos han sido avanzados por el profesor [E. Rojo](#)) sostenidos por el sujeto recurrente para la interposición del RI contra el RDL 32/2021. A tal fin, como es fácilmente comprensible, la línea de razonamiento principal que lo sustenta reside en la pretendida vulneración del [artículo 86 de la CE](#), esto es, la inexistencia, a su juicio, del estricto presupuesto constitucional que habilitaría para dictar la norma de coyuntura: necesidad urgente y extraordinaria. El propio grupo parlamentario de Vox ha presentado públicamente una síntesis de razones de lo que llama «[batalla en el Constitucional](#)».

La primera línea argumental de impugnación se centra en lo que consideraría es «a todas luces un abuso de la figura del real decreto-ley», agravado en este caso porque el preámbulo reconoce el carácter «estructural» de los «desequilibrios que el mercado laboral español arrastra desde [...] décadas» y que pretende resolver de forma definitiva con una norma de coyuntura. No entraremos en profundidades, pero sorprende una afirmación como esta. El TC rechazó una visión tan simplista de las relaciones entre problemas estructurales y soluciones de urgencia (por lo mismo, el [RDL 12/2022, de 5 de julio](#), que trata de poner coto al sistemático y arraigado abuso de la temporalidad en el personal estatutario de salud, también sería

---

La impugnación se centra en lo que consideraría es «a todas luces un abuso de la figura del real decreto-ley»

---

inconstitucional), por lo que no parece que resulte muy viable (por ejemplo, SSTC [47/2015](#), FJ 5.º, y [139/2016](#), FJ 3.º).

Una segunda línea de razonamiento crítico tiene que ver con la eficacia práctica de la reforma. Si se pretende resolver con urgencia un problema estructural, cambiando las reglas de juego de la contratación, parecería claro que sus efectos serán remotos en el tiempo. Las empresas necesitarán un largo tiempo de adaptación (superior al periodo de *vacatio legis* concedido –3 meses–). La referida prueba estadística parece desmentirlo.

---

Las empresas necesitarán un largo tiempo de adaptación. La referida prueba estadística parece desmentirlo

---

En una tercera línea argumental, ya no en el plano del presupuesto habilitante, sino respecto de sus límites materiales, no menor perplejidad causa que se ponga el acento en la vulneración del [artículo 86 de la CE](#) porque se afecta al contenido esencial de derechos constitucionales, como el derecho al trabajo ([art. 35 CE](#)) y el derecho a la negociación colectiva ([art. 37 CE](#)). Más aún, se pone el acento en que la reforma tendrá una «honda repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales». Empezando por esta última cuestión, que puede ser discutible, es conocido que el TC ha venido negando que exista un modelo único constitucional propio de las relaciones laborales ([STC 8/2015, de 22 de enero](#)), por lo que no es esperable ningún cambio a estos efectos. En todo caso, tampoco es fácil de entender qué perjuicio se ocasiona al derecho al trabajo, cuando se reafirma la estabilidad en el empleo, o a la negociación colectiva, cuando no se hace otra cosa que promover su participación a la hora de concretar más de un aspecto importante para el fin último de la reforma (por ejemplo, régimen del contrato de fijeza discontinua [ex art. 16 ET](#); recuperación del régimen de ultraactividad indefinida –para el régimen precedente, plagado de conflictos, *vid.* [STS 359/2022, de 20 de abril](#): no ha lugar a contractualizar las condiciones de trabajo cuando es aplicable un convenio de ámbito superior–).

Finalmente, se pone el acento en los pretendidos vicios del Pleno en el que se convalidó la reforma. Es conocido el bochornoso espectáculo dado por la Cámara en este punto. Pero de ahí a entender que se trata de una quiebra absoluta del principio democrático parece que media un abismo. No nos detendremos en este sainete.

**4.** Es momento de entrar en la cuestión procesal previa que debería resolver la nueva mayoría del TC salida de su renovación: ¿es factible la petición de los sindicatos, protagonistas, incluso artífices de la reforma, hasta condicionarla a que no se tramitara como proyecto de ley para no romper los equilibrios a los que responde, para que se les reconozca el derecho a personarse como coadyuvantes en la defensa de la legitimidad constitucional del RDL 32/2021? ¿Qué dice el [artículo 81 de la LOTC](#) que alienta la legítima reclamación de los sindicatos y por qué el TC ha venido haciendo, hasta ahora, una lectura tan restrictiva que muta realmente en excluyente? ¿Concurre en los sindicatos firmantes de una ley laboral socialmente concertada un interés legítimo constitucional en el proceso de RI?



El precepto orgánico de referencia, ubicado sistemáticamente en título VII, dedicado a reglas comunes a todos los procedimientos constitucionales (referidos en plural en la letra del precepto), prevé que las personas (físicas o jurídicas) «cuyo interés les legitime para comparecer en los procesos constitucionales», o como parte (actora o demandada) o como «coadyuvantes», podrán hacerlo, siempre que confieran su representación a una persona profesional de la procuraduría. Consecuentemente, y dado que, como se dijo, el [artículo 34 de la LOTC](#), en relación con el procedimiento de RI, no prevé tal comparecencia de forma expresa, habrá que identificar si, en relación al interpuesto contra el RDL 32/2021, tiene el sindicato concertante de la ley de reforma laboral un interés legítimo constitucional suficiente para tal personación, en posición procesal de coadyuvancia no tanto de quien ocupa la posición de legitimado pasivo, el Gobierno, sino de la constitucionalidad del producto normativo en el que ha participado de manera principal. Que el concepto clave es la identificación de un interés legítimo al procedimiento de inconstitucionalidad viene corroborado por la aplicación supletoria de la [Ley de enjuiciamiento civil](#) para cuestiones tales como son estas relativas a la «comparecencia en juicio» ([art. 80 LOTC](#)).

---

¿Concurre en los sindicatos firmantes de una ley laboral socialmente concertada un interés legítimo constitucional en el proceso de RI?

---

**5.** Los sindicatos en general, y los sindicatos más representativos estatales en particular, gozan de una presunción de interés legítimo para intervenir en toda gama de procesos de la jurisdicción ordinaria, por lo común en los órdenes social y contencioso, en los que se ventilan la amplia gama de «intereses sociales económicos» que les serían propios, según el [artículo 7](#) en relación con el [artículo 28 de la CE](#). Esto es una evidencia hoy, un dato adquirido de la cultura jurídico-social y constitucional. La doctrina del TC, y la jurisprudencial tanto de la Sala 4.<sup>a</sup> como de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, en su aplicación debida, han venido reconociendo la «capacidad abstracta de los sindicatos para la protección y defensa de los derechos de los trabajadores». Así lo volvía a reconocer, trayendo una vez más los precedentes de hace 30 años del TC (por ejemplo, SSTC 201/1994 y 101/1996), la [STS 456/2022, de 18 de mayo](#) (también de interés la [STS 82/2022, de 27 de enero](#)). Ahora bien, tal capacidad para la defensa procesal del cúmulo de intereses socioeconómicos que les son propios no da una carta blanca de intervención procesal: «tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad». En consecuencia, deben acreditar «un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate», a ponderar en cada caso.

Un vínculo de conexión con el objeto del procedimiento (clásica «legitimación *ad causam*» –titularidad de un derecho o interés legítimo–, debiendo situarse en posición de defenderla expresamente en juicio –clásica «legitimación *ad procesum*»–) que se plasma ([art. 17.2 Ley reguladora de la jurisdicción social](#)) en la noción de interés legítimo económico o profesional,

traducible en «beneficio específico derivado de la eventual estimación del recurso» (en el caso, la falta de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo que, negociado por comisión *ad hoc*, finaliza sin acuerdo, es impugnado por la UGT, hará desestimar el recurso). Por tanto, siendo el sindicato una institución de relevancia constitucional que representa, en su diversidad, los intereses sociales y económicos del conjunto de la población trabajadora (STC 89/2020, de 20 de julio), ¿cuáles son las claves jurídicas para dar el salto –cualitativo– al ámbito de los procedimientos constitucionales, no de amparo (indiscutible), sino en el de inconstitucionalidad? A mi entender, estarán en identificar ese interés legítimo como sujeto coadyuvante de la defensa de la constitucionalidad de una ley que ha «coproducido». En un plano formal, el titular de la potestad legislativa es solo el Gobierno ex artículo 86 de la CE, pero ha decidido ejercerla de forma concertada socialmente, en vez de unilateral, autolimitándose, en aras de un claro plus de legitimación social que deriva de la técnica de la concertación social.

**6.** Precisamente, esta última observación nos sitúa en un aspecto crucial para la defensa de la legitimación sindical, en este caso, a fin de actuar como coadyuvante para la defensa de la constitucionalidad de la reforma, como ley concertada socialmente y de la que ha sido coautor. Me refiero al nivel de máxima garantía constitucional que exige la protección de esta dimensión externa de la actividad sindical y que forma parte de la libertad sindical ex artículo 28 de la CE en relación con su artículo 10.2. Se trata, como es conocido, de un derecho de rango fundamental que, además, integraría el estándar internacional de trabajo decente, así como de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022 (que incorpora, por cierto, desde el 10 de junio de 2022, un quinto: la seguridad y salud en el trabajo). Indiscutible que el ámbito material del RDL 32/2021 entra de lleno en el artículo 7 de la CE (como el propio RI reconoce –aun críticamente–), y tratándose de una ley especial por el procedimiento de producción, concertada, la clave constitucional pasa al artículo 28 de la CE.

La posición preferente en el ordenamiento jurídico-constitucional, así como en una comprensión multinivel debida ex artículos 10.2, 96 y 93 de la CE (Convenios núms. 98 y 87 OIT; art. 11 Convención Europea de Libertades Públicas y Derechos Humanos; Carta Social Europea revisada, etc.), de la libertad sindical, eje del doble principio social y democrático del Estado constitucional de derecho, tampoco está en discusión, superando de este modo su mera condición contractual, para tener otra de política indudable (por ejemplo, STC 64/2016, de 11 de abril). La necesidad de una interpretación de todas las normas (que debe incluir las de la LOTC pues forma parte del conjunto ex art. 9.1 CE), según lo más favorable a su efectividad, se plasma una y otra vez en los más dispares asuntos (por ejemplo, STS 82/2022, de 27 de enero, que hace de esa lectura expansiva un argumento más para defender la competencia del orden social en un asunto en el que estaban en juego los derechos de información sindical frente a la autoridad laboral; Sentencia del Tribunal Superior

de Justicia –STSJ– del País Vasco de 14 de junio de 2022, caso Novaltia, que condena a la empresa por vulnerar el derecho a la libertad sindical, al negar una información a la representación clave en relación a una huelga; [STSJ de Andalucía/Sevilla 1429/2022, de 19 de mayo](#), que condena a 45.000 € a cada uno de los representantes de los trabajadores objeto de persecución o acoso antisindical, entre otros criterios por el efecto disuasorio que debe provocar en la empresa, a fin de evitar violaciones de derechos tan fundamentales como la libertad sindical –y la dignidad de las personas trabajadoras–; etc.).

Ciertamente, no siempre triunfa esta dimensión expansiva del ámbito de defensa sindical de los intereses que les son propios constitucionalmente en aras del [artículo 28 de la CE](#). Es el caso de la –muy polémica– [Sentencia de la Audiencia Nacional 6/2022, de 17 de enero](#). En la demanda sindical de ambos sindicatos más representativos estatales (UGT y CC. OO.) por despido colectivo de hecho (desconexión masiva de todas las personas empleadas una vez entró en vigor el cambio legislativo) de personas que realizan tareas de reparto a través de una plataforma digital (Uber Eats), desestima la demanda por falta de la legitimación de los sindicatos, al no tener implantación suficiente en el ámbito del despido. Es evidente el argumento formal, por cuanto difícilmente podían acreditar tal vínculo cuando en la empresa se denegó la condición de personas asalariadas, para ser vinculadas formalmente como personas trabajadoras autónomas. Afortunadamente, la [STS 684/2022, de 20 de julio](#) (caso Uber Eats), que ha revocado la de la Audiencia Nacional, nos permite comprobar la efectividad real de esta dimensión representativa inherente a la libertad sindical, más allá de la dimensión formal contractual.

Ahora bien, estamos en el ámbito de un procedimiento constitucional y en una dimensión abstracta y general, como es el RI, por lo que el interés legítimo constitucional para actuar como sujeto coadyuvante ex [artículo 81 de la LOTC](#) en relación con el [artículo 24 de la CE](#) debe hallar un vínculo más estrecho y poderoso en el orden constitucional.

Y es ahí donde, se decía, la inclusión de la actividad de concertación social en la producción de las leyes, muy en especial de la aquí analizada, de la reforma laboral, como un contenido esencial, cuando menos adicional, de la libertad sindical debe aportar ese plus de vínculo con un especial procedimiento constitucional, el del RI contra la reforma laboral.

---

La inclusión de la actividad de concertación social en la producción de las leyes como un contenido de la libertad sindical aporta ese vínculo con el RI contra la reforma laboral

---

**7.** Estamos, pues, en un plano de defensa de derechos fundamentales, la libertad sindical. Surge, así, un argumento adicional para el reconocimiento del interés legítimo constitucional sindical a la personación, como coadyuvante, para defender la legitimidad constitucional de ley que ha coprotagonizado, es cooperador necesario o «coadyuvante material». Por supuesto se está en un procedimiento constitucional muy diferente al recurso de amparo, específico para la defensa por particulares, individuales y colectivos, de derechos de este

rango. La referencia se dirige en otra dirección y entronca con la interpretación multinivel, o de orden internacional, de estos preceptos de la LOTC, que también están afectados por tal canon hermenéutico ([art. 10.2 CE](#)).

Me refiero a que, a mi juicio, y pese a que no hay un acuerdo pleno en la doctrina, la técnica procesal del coadyuvante sindical guarda analogía (no identidad) con la figura «amicus curiae», difundida en los procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con varias formulaciones en los ordenamientos (por ejemplo, [art. 15 Ley de enjuiciamiento civil española](#)), y dejando de lado su interpretación literal, esta figura obedece al principio de democratización de los procesos jurisdiccionales, en especial los constitucionales de más trascendencia social. De este modo, junto al principio democrático del Estado social constitucional de derecho, se refuerza el principio procesal contradictorio (una doble idea resaltada por la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos vs. España](#), que terminó avalando la participación de las partes particulares). A partir de ellos, se amplían las oportunidades de éxito procesal del interés propio esgrimido en el pleito por causa ajena, como este. En esta dirección cabe razonar atendiendo al artículo 6.1 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), derecho a un proceso equitativo, aplicable también en procedimientos constitucionales.

---

La técnica procesal del coadyuvante sindical guarda analogía con la figura «amicus curiae», difundida en los procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

**8.** Debiendo evidenciar honestidad científica, y rigor jurídico, para que la confianza en la posición jurídica aquí defendida no genere expectativas desmesuradas o irreales, hay que recordar que la doctrina del TC no ha asumido, hasta ahora, esta comprensión del [artículo 81 de la LOTC](#). El TC ha venido rechazando la participación de sujetos que defienden intereses particulares o asociativos en los procedimientos constitucionales sobre leyes, por el carácter general y abstracto de las mismas (Autos del TC –AATC– [175/2004](#) y [1203/1987](#)). El [ATC 252/1996](#) excluye la legitimación para una asociación de médicos interinos, con un voto particular que sí admite la legitimación, o el [ATC 248/2008](#) (asociación de empresarios de vehículos de transporte con conductor respecto de una ley autonómica). Sí se reconoció en el [ATC 172/1995](#) (para un poder de autogobierno autonómico).

---

La doctrina del TC no ha asumido, hasta ahora, esta comprensión del artículo 81 de la LOTC

---

A mi juicio, esos precedentes no serían estrictamente aplicables a este caso. No estamos ni ante sujetos de la sociedad civil (particular o asociativa) ni de la sociedad política (partidos, que participan directamente en la ley a través del Parlamento, que sí tiene legitimación para la defensa en el RI), sino sujetos de relevancia constitucional que defienden

intereses generales y participan en la creación de una ley, cuya legitimidad, en cambio, no podrían defender, pese a su interés legítimo constitucional, salvo ex [artículo 81 de la LOTC](#). Además, en todo caso, es evidente que la interpretación constitucional del [artículo 81 de la LOTC](#) también debe evolucionar ([STC 198/2012, de 6 de noviembre](#)), en un contexto social y culturalmente mutado (no solo de las mayorías constitucionales).

Cierto, no parece el TC propicio para dar saltos evolutivos (piénsese –por reincidir en la cuestión de la temporalidad– en el [ATC 83/2022](#): inadmite la cuestión de inconstitucionalidad sobre el carácter discriminatorio del [artículo 49.1 ET](#), al entender que las personas interinas por sustitución no son comparables al resto de las personas trabajadoras temporales a efectos de percibir una indemnización por cese). Pero la «función de progreso» de toda actividad jurisdiccional no debería derivar de la ideología –legítima– de cada integrante del Alto Tribunal, ni de su mayoría, sino de una exigencia de la propia Constitución interpretada conforme a sus valores superiores ([art. 1 CE](#)). En última instancia, también el TC debe formar parte del «derecho vivo» (para la jurisdicción ordinaria remitimos a los numerosos ejemplos de la actualidad que se recogen en el [estudio](#) realizado por la profesora Margarita Miñarro en homenaje al maestro don Efrén Borrajo). Veremos.

---

No parece el TC propicio para dar saltos evolutivos. Pero la «función de progreso» de toda actividad jurisdiccional no debería derivar de la ideología, sino de una exigencia de la propia Constitución interpretada conforme a sus valores

---

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2022). La reforma laboral a juicio del Tribunal Constitucional: ¿debe tener en el sindicato pactante un «amicus curiae»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 5-16.



# Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas

**Amparo Esteve Segarra** (autora de contacto)

*Profesora titular y CU acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València (España)*

*Magistrada suplente Sala Social Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*  
[Amparo.Esteve@uv.es](mailto:Amparo.Esteve@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

**Albert Ituren Oliver**

*Profesor de Derecho Administrativo.  
Universitat de València (España)*

[alberto.ituren@uv.es](mailto:alberto.ituren@uv.es) | <https://orcid.org/0000-0001-9643-9517>

## Extracto

El objetivo de este artículo es el de abordar posibles situaciones de fraude en supuestos de subrogación empresarial relacionadas con casos donde se incrementa fraudulentamente la plantilla, los salarios, como condiciones más beneficiosas o por vía de la negociación colectiva. Asimismo, se abordarán algunos problemas relacionados con la reducción o la división de las contrataciones públicas.

**Palabras clave:** transmisión de empresa; subrogación empresarial; negociación colectiva; fraude de ley; abuso de derecho; contratación pública; condición más beneficiosa; salario.

Recibido: 21-03-2022 / Revisado: 12-04-2022 / Aceptado: 18-04-2022

**Cómo citar:** Esteve Segarra, A. e Ituren Oliver, A. (2022). Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 17-45.



# Post-subrogation problematic situations: fraud, corruption and tortious maneuvers in reversals and succession of contractor companies

Amparo Esteve Segarra

Albert Ituren Oliver

## Abstract

The aim of this article is to address possible situations of fraud in cases of corporate subrogation related to cases where the workforce and wages are fraudulently increased, as more beneficial conditions or through collective bargaining. Some problems related to the reduction or splitting of public procurement will also be addressed.

**Keywords:** business transfer; business subrogation; collective bargaining; legal fraud; abuse of rights; public procurement; most beneficial condition; salary.

**Citation:** Esteve Segarra, A. e Ituren Oliver, A. (2022). Post-subrogation problematic situations: fraud, corruption and tortious maneuvers in reversals and succession of contractor companies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 17-45.



## Sumario

1. El foco de los problemas se traslada de cómo subrogar a las condiciones postsubrogación
  2. La obligación de información en el pliego sobre la subrogación
    - 2.1. Extensión cuantitativa
    - 2.2. Extensión cualitativa
  3. Fraudes laborales en la subrogación empresarial y la respuesta que ofrece la normativa de contratos públicos
  4. Casos de ejercicio abusivo o desviado del derecho de subrogación
    - 4.1. El incremento abusivo de la plantilla y la exclusión de la subrogación del personal con vínculos de parentesco
    - 4.2. Cambios en las condiciones salariales pactadas anteriormente
      - 4.2.1. Subidas del salario mínimo o del salario del convenio sectorial
      - 4.2.2. Subidas salariales con sospechas de fraude
      - 4.2.3. Subidas acordadas en un convenio colectivo de empresa previas a la subrogación
  5. Cambios objetivos: reducción o división de la contrata
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. El foco de los problemas se traslada de cómo subrogar a las condiciones postsubrogación

Desde principios de 2022, aclarada la forma de integrar a las personas empleadas en caso de reversión a través de la figura del personal fijo por el Tribunal Supremo (TS)<sup>1</sup>, y no como indefinido no fijo, ha quedado cerrado el debate sobre si en caso de reversión rige la figura del indefinido no fijo<sup>2</sup>. Sin embargo, cualquiera que conozca mínimamente la realidad de las reversiones sabe que los problemas más importantes comienzan, no cuando se declara la obligación de subrogar, sino el día después de la unión. Y es que ante el anuncio de una reversión pueden incrementarse exponencialmente las situaciones de fraude con y por la subrogación: hinchar plantilla, salarios, condiciones más beneficiosas acordadas por encima de parámetros normales, etc. Parfraseando a un genial humorista como es Groucho Marx y haciendo un símil con el matrimonio: la transmisión de empresa es una gran institución, pero no siempre es fácil vivir en y con una institución. Y muchas veces, los órganos judiciales del orden social centran el foco en si hay transmisión de empresa o no, y cierran los ojos a los problemas que se producen con y por la subrogación empresarial. En muchos casos, el debate procesal permite una ceguera voluntaria, a modo de cerrar la puerta y no querer ver los problemas que una unión puede causar.

Declarada la obligación de subrogar y elegida por nuestro ordenamiento la opción que permite hacer responsable a una empresa de las deudas de la anterior<sup>3</sup>, las controversias jurídicas se trasladan a otro campo de batalla mucho más prosaico, el de las condiciones laborales postsubrogación. Y respecto a estas, el TS, en la antes comentada Sentencia de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020), realiza dos advertencias.

La primera es que el régimen jurídico del personal subrogado en una Administración pública no tiene por qué ser el mismo que el del personal fijo que entró por la superación de un procedimiento reglado de acceso al empleo público. Señala el Alto Tribunal que «la fijeza no está adquirida incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente

<sup>1</sup> Sentencia del TS (STS) de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020).

<sup>2</sup> Esta cuestión que ha ocupado a los tribunales y a la academia durante años tenía una solución evidente después de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto Correia (Sentencia del TJUE –STJUE– de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Correia Moreira).

<sup>3</sup> El artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 dispone que:

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.

limitada al objeto de la transmisión y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes». Esta circunscripción apunta a una limitación en el ámbito, por ejemplo, de las promociones que solo podrán ejercitarse dentro de la unidad empresarial transmitida, no dentro de toda la Administración pública en la que se produce la reversión.

La segunda es una afirmación realizada *obiter dicta*, en la que el Alto Tribunal apunta lo siguiente: cuando se acredite que ha podido existir una fraudulenta incorporación de personal cuya plantilla se previera acabara integrándose en la Administración, ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para acabar con maniobras torticeras.

El objeto de este estudio es centrar la atención en esta última idea y comentar algunos posibles fraudes y los instrumentos que ofrece el ordenamiento para solventarlos. Dentro de la multitud de problemas que plantea la subrogación de personal en el ámbito de las Administraciones públicas, se seleccionarán tres zonas de conflicto.

En primer lugar, se abordarán casos donde se producen ilegalidades claras en la subrogación de personal, pero donde, no obstante, las soluciones que ofrece la legislación en materia de contratos públicos no son, a nuestro juicio, del todo satisfactorias.

Un segundo apartado se dedicará a supuestos donde se puede producir un fraude de ley y un ejercicio abusivo de derechos con la propia subrogación. Se tratarán casos como: qué pasa con las empresas que antes de perder una contrata realizan contrataciones por encima de los parámetros usuales, o se producen subidas de salarios antes del cambio de contratista o de una reversión o qué ocurre con las cláusulas de subrogación que excluyen a personas trabajadoras que tengan vínculos familiares con el antiguo empresario/a persona física o con los socios o socias que tengan el control de la empresa persona jurídica, si esta es la forma jurídica en la que se instrumenta la empresa.

El tercer grupo de problemas que se tratarán son los supuestos en que se producen cambios en las condiciones de trabajo del personal subrogado, pero por causas, permítanos la expresión, «objetivas», porque el órgano de contratación impone una reducción de efectivos u horas o una división en lotes de la contrata.

Pero antes de analizar estos problemas, conviene abordar una cuestión instrumental para evitar situaciones conflictivas, cual es la obligación de información del órgano de contratación administrativa sobre la subrogación de personal.

## 2. La obligación de información en el pliego sobre la subrogación

En el anuncio de licitación debe incluirse la obligación de subrogar cuando proceda. El artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP),



obliga a proporcionar ciertas informaciones a las empresas licitadoras para que puedan valorar y, en su caso, realizar la oferta económica, teniendo en cuenta obviamente los costes laborales. La falta de la información debida puede motivar diferentes consecuencias en la relación entre la Administración y las empresas contratistas que van desde el desistimiento de una empresa que concurra a la licitación, la anulación del concurso<sup>4</sup> y, en caso de que el contrato público haya sido adjudicado, una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

Sin embargo, la falta de información sobre la obligación de subrogación no impedirá que opere la obligación de subrogación frente a las personas trabajadoras, si esta es exigible, ni las consecuencias legales de incumplirse esta, que generalmente son, si se ha reclamado en plazo, las del despido improcedente<sup>5</sup>.

El artículo 130 de la LCSP parte de una dinámica teóricamente sencilla: es la empresa saliente la que proporciona la información al órgano de contratación, que, a su vez, remite la información a las empresas licitantes. Sin embargo, el hecho de que la extensión cuantitativa y cualitativa de la obligación de información de la Administración no siempre esté clara y que, en la práctica, esta se haga depender en gran medida de la información suministrada por la empresa saliente conduce a que esta no sea siempre fidedigna.

## 2.1. Extensión cuantitativa

Respecto a la extensión cualitativa de la obligación de información, el artículo 130 de la LCSP establece un concepto indeterminado aludiendo a:

[...] la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

<sup>4</sup> Alguna sentencia en sede contencioso-administrativa ha anulado un concurso público por no incluir en el pliego de condiciones la subrogación prevista en el convenio colectivo (STS, Sala 3.ª, de 1 de junio de 2004, rec. 3817/1999).

<sup>5</sup> Conforme a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) se establece:

En este sentido, la de este tribunal, citada acertadamente por el órgano de contratación, señala que [...] por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los pliegos omitan la misma (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 –Roj STSJ PV 4693/2010–) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (cfr.: Sentencia del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 –Roj STS 5847/2013–) (Resoluciones TACRC núms. 906/2014 y 292/2015).

El TACRC, aunque ha reconocido que el artículo 130 de la LCSP contiene un listado que no es un *numerus clausus*, ha sido reacio a ampliar las obligaciones de información más allá de lo previsto en la LCSP. A título ejemplificativo, ha negado la obligación de informar en el pliego del número de personas con discapacidad que prestan servicios en un contrato o su grado de discapacidad, porque dicha exigencia resulta exacerbada a la vista del tenor del artículo 130 de la LCSP<sup>6</sup>. Otros organismos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) han señalado diversas informaciones que deben suministrarse, como los salarios brutos del personal afectado por la subrogación o la existencia de reclamaciones laborales o salariales en vía administrativa y judicial y la cuantificación de su importe, y otras que no, como los porcentajes de absentismo<sup>7</sup>.

Sin embargo, en relación con las deudas laborales y de Seguridad Social pendientes del anterior contratista, el TACRC ha sido menos exigente al señalar que:

[...] consecuencias en cuanto al impago de salarios o deudas con la Seguridad Social no forma parte de las condiciones de trabajo o de convenio colectivo, respecto de los cuales se deba informar en los pliegos; existiendo medidas de depuración de responsabilidades como la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de esta obligación (artículo 130.4 LCSP), y acción directa contra el antiguo contratista por el nuevo contratista (artículo 130.5 LCSP), además de la retención de pagos prevista en el art. 130.6 LCSP<sup>8</sup>.

Una de las informaciones que han de suministrarse<sup>9</sup> es el convenio sectorial de aplicación, cuyas condiciones salariales han de respetarse ex artículo 122.2 de la LCSP y que es

<sup>6</sup> Resolución TACRC núm. 918/2021.

<sup>7</sup> A este respecto, *vid.* Informe JCCPE 35/2019.

<sup>8</sup> Esta afirmación se contiene en la Resolución núm. 353/2020 del TACRC, de 5 de marzo de 2020 (rec. 137/2020). En el caso, una asociación de empresas de limpieza presentaba un recurso contra los pliegos de la licitación del contrato de servicios de limpieza de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En esencia, planteaba que dada la posición del TS en el orden social de configurar los contratos de limpieza como una sucesión de empresa a los efectos de extender la responsabilidad solidaria, cabía exigir a los órganos administrativos una completa información sobre los impagos, porque aunque la LCSP otorgue a la persona contratista entrante la acción directa para repetir contra la contratista saliente en orden de resarcirse los mencionados costes laborales, existirán situaciones en las que, en la práctica, será casi imposible recuperar dichas cantidades.

<sup>9</sup> Establece el artículo 130 de la LCSP:

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

el que puede contener una obligación de subrogación<sup>10</sup>. Las complejas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable ex artículos 83 y 84 del ET, donde se combinan diferentes reglas, como la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias junto con la compleja regla de prioridad temporal de los convenios, que se exceptúa en algunos casos, y que para determinados sectores o contrata no existe convenio o ha de determinarse por la actividad principal de la contrata (en las de gestión integral<sup>11</sup>) o en cada contrata<sup>12</sup>, hacen que determinar el convenio sectorial de aplicación sea una cuestión difícil. Piénsese, por ejemplo, en algunas actividades de mantenimiento o en actividades como las de control de acceso o conserjería en empresas u organismos públicos, que, si no se prestan juntamente con las de vigilancia, no tienen un convenio colectivo de referencia.

## 2.2. Extensión cualitativa

En cuanto a la extensión cualitativa, diversas juntas consultivas en materia de contratación ya han señalado el carácter formal de la obligación informativa de la Administración y, parapetando a esta, que, si se proporciona por la empresa contratista saliente una información inexacta, es esta la única responsable, sin que la Administración deba asegurar la indemnidad patrimonial de la nueva contratista<sup>13</sup>. Es una forma elegante de reconocer que en este punto el órgano administrativo y la empresa entrante pueden ser cautivos de una información inexacta.

<sup>10</sup> La STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016) señala que la prevalencia del convenio sectorial en materia de subrogación convencional no vulnera la preferencia aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias prevista en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET). De manera que, si una empresa decide acometer una actividad, no podrá aducir la prohibición expresa o la falta de previsión de la subrogación empresarial en su convenio.

<sup>11</sup> La STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018) aboga por aplicar el criterio de la actividad principal en la determinación del convenio de contrata de gestión integral, donde la atención de los servicios es muy diversa, desde limpieza a mantenimiento de instalaciones de todo tipo (eléctricas, informáticas, elevadores...), conserjería, vigilancia y seguridad, etc., como ya se interpretara en la STS de 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).

<sup>12</sup> En las empresas multiservicios, la jurisprudencia habría considerado de aplicación el convenio de la actividad sectorial objeto de la contrata (STS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018), criterio que después asumiría el Parlamento en la reforma laboral del 2021 (RDL 32/2021, que modifica el art. 42.6 ET).

<sup>13</sup> El Informe de la JCCPE 35/19 señala:

[...] la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es de carácter puramente formal, pues solo obliga a requerir al contratista actual determinada información y, una vez proporcionada por este, a facilitar dicha información a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca– ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de la información. [...] En consecuencia, es criterio de esta junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la

Otra cuestión que complica el tema de información es que la doctrina del TS partía de que, si la empresa saliente no informaba bien, podía ser considerada responsable de las consecuencias de que la subrogación no hubiera operado<sup>14</sup>. Léase, debía hacer frente a las consecuencias del despido improcedente. Sin embargo, el TS, en sus últimos pronunciamientos, hace referencia a que, si hay obligación de subrogar, la empresa entrante ha de subrogar al personal y no puede escudarse en la falta de información de la saliente<sup>15</sup>, sin perjuicio de que pueda reclamar contra esta. Esta solución, que puede ser impecable desde la perspectiva de la técnica jurídica y de protección de las personas trabajadoras, genera en la práctica no pocos problemas, de licitaciones desiertas o de empresas que pueden quebrar, al tener que hacer frente a despidos improcedentes por no subrogación cuando no han sido informadas, sin que la posibilidad de que (bastante) tiempo después pudieran quedar resarcidas sea un alivio.

Además, la JCCPE ha considerado que, si se producen casos donde la nueva empresa contratista ha de responder por deudas salariales y de Seguridad Social de la antigua contratista, ello no daría derecho a una modificación del contrato administrativo<sup>16</sup>, pero le permite no formalizar el contrato por causa no imputable a ella, sin incautación de las garantías prestadas si ha guardado la diligencia debida en la confección de la oferta. Pero esta doctrina solo ofrece cierto paraguas si el pago de las deudas se produce en un momento inicial del desarrollo del contrato administrativo.

---

imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación activa de contrastar la información suministrada. [Y se añade] En caso de que, una vez formalizado el contrato, el adjudicatario compruebe que la información facilitada a los operadores económicos en el listado de subrogación es incorrecta –bien en cuanto al número de trabajadores, bien en cuanto a su antigüedad, dedicación, etc.–, y sin perjuicio de la «acción directa contra el antiguo contratista», ¿se debe asegurar la indemnidad patrimonial del contratista? No, de acuerdo con este precepto y con el apartado 6 del artículo 130, queda claro que el contratista saliente es el único responsable de la veracidad de la información suministrada, siendo el órgano de contratación un mero intermediario en el suministro de información entre el contratista saliente y los licitadores del nuevo contrato.

<sup>14</sup> SSTS de 26 de julio de 2007 (rec. 381/2006) y de 19 de septiembre de 2012 (rec. 3056/2011), salvo cuando la falta de información sobre un aspecto de la subrogación podía ser considerada menor (STS de 28 de julio de 2003, rec. 2618/2002).

<sup>15</sup> STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2635/2018). En el caso, una empresa de limpieza sucedió en la contrata aduciendo que no subroga a una supervisora por entender que la anterior empresa, la saliente, no le había pasado toda la información que establecía el convenio. En este caso, el TS ya no aplicó, y ni siquiera mencionó, el tema de la entidad de la información y si era responsabilidad de la saliente, sino que argumentó que se trataba de una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, y, por tanto, la nueva empresa tenía obligación de subrogar porque había asumido una parte esencial de la plantilla.

<sup>16</sup> Informe 35/2019.

### 3. Fraudes laborales en la subrogación empresarial y la respuesta que ofrece la normativa de contratos públicos

En teoría, si se produce una subrogación empresarial, se han de mantener los contratos y las condiciones de trabajo (de salario, jornada, etc.), sin que la persona trabajadora haya de dar su consentimiento y sin necesidad de celebrar un nuevo contrato de trabajo. El cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo los contratos de trabajo que la anterior empresa tuviese celebrados, y la nueva mercantil queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior (art. 44 ET). Esta regla está vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y es de derecho necesario por ser un efecto *ex lege* de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante, Directiva 2001/23), y no es dispositiva para la Administración ni para la negociación colectiva.

Los tribunales han dicho que existe renuncia de derechos, prohibida por el artículo 3.5 del ET, si la empresa celebra con la persona trabajadora un nuevo contrato de trabajo, pacta un nuevo periodo de prueba o cambia, por mor de la subrogación, la categoría, antigüedad y retribución que tuviera reconocido el personal afectado<sup>17</sup>. No puede aprovecharse la subrogación para reducir las condiciones o efectuar un nuevo proceso de selección. Sin embargo, ello ocurre en no pocos casos en la práctica. Las vías de reacción típicas frente a estas ilegalidades claras son la denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y/o la interposición de una demanda judicial de despido<sup>18</sup>. Y, en ambos casos, la respuesta es previsible. Por ejemplo, los órganos judiciales han dicho que es correcta la sanción a una empresa que hizo firmar al personal afectado una renuncia a la antigüedad<sup>19</sup>. De hecho, en los casos en que se aparenta la extinción del contrato de trabajo con la anterior empresa contratista y el nacimiento de una nueva relación laboral, los tribunales no han dado valor a las bajas voluntarias o finiquitos, aplicando la clásica doctrina del fraude de ley prohibido por el artículo 6 del Código Civil al obligar a las personas trabajadoras a renunciar a su fijeza<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> No es legal obligar al trabajador/a a firmar un finiquito renunciando a la antigüedad que se tenía para ser recolocado/a en la nueva empresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Cataluña de 26 de mayo de 2017, rec. 1261/2017). En el caso tenía la persona una antigüedad de 15 años.

<sup>18</sup> Procesalmente, se ha desechado que a esta conclusión obstará que las personas asalariadas no denunciaran la situación hasta el cese efectivo en el trabajo, al no estimar de aplicación el plazo de prescripción de 3 años del artículo 44 del ET, sino el de la acción de despido, en relación con el último de los ceses.

<sup>19</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Toledo de 4 de febrero de 2019 (proc. 698/2018).

<sup>20</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2007 (rec. 1759/2007).



Los tribunales han señalado hasta la saciedad que la actuación empresarial de no subrogar a una persona trabajadora cuando existe la obligación legal o convencional constituye un despido, que generalmente se califica de improcedente, salvo si la persona despedida se encuentra en uno de los supuestos de nulidad reforzada. En muchos casos, las tutelas se activan solo si el personal afectado reclama, y las consecuencias se producen *a posteriori*, mediante una compensación reparadora, exigua y de la que la Administración cliente no es conocedora. Muchas veces ello se queda en una tutela individual que solo afecta tangencialmente a las empresas contratistas. No las golpea donde más les duele, esto es, en las posibilidades de contratar públicamente de nuevo. Y es que las prohibiciones de contratar para las empresas por incumplimientos de la rama social del derecho se ciñen esencialmente a tres supuestos:

- Sujetos que hayan sido sancionados por delitos de Seguridad Social y derechos contra las personas trabajadoras (art. 71.1 a) LCSP).
- Infracciones graves de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, extranjería, y las muy graves de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS)<sup>21</sup> y la grave del artículo 22.2 de la LISOS (art. 71.1 b) LCSP).
- Personas que han incumplido determinadas normas sociales, con independencia de que hayan dado lugar o no a condenas penales o sanciones administrativas (art. 71.1 d) LCSP), por ejemplo, no estar al corriente de obligaciones de Seguridad Social, no cumplir el requisito del 2 % de personal con discapacidad, o no tener plan de igualdad.

Puede haber declaración de nulidad del contrato que hubiera vulnerado algunas de las prohibiciones legalmente establecidas y anteriormente señaladas. Sin embargo, buena parte de los incumplimientos más frecuentes, como no subrogar al personal o reducir las condiciones laborales, no están incluidos expresamente entre las prohibiciones de contratación. La prohibición de contratar para las empresas no queda afectada con una tutela judicial privada, esto es, por ejemplo, con una sentencia judicial sobre un despido improcedente por no haberse hecho efectiva la obligación de subrogación. Dicho de otra manera, aunque la acción judicial tenga éxito, el caso se queda en una sentencia judicial entre las partes, en una tutela privada, del trabajador/a o trabajadores/as que reclaman y las empresas incumplidoras.

Se puede aducir que, aunque no en el terreno de las prohibiciones de contratación, que es el más disuasorio para las empresas que se mueven en el apetecible nicho de mercado

---

<sup>21</sup> Incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. La normativa es desarrollada por el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Estas sanciones se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el de las comunidades autónomas de acuerdo con su respectivo ámbito competencial.

de la contratación pública, los incumplimientos laborales sí pueden tener efectos en otros aspectos. Por ejemplo, si se incumple el convenio colectivo sectorial por la empresa contratista, ello puede suponer la resolución de la contratación ya adjudicada ex artículo 211.1 i) de la LCSP, que señala como causa resolutoria:

El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

Esta previsión está en la línea de la obligación de que, cuando un contrato público es adjudicado, la empresa contratista también ha de cumplir las obligaciones laborales y de Seguridad Social (art. 201.1 LCSP), exigiéndose el cumplimiento del conjunto del ordenamiento laboral<sup>22</sup>. Y, aunque de entrada, el artículo 201.1 de la LCSP no diferencia el alcance de la exigencia por razón de la gravedad o trascendencia del incumplimiento de la persona adjudicataria; sin embargo, las posibilidades de reacción de los órganos de contratación en los casos de incumplimientos resultan matizadas en atención a la gravedad, al aludirse a que los incumplimientos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las de los convenios que sea grave y dolosa pueden dar lugar a las penalidades del artículo 192, que deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento sin que puedan ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 % del precio del contrato. Por consiguiente, la posibilidad de resolver el contrato público, aunque teóricamente sería posible, es compleja en la práctica. Amén de que muchas veces la información sobre eventuales fraudes laborales después de la adjudicación difícilmente llegará al sobrecargado órgano de contratación.

Se puede aducir que, teóricamente, la información relativa al personal que queda adscrito al servicio adquirirá el carácter de obligación esencial para su cumplimiento y puede comportar penalidades en el caso de su incumplimiento (art. 76.1 LCSP). Nuevamente la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de la obligación de subrogación se prevé en el artículo 130.4 de la LCSP, pero dicho precepto a su vez se remite al artículo 192 que permite imponer penalidades de forma proporcional<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> El artículo 8 b) del Acuerdo de materias concretas de la Comunidad Valenciana establece que la empresa adjudicataria de un servicio está obligada a cumplir la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales y estar al corriente de obligaciones de Seguridad Social y tributarias.

<sup>23</sup> Señala el artículo 192.1:

Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de estas superar el 50 % del precio del contrato.

La imposición de penalidades en los pliegos exige incumplimientos graves y dolosos, y también tiene una particular dinámica que parte de la intervención con carácter general de la representación (¿qué pasa si la empresa no la tiene?) y de la Administración subsidiariamente, pero solo si los incumplimientos alcanzan una cifra relevante.

Otro de los mecanismos previstos en la LCSP para evitar los incumplimientos laborales tampoco sirve. Me refiero a la acción directa contra la antigua empresa contratista por la nueva contratista contemplada en el artículo 130.5 de la LCSP, que es un precepto pensado para suplir una información defectuosa de la anterior contratista cuando los costes laborales son superiores a los informados y tratar de garantizar la indemnidad de la nueva contratista.

Finalmente, la retención de pagos prevista en el artículo 130.6 de la LCSP se ciñe a los impagos de salarios y cotizaciones. Esta retención, que obviamente toma como parámetro el ámbito objetivo de la responsabilidad por contratos de propia actividad del artículo 42 del ET, tiene, como ocurre en el precepto estatutario, un alcance limitado, pues solo se refiere a impagos de salarios y de cotizaciones, y no alcanza al supuesto más frecuente en la práctica, esto es, que unas personas trabajadoras no hayan sido subrogadas y reclamen por despido.

En conclusión, muchos incumplimientos laborales en la subrogación no afloran en la contratación pública, ni dañan las posibilidades de las empresas de ser adjudicatarias de nuevos contratos. Con ello el problema se retroalimenta (las empresas que incurren en conductas fraudulentas pueden hacer mejores ofertas, y es más probable que las contraten y la precariedad se extiende a las del sector, obligadas a competir con estas) y la Administración, a modo de Poncio Pilatos, se lava las manos, porque la normativa no la dota de instrumentos a estos efectos. Y es que, pese a que la normativa de contratación ha evolucionado y la vigente busca una contratación pública socialmente responsable, no todos los incumplimientos de la normativa laboral serán relevantes. Quizá por ello, el TACRC ha advertido, en alguna de sus resoluciones, que el órgano administrativo de contratación no es un juzgado laboral, ni la inspección de trabajo, ni la autoridad laboral; y que el ámbito natural para dirimir los incumplimientos laborales es la jurisdicción social. De modo que hay una «separación», en la que el órgano de contratación es «ajeno a las cuestiones entre el empresario saliente y el entrante y de estos con los trabajadores».

## 4. Casos de ejercicio abusivo o desviado del derecho de subrogación

Pero volvamos al tema de mantener las condiciones de trabajo y al problema no ya de asumir a las personas trabajadoras, sino si las condiciones con que se las asume son legales. Vivimos en el país del *Lazarillo de Tormes*, el *Buscón* o la *Celestina*, donde no por casualidad se produce a veces un uso desviado o abusivo de la institución subrogatoria, en

particular en casos de reversión. En este terreno, se pueden citar dos problemas clásicos en la subrogación de personal:

- De plantilla sobredimensionada.
- Con condiciones superiores a las habituales.

#### 4.1. El incremento abusivo de la plantilla y la exclusión de la subrogación del personal con vínculos de parentesco

En cuanto a la plantilla sobredimensionada, la empresa que pierde una contrata y, por tanto, ve reducido su volumen de ingresos tiene un fuerte incentivo para aprovechar la situación y trasladar a aquel personal que le supone un mayor coste laboral a la nueva contratista. Como ya se ha advertido, el problema se acrecienta en las reversiones ante el sueño de acabar trabajando por la Administración, entrando por la puerta de atrás.

Las personas negociadoras de los convenios colectivos han sido conscientes del problema desde antiguo, por eso se exigía una antigüedad mínima para que operase la subrogación convencional o se establecía un porcentaje mínimo de plantilla. Estas cláusulas convencionales pueden plantear problemas en contrata que descansan esencialmente en la mano de obra, porque, en ese caso, la limitación de personal prevista en el convenio para las personas trabajadoras con poca antigüedad no podría aplicarse de manera que las limitaciones que haya establecido el convenio colectivo no puedan surtir efectos.

Por consiguiente, hecha esta matización que se predicaría exclusivamente de las contrata que descansan esencialmente en la mano de obra, las cláusulas negociales del resto de contrata que establecieran requisitos para la persona trabajadora estarían amparadas por la libertad que tienen los sujetos negociales en la autonomía colectiva<sup>24</sup>. Y, en este sentido, una cuestión que puede plantearse es si algunas cláusulas son discriminatorias. Y es que también ha sido frecuente en los convenios colectivos la previsión de excluir la obligación de asumir al personal con vínculos de parentesco con la anterior contratista. Los tribunales han validado, en general, estas cláusulas<sup>25</sup> y no las han considerado discriminatorias<sup>26</sup>,

<sup>24</sup> La STS de 17 de septiembre de 2012 (rec. 2693/2011) ha interpretado que «la subrogación se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación».

<sup>25</sup> Como excepción, Camps Ruiz (1993, p. 192) cita la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de diciembre de 1983 (Ar. 10565), que rechazó la petición de la mercantil cesionaria de no asumir al hijo del propietario del 98 % de las acciones de la sociedad titular de la empresa transmitida, por entender que la relación no era laboral, sino de las contempladas en el artículo 1.3 e) del ET, sobre la base, simplemente, de que carecía «de sentido referirse a relaciones familiares con una persona jurídica».

<sup>26</sup> STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 (rec. 2363/2005).

o, más frecuentemente, las sentencias las han aplicado sin cuestionarlas, entendiéndolo, por ejemplo, que no es discriminatoria una cláusula del convenio que excluye de la subrogación al personal relacionado con la anterior contrata por vínculos de parentesco<sup>27</sup>.

Pero volvamos al tema de qué ocurre si una empresa ha hinchado la plantilla antes de una subrogación cuando la misma es obligatoria. Un asunto interesante es el planteado a la JCCPE en el expediente 24/2020<sup>28</sup>. El caso era el siguiente: el Ayuntamiento de Pelabravo tenía externalizado el servicio de limpieza y mantenimiento de zonas verdes del consistorio con un centro especial de empleo y cuando se pidió a la antigua contratista información sobre el personal a subrogar de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, el centro comunicó un número de personas adscrito notablemente superior al previsto, ya que solo los gastos de personal doblaban el importe del contrato público. El Ayuntamiento indicó en la solicitud de informe al órgano consultivo que, con esta plantilla hinchada, acaso la empresa perseguía evitar la concurrencia de empresas del sector de limpieza que no fueran centros especiales de empleo y deshacerse de personal en caso de subrogación. El supuesto es interesante, pues, como es sabido, el artículo 130.2 de la LCSP contiene una regla especial que establece que «la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato».

La junta consultiva concluyó que el número de personal subrogado correspondía determinarlo al Ayuntamiento en función de las necesidades «reales» del contrato, no a la empresa licitadora. La JCCPE fundamenta esta solución en tres argumentos. El primero, por entender que cada contrato administrativo tiene carácter autónomo y no está vinculado por los anteriores, por lo que no tienen que incluirse los mismos criterios de valoración y condiciones que en los pliegos anteriores. El segundo es el margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano licitador para fijar las necesidades de personal. El tercer argumento es que la anterior contratista, al ampliar la plantilla, incumplió el pliego de prescripciones técnicas del anterior contrato, por lo que la posible irregularidad en la ejecución del contrato anterior no podía limitar el margen de determinación del órgano de contratación.

<sup>27</sup> Un ejemplo puede verse en la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2018 (rec. 508/2018). En el caso, una cocinera trabajaba como fija discontinua en el comedor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha. Se produjo el cambio de empresa contratista y la nueva empresa se negó a asumirla, entre otras cosas porque era hermana del anterior empresario adjudicatario del servicio. En instancia, inicialmente se estimó la demanda por despido, pero el tribunal consideró que no había obligación de asunción porque el convenio colectivo de empresas de restauración excluía la obligación de subrogar en estos casos, y que estos «trabajadores y trabajadoras no afectados por la subrogación empresarial seguirán vinculados con la empresa cedente a todos los efectos».

<sup>28</sup> <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2021/2020-024Pelabravo.pdf>

De esta posición se deriva que la Administración tiene ciertas facultades para, a través de su órgano de administración, fijar los medios personales que considere oportunos para su ejecución. La solución es impecable y razonable en el mundo de las ideas jurídicas, pero conduce a resultados insatisfactorios si se conecta con otras interpretaciones que hacen los tribunales del orden social. Los problemas a nuestro juicio son que todas las soluciones son insatisfactorias.

En primer lugar, ¿encontraría el Ayuntamiento de Pelabravo una empresa dispuesta a asumir al contrato? La limpieza viaria es una actividad que descansa en la mano de obra<sup>29</sup>. La obligación de que la empresa entrante asuma al personal «necesario» puede quedar mutada si, como es previsible, este puede fácilmente constituir una asunción de una parte esencial de la plantilla, y en ese caso hay obligación de asumir también al resto o, al menos, hacer frente a los despidos y las indemnizaciones derivadas.

En segundo lugar, cabría la posibilidad de que fuera el Ayuntamiento el que asumiera la actividad de limpieza viaria, pero en ese caso, si hubiera una reversión, el problema es similar, con lo que para evitar el efecto de tener que subrogar a todo el personal, sobrepasando el presupuesto disponible y las necesidades de limpieza del consistorio, el equipo del Ayuntamiento podría tener la tentación de no asumir a ninguna persona trabajadora de la anterior empresa contratista<sup>30</sup>. Y esta solución no parece muy adecuada en términos de estabilidad laboral ni de protección de personas trabajadoras con discapacidad.

Y, en tercer lugar, si se mantiene a la empresa contratista anterior, para que haga frente ella a las consecuencias de haber hinchado la plantilla, la solución tampoco es muy satisfactoria, porque en la consulta del Ayuntamiento planteada a la JCCPE se dejaba entrever que podía haber habido maniobras torticeras de dicha empresa. Y, con esta tercera solución, si se nos permite la expresión, la empresa que gestiona el centro especial de empleo se habría salido con la suya.

Por ello, quizá como apuntaba la JCCPE, la mejor vía de atajar estas prácticas de hinchar la plantilla es detectar el problema a tiempo, vigente el contrato administrativo cuando exista un incremento notable de la plantilla, para, en su caso, resolver el mismo ante conductas fraudulentas realizadas por la empresa. Sin embargo, como ocurre a veces, el derecho llega tarde, o, como diría el refranero más prosaicamente, «a toro pasado, todos somos Manolete».

<sup>29</sup> Así se ha declarado en la STS de 28 de enero de 2022 (rec. 4463/2019).

<sup>30</sup> Esto ocurrió en la anteriormente citada STS de 28 de enero de 2022 (rec. 4463/2019), en la que se reitera que el convenio sectorial de limpieza viaria y que contenía una cláusula de subrogación no resultaba de aplicación a un Ayuntamiento. Razón por la que habiéndose producido la reversión de la limpieza, que es una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, pero no habiendo asumido a una parte esencial de la plantilla, no existía obligación de subrogar al personal de la empresa contratista saliente.



## 4.2. Cambios en las condiciones salariales pactadas anteriormente

Las subidas salariales en las contrataciones públicas siempre han planteado problemas porque se corre el riesgo de incrementar notablemente la masa salarial y las partidas presupuestarias destinadas a hacer frente a los gastos de personal con dinero de la ciudadanía. En este terreno, ha de partirse de una obvia distinción entre subidas externas y autosubidas o incrementos con sospecha de fraude.

### 4.2.1. Subidas del salario mínimo o del salario del convenio sectorial

Una de las cuestiones más problemáticas es la de la modificación del precio de la contratación, por el cambio en las tablas salariales aplicables al personal de las contrataciones. La doctrina laboral ya había apuntado que las reglas de la LCSP en materia de revisión de los precios de contratación administrativa no prevenían específicamente este problema en el vigente artículo 103 de la LCSP (Goerlich Peset y Nores Torres, 2019, p. 559). Sin embargo, no es tanto que no se haya previsto, sino que la norma administrativa ha optado en una formulación en negativo, siempre incómoda para juristas, por no establecer la actualización salarial como un factor que implique automáticamente modificar el precio del contrato. Con ello, seguramente se trataría de atajar algunas prácticas fraudulentas de conseguir la adjudicación del contrato y después pedir una modificación del precio sobre la base de una modificación del salario aplicable a las personas trabajadoras adscritas al contrato. Por otra parte, cabe tener en cuenta que la vigente LCSP ha optado también por la posibilidad prevista en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE de que el precio o el coste no sea el único criterio de adjudicación para determinados tipos de contratos, como prevé el artículo 145.3 g) dedicado a los requisitos y clases de criterios de adjudicación y existe la obligación de evitar ofertas anormalmente bajas (art. 149 LCSP). En todo caso, la JCCPE ha distinguido entre incrementos salariales previstos y los hipotéticos<sup>31</sup>. Los primeros sí deben tenerse en cuenta por los poderes adjudicadores, por ejemplo, si el convenio sectorial de aplicación ya prevé un porcentaje de actualización salarial. En cambio, los incrementos no previstos aún, no podrán ser tenidos en cuenta.

Sin embargo, aparte de estas previsiones legales que pueden servir como prevención de elegir ofertas de empresas licitadoras muy a la baja, que luego pueden plantear problemas, diversos informes de órganos administrativos han afirmado que en el vigente marco legal no existe obligación de la Administración de asumir en el contrato público los incrementos salariales derivados de la negociación colectiva<sup>32</sup>. Y es que la modificación de los

<sup>31</sup> Informe JCCPE 35/2019.

<sup>32</sup> Por ejemplo, Informe 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya ([https://contratodeobras.com/images/JC\\_CAT\\_0002\\_2021.pdf](https://contratodeobras.com/images/JC_CAT_0002_2021.pdf)), que concluye que:

pliegos es una prerrogativa del órgano de contratación, según establece el artículo 190 de la LCSP, que alude a ella «por razones de interés público». La Recomendación de la JCCPE de 10 de diciembre de 2018<sup>33</sup> fundamenta la no afectación del cambio del contrato en los siguientes argumentos: primero, el principio de inmutabilidad de los contratos públicos<sup>34</sup>; segundo, la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato; tercero, que conforme al artículo 197 de la LCSP la revisión de precios está muy limitada en la LCSP; cuarto, que la modificación del contrato prevista en la mencionada ley se refiere al cambio del objeto del contrato, pero no de su precio; y, finalmente, que las variaciones en los salarios no serían un riesgo imprevisible tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia y que la empresa no sería ajena a tal variación.

La conclusión de la recomendación de la JCCPE es la no modificación del precio del contrato público, porque las variaciones del salario son «un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar».

Es verdad, por otra parte, que el argumento de que la empresa podría no ser ajena a la variación de los salarios ha de ser revisado teniendo en cuenta que, en la reforma laboral del 2021, los convenios de empresa ya no tendrán primacía en la cuantía del salario (art. 84 ET). Por consiguiente, aunque no es exigible, sí es altamente conveniente que se tenga en cuenta que las subidas del salario mínimo legales o convencionales (en convenios sectoriales) repercutan en el precio del contrato por autoimposición razonable del pliego.

#### 4.2.2. Subidas salariales con sospechas de fraude

La jurisprudencia ha dicho que la nueva mercantil no puede aducir que desconocía el carácter fraudulento de una condición pactada por la anterior empresa. A este respecto, existe una consolidada doctrina que impone la obligación de mantener las condiciones más

---

No procede la revisión de precios de un contrato motivada por el incremento sobrevenido de los costes salariales de las empresas contratistas derivados de la negociación colectiva, ni en el periodo de su duración inicial, ni en el de su prórroga.

<sup>33</sup> <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/Recomendaci%C3%B3n%2010-12-2018.%20Alteraci%C3%B3n%20convenio%20colectivo%20durante%20la%20ejecuci%C3%B3n%20del%20octo.pdf>

<sup>34</sup> Se señala:

Una vez firmado el contrato se aplica el principio clásico «pacta sunt servanda» conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (arts. 1.091 y 1.258 del CC). Este principio ha sido unánime reconocido por la jurisprudencia (STS 5365/2013 y STS 10/12/1990, 06/11/1992 y 15/11/2000) y se refuerza en el caso de los contratos públicos mediante el establecimiento en nuestras leyes contractuales del principio de vinculación al contenido contractual (artículo 189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público).

beneficiosas (por ejemplo, billetes de avión<sup>35</sup>, o una mejora en un salario de una persona trabajadora<sup>36</sup>). Sin embargo, las anteriores afirmaciones no deben conducir a entender que entonces hay que asumir sin más todas las condiciones pactadas anteriormente y tragar con todo lo que se haya acordado. Algún gabinete jurídico de la Comunidad Valenciana ha dado cuenta de que, por ejemplo, con la reversión de algún servicio sanitario se produjo la paradoja de que algunos facultativos/as de los centros revertidos cobraban salarios de 200.000 euros, muy por encima de los de funcionarios/as públicos dedicados a las mismas funciones. Ello arrojaba una fuerte sospecha de fraude y creaba agravios comparativos.

Los pactos de blindaje y las condiciones más beneficiosas han de tener objeto lícito. Las ilícitas no son legales y han de anularse. En el caso de que la subida o las condiciones se hayan hinchado artificialmente podemos estar ante conductas fraudulentas, contrarias al artículo 6.4 del Código Civil, por lo que determinadas cláusulas de blindaje pueden ser declaradas nulas si se aprecia abuso de derecho o fraude de ley o se incurre en autocontratación. La teoría es clara.

El problema es que el fraude de ley no se presume, es preciso probarlo y esto no siempre se consigue, porque hay que acreditar que se ha amparado en una conducta para obtener un resultado prohibido. Es decir, los tribunales reconocen, como no podía ser de otra manera, la posibilidad de descartar el efecto subrogatorio cuando se desbordan los límites racionales para evitar resultados abusivos, pero esta doctrina plantea dos obstáculos prácticos que difícilmente se pueden salvar en la mayoría de los casos.

El primero es que el concepto de los límites racionales del abuso de derecho o de condiciones «muy» –y no es casual el adverbio– superiores a lo habitual es indeterminado. Es extraordinariamente difícil determinar cuáles son estipulaciones normales y cuáles son mejoras muy sustanciosas establecidas con la única finalidad de que el contrato de trabajo continuase con el cesionario/a en condiciones muy superiores a las que estaba con la empresa cedente. Ello conduce a un callejón sin salida, excepto casos de fraude evidentes.

El segundo obstáculo, y está relacionado con lo anterior, es que los tribunales exigen una cumplida prueba, pero probar intenciones es una prueba casi diabólica. El fraude de ley no se presume, sino que debe probarse por quien lo invoca y esto no siempre se consigue

<sup>35</sup> En este sentido, puede verse el caso de la empresa Acciona Airport Services, SA, que se subrogó en las relaciones de trabajadores/as que prestaron servicios en Iberia LAE, SA. El personal reclamó el reconocimiento del derecho que tenía en su empresa de origen de disfrutar billetes de avión gratis o a precios reducidos frente a una compañía que no era una línea aérea.

<sup>36</sup> La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 31 de enero de 2019 (rec. 1804/2018) reconoce el derecho a mantener mejoras que se tuvieran pactadas de un trabajador que tenía acordado un complemento de aproximadamente 300 euros y con independencia de las subidas salariales que se fueran produciendo en los convenios. Se declara el derecho a seguir cobrándolo con la nueva empresa.

porque hay que acreditar que se ha amparado en una conducta para obtener un resultado prohibido, pues difícilmente habrá una constancia expresa de la conducta maliciosa (aunque a veces sí aparecen cláusulas antisubrogación en los contratos de traspasar el negocio libre de personal, porque aunque estas no tienen ningún valor frente a las personas trabajadoras, sí pueden tenerlo en el orden civil para dirimir en las acciones de resarcimiento la empresa finalmente responsable de las indemnizaciones por despido). Es decir, los tribunales no tienen problemas para aplicar los efectos subrogatorios, cuando se ha tratado de soslayar este efecto<sup>37</sup>, incluso aplicando una suerte de resurrección a la acción de despido, con el llamado «efecto Lázaro», para evitar que el transcurso del breve plazo de caducidad pueda frustrar el derecho a la subrogación<sup>38</sup>. Sin embargo, es más complejo encontrar supuestos en los repertorios judiciales, en que se descarte el efecto subrogatorio por abuso de derecho, cuando se desbordan los límites racionales de las condiciones de subrogación en perjuicio de una tercera persona o del interés público. Si, por ejemplo, las condiciones más beneficiosas se han respetado por la anterior empresa durante un tiempo prudencial, estaremos ante un serio indicio de que se trata de una condición que ha de mantenerse.

Y ello, aunque en la Administración las condiciones más beneficiosas han sido miradas por recelo por la jurisprudencia, que alude a la «delicada aplicabilidad de las condiciones más beneficiosas»<sup>39</sup> que chirrían con los criterios objetivos de aplicación, que deben presidir las actuaciones de los poderes públicos, pero entre las excepciones a su existencia estarían las derivadas de una subrogación empresarial con obligación de mantener condiciones.

<sup>37</sup> STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 108/2013). Hay, por otra parte, un grupo de sentencias que estimó el fraude en los despidos colectivos del personal de los consorcios de las uniones territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico; entre ellas, la STS de 14 de febrero de 2014 (rec. 148/2013). Y la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 162/2013), en relación con la Agencia de Movilidad Valenciana, cuyas funciones administrativas pasaron a ser desempeñadas por la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat y por una entidad pública de nueva creación.

<sup>38</sup> En la STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2010 (rec. 3198/2010) se alude a este «efecto Lázaro», pero ciñe su aplicación a los cambios no transparentes, no cuando la transmisión de empresa ha sido transparente:

No niega la sala que, en determinados casos de sucesión de empresas, se ha admitido el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido con relación a la empresa entrante en el momento en el cual el trabajador efectivamente conoce de la existencia de la sucesión de empresas, y ello aunque frente a la empresa saliente se haya agotado ese plazo, dando lugar a una suerte de resurrección de la acción de despido –conocida, por ello, como efecto Lázaro–. Pero la aplicación de esa doctrina exige la existencia de maniobras de ocultación de la sucesión de empresa por la empresa entrante con la finalidad fraudulenta de caducar indebidamente las acciones de despido frente a la misma, de donde, en suma, la respuesta del ordenamiento jurídico debe ser aplicar la norma cuyas consecuencias se pretendían eludir –artículo 6.4 del Código Civil–.

<sup>39</sup> La doctrina tradicional habría entendido que el reconocimiento de las condiciones más beneficiosas tendría carácter excepcional en las Administraciones públicas (SSTS de 9 de septiembre de 2007, rec. 3474/2006; de 16 de febrero de 2009, rec. 1472/2008; de 18 de diciembre de 2015, rec. 25/2015; y de 10 de julio de 2018, rec. 2438/2016). Aunque existen pronunciamientos que las han admitido, por ejemplo, SSTS de 25 de junio de 2014 (recs. 1994/2012 y 1885/2013).

Ha de advertirse que también pueden producirse situaciones que comporten problemas para adecuar las reglas de conservación de las condiciones de trabajo derivadas de las normas sobre la transmisión de empresa a la normativa de contratación administrativa, por ejemplo, las normas sobre retribuciones del sector público, condiciones de altos cargos o jornada cuando el convenio que trae el personal subrogado tiene una jornada inferior a la prevista para el personal laboral de la Administración. En estos conflictos ha de prevalecer la directiva comunitaria sobre la normativa de contratación administrativa o la ley de presupuestos de acuerdo con el principio de jerarquía normativa<sup>40</sup>.

Entonces, la única vía para homologar condiciones mantenidas durante un tiempo o eliminar condiciones más beneficiosas o cláusulas de blindaje, si estas se estiman perjudiciales para el interés público, es minorarlas o suprimirlas, pero siguiendo el procedimiento legal, previsto en el artículo 41 del ET, y teniendo en cuenta lo establecido en los convenios colectivos de las Administraciones públicas<sup>41</sup>. Las posibilidades de medidas de adaptación y gestión interna de las relaciones laborales de supresión o adaptación de condiciones han sido admitidas en alguna sentencia<sup>42</sup>. Y en el contexto actual han de ser objeto de una interpretación aún más amplia, sobre todo porque se ha eliminado la disposición adicional decimosexta del ET que habilitaba los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el sector público<sup>43</sup>. En un contexto en el que se limitan las medidas de ajuste mediante despidos, han de posibilitarse medidas para homogeneizar condiciones de trabajo como contrapartida a la integración de entes públicos, y sobre todo cuando la adaptación permita reorganizar los servicios públicos a las necesidades de la ciudadanía y eliminar privilegios injustificados (por ejemplo, salarios muy por encima de lo que perciben trabajadores/as o funcionarios/as que realizan un trabajo de igual valor).

#### 4.2.3. Subidas acordadas en un convenio colectivo de empresa previas a la subrogación

Las subidas acordadas en convenio colectivo son particularmente complejas. En ocasiones, próximo un cambio de contratista o una reversión, se producen subidas salariales

<sup>40</sup> En esta posición, Goerlich Peset (2021).

<sup>41</sup> *Vid.* artículo 20 del Convenio colectivo de la Administración General del Estado de 2020.

<sup>42</sup> STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2014 (rec. 55/2014), en un caso de supresión de una condición más beneficiosa. O STSJ de Madrid de 17 de julio de 2013 (rec. 2744/2012), que admite la eliminación de complementos salariales por dejar de desarrollar funciones como consecuencia de una integración en el sector público.

<sup>43</sup> Esta disposición contenía la regulación de un despido colectivo en el sector público. El apartado 3 de la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 3/2012 ha eliminado la mencionada disposición y ello ha abierto la polémica sobre si dicha derogación equivale a la eliminación de la posibilidad de despidos en el sector público o bien que dicha derogación supondría encauzar el despido por las causas previstas en el artículo 51 del ET. En este último sentido, Ramos Moragues (2022).

en convenios de empresa. Un ejemplo fue el de la reversión del Hospital de Torrevieja en la Comunidad Valenciana. La Conselleria de Sanidad anunció oficialmente (en octubre de 2020) el final de la prórroga a la empresa Ribera Salud –concesionaria del Departamento de Salud de Torrevieja– y el paso a la gestión pública a partir del 15 de octubre, cuando vencía el contrato. El problema que saltó a la prensa es que, en el convenio colectivo de tránsito, se había fijado una subida salarial del 5 % para todo el personal. Esta subida se pactó antes del comienzo del periodo inflacionista que se produjo desde finales de 2021. En julio de 2020 la empresa y los sindicatos firmaron un convenio con una duración hasta el 31 de diciembre de 2021 e incrementos retributivos en el salario base del 3 % que si se daban las condiciones podían llegar al 5 %. Además, el convenio preveía que pasasen a ser indefinidos del 88 al 93 % de la plantilla, según detalló la prensa. La Conselleria de la Comunidad Valenciana adujo que estos incrementos pactados poco antes de la reversión perjudicarían gravemente a la Conselleria y obligarían a incrementar los gastos de personal por encima de lo permitido por la norma estatal básica. La Conselleria no podía, al no ser parte, denunciar el convenio, e instó a la empresa saliente a que efectuase la denuncia o, en caso contrario, reclamaría una responsabilidad por los daños y perjuicios que se causarían.

Como se ha advertido, resulta difícil encontrar precedentes judiciales de fraude en subidas en los convenios previas a una subrogación. Uno de estos pocos casos es la STSJ de Navarra de 19 de julio de 2005 (rec. 59/2005). En el supuesto de autos se acreditó que, poco antes de producirse el vencimiento de una concesión, la empresa concesionaria saliente suscribió un convenio de empresa mejorando las condiciones vigentes con anterioridad. La nueva concesionaria impugnó ese acuerdo por considerar que había sido firmado con la finalidad de perjudicar a quien entrara en esa posición. El pronunciamiento reconoció que «pueden producirse actuaciones fraudulentas que establezcan condiciones de trabajo superiores con la única finalidad de gravar al empresario entrante o de dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la concesión y la contra». Pero, a continuación, consideró que el fraude de ley no puede presumirse y desestimó la pretensión.

En conclusión, el fraude en los casos de acuerdos pactados es muy difícil de acreditar, pero no imposible. A nuestro juicio, podrían valorarse como elementos para crear un panorama indiciario tales como la proximidad temporal entre las «maniobras» y la sucesión de empresa o el hecho de que las subidas del convenio estén otorgando salarios muy por encima del sector o de los que cobran profesionales que han accedido a la plaza de acuerdo con principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, hay varios elementos que pueden caminar en contra de la pretensión de declarar nulo un convenio o una parte de este. El primero es que la jurisprudencia ha generalmente validado los pactos, y solo en casos muy claros ha considerado acreditado el fraude por el contenido material del convenio<sup>44</sup>. El segundo es que en los casos

<sup>44</sup> Aunque hay algún caso, como la Sentencia de la Audiencia Nacional 52/2019, de 8 de abril, en el que se anuló un convenio colectivo por considerar su contenido en fraude de ley.



donde se alega fraude en un acuerdo hay un elemento que los órganos judiciales suelen tener en cuenta y es si ha intervenido una autoridad administrativa (registro, depósito y publicación del convenio) o judicial, por ejemplo, en materia de despidos colectivos, si ha intervenido el juzgado mercantil o si el despido colectivo finaliza con acuerdo de la representación del personal. Aunque como siempre ocurre, no existen reglas generales y no siempre que concurra intervención de la autoridad administrativa se excluye automáticamente el fraude<sup>45</sup>.

Por otra parte, las condiciones pactadas en convenio colectivo no pueden ser objeto de modificación sustancial de condiciones de trabajo siguiendo el procedimiento del artículo 41 del ET, sino solo por la vía de la inaplicación de convenios prevista en el artículo 82 del ET<sup>46</sup> o por la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo. En el caso de una subrogación, los trabajadores/as pasan con su convenio y tienen derecho a mantenerlo hasta que entre en vigor uno nuevo. También cabría acuerdo de homogeneización con la representación o pactar la inaplicación del convenio colectivo cuando este deje de estar vigente. Por estas vías, se podría conseguir suprimir condiciones pactadas en convenios colectivos. En este sentido, en los repertorios judiciales existen precedentes de eliminación de beneficios cuando estos se preveían en un convenio colectivo anterior y entró en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad transmitida que no los contenía<sup>47</sup>.

Sin embargo, la supresión de condiciones en un nuevo convenio, aunque en teoría posible, plantea generalmente tres obstáculos.

Primero, que se exige acuerdo con la representación del personal laboral.

Segundo, que el régimen de ultraactividad no favorece que desaparezcan las mejoras o que los convenios se negocien a la baja.

Y, tercero, en el caso particular de las reversiones, ha de tenerse en cuenta que los convenios colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas no son sencillos de negociar, como lo evidencia que suelen tener cierta antigüedad.

---

<sup>45</sup> En este sentido, cabe citar la STS de 26 de junio de 2014 (rec. 219/2013), donde se consideró que existió un fraude a pesar del informe favorable de la Inspección de Trabajo a la decisión extintiva realizada por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid por entender que el despido colectivo tenía la finalidad de evitar la subrogación de los trabajadores/as.

<sup>46</sup> A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, de aplicarse este precepto en un caso de subrogación, ha de respetarse el plazo de 1 año desde el traspaso a que hace mención el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE.

<sup>47</sup> SSTSJ de Galicia de 16 de mayo de 2016 (rec. 4845/2015) y de 27 de septiembre de 2017 (rec. 1372/2017) –Unión Fenosa, Gas Natural–, dictadas en relación con beneficios sobre la luz, en algún caso donde los trabajadores/as tenían derecho a una tarifa eléctrica gratuita.

## 5. Cambios objetivos: reducción o división de la contrata

Un tercer grupo de problemas puede aparecer cuando la contrata que sustenta las relaciones laborales ha sufrido cambios. Los cambios pueden ser muy variados, por ejemplo, ampliar el objeto de la actividad encargada. Pero los mayores problemas se producen generalmente cuando se reduce la contrata o se divide entre varias empresas.

Los tribunales administrativos de contratación ya han señalado que no existe obligación de calcular el coste de un contrato administrativo incluyendo la totalidad del coste del personal subrogado cuando una Administración efectúe un redimensionamiento del personal necesario para desarrollar el contrato, es decir, el problema respecto a las personas trabajadoras cuando no resultan necesarios todos los efectivos personales se traslada a las empresas contratistas que asumen este contrato<sup>48</sup>.

En el orden social, el TS ha venido estableciendo la siguiente doctrina en el caso de reducción de una contrata cuando hay obligación de subrogar: la empresa contratista entrante debe asumir a todas las personas trabajadoras destinadas a la contrata, pero luego puede

<sup>48</sup> Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid 1/2021, de 18 de febrero, sobre la determinación del presupuesto de licitación cuando el adjudicatario del contrato debe subrogarse en determinadas relaciones laborales. En esencia, apunta el informe que en el supuesto de que, al licitar un contrato, la Administración efectúe un redimensionamiento del personal existente en el anterior contrato, al considerar que no resultan precisos en el nuevo contrato todos los efectivos personales del anterior y, por tanto, el número de personas a subrogar es mayor que el personal necesario para prestar el servicio objeto de licitación, la nueva empresa adjudicataria tiene el deber de subrogarse en la totalidad de la plantilla que comunica la mercantil saliente. No obstante, una vez que las cuatro personas subrogadas pasen a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, esta podrá adscribir las o no al correspondiente contrato o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial. En este sentido se pronuncia el TACRC en su Resolución 189/2020:

Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. [...] no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata.

Abunda en esta idea el TACRC (Resolución 184/2020) al manifestar que:

La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP.

despedir al personal que no necesita<sup>49</sup>. No se olvide que la reducción del número de horas de trabajo o de efectivos es causa productiva. En este sentido, se ha señalado que:

[...] la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS de 7 de junio de 2007, rec. 191/2006; reiterada en jurisprudencia posterior)<sup>50</sup>.

Lo que no es admisible es que directamente se rescindan los contratos del personal subrogado, sin acudir al despido por causas objetivas o colectivas<sup>51</sup>.

Otro de los casos donde las transformaciones del contrato público generan más problemas es el supuesto en que la contrata sobre la que se basa la transmisión se fragmente o divida. En los casos en que haya de operar la subrogación no está claro cómo «partir» las relaciones laborales que antes desarrollaban su actividad para una empresa contratista y que por mor de la transmisión de empresa han de quedar adjudicadas no a una empresa sino a varias. Es un problema que se plantea mucho en el ámbito de la contratación pública, donde a veces por decisiones políticas o por otros motivos se producen reducciones o divisiones de las contrata. Aunque pueden existir casos en el sector privado, son muchos menos. La pregunta del millón es ¿qué se hace con las personas

<sup>49</sup> STS de 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016). En un caso de disminución del servicio contratado de vigilancia, la nueva empresa contratista de un banco rechazó subrogarse en el trabajador por la disminución de las horas de vigilancia. La sentencia recurrida consideraba que la nueva empresa adjudicataria tenía como única alternativa acudir al despido objetivo del personal sobrante y, al no haber procedido así, el despido del trabajador era improcedente. Se adujo como sentencia de contraste una sentencia del TS donde se admitía sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 del convenio que la obligación de la empresa entrante de subrogar al personal pudiera verse atenuada por una reducción de la contrata. El TS primero recordó la doctrina establecida sobre que la reducción de la contrata no excusaba la obligación de la empresa entrante de subrogar y que, aunque el artículo 14 del convenio contemplaba una exención de subrogación cuando la contrata se reducía, ello se exceptionaba si se acreditaba que la contrata se había ampliado. Y en el caso, una misma empresa del grupo vio ampliada la contrata para una labor de vigilancia efectuada por personal conserje. Es interesante señalar que la sentencia atribuyó la carga de probar que no había habido una asunción de una parte esencial de la plantilla.

<sup>50</sup> Entre otras, STS de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018).

<sup>51</sup> Entre otras, la STS de 10 de enero de 2017 (rec. 1077/2015), que señala:

[...] la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no permiten la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que solo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del art. 41 ET.

trabajadoras? Al respecto, se habrían teorizado diferentes soluciones, desde que no cabría aplicar la subrogación porque habría cambiado la naturaleza del contrato administrativo que sustentaba las relaciones laborales, que fuera la empresa contratista saliente la que se hiciera cargo del personal, y en su caso de los despidos, que los asumiese por entero la empresa entrante a la que correspondiese más porcentaje (en horas o en actividad) del contrato administrativo o que los asumiesen las nuevas empresas que entren de forma proporcional.

La postura por la que se ha apostado a nivel de la jurisprudencia internacional es la tercera. En la STJUE de 26 de marzo de 2020 (asunto C-344/2018), se resolvió un caso en el que una empresa contratista tenía adjudicados el contrato de limpieza y mantenimiento de los edificios de un ayuntamiento belga, repartidos en tres lotes. En el momento de la renovación de la contrata, no se seleccionó la oferta de la contratista original sino las efectuadas por otras dos empresas, una de las cuales se adjudicó dos lotes (85 % del anterior contrato) y la otra el 15 % restante. La directora del proyecto fue despedida y demandó a las tres empresas. En instancia, el órgano judicial desestimó su pretensión al considerar que no estaba protegida por las normas comunitarias sobre transmisión de empresa. El tribunal ante el que se recurrió entendió que sí, pero planteó cuestión prejudicial sobre la forma de producirse la subrogación. El TJUE afirmó que debía aplicarse la directiva, pero que no cabía imponer la continuidad del contrato a una sola de las empresas contratistas, porque ello supondría ampliar sus obligaciones más allá de las que derivan de la transmisión, pues asumiría un contrato a tiempo completo cuando «el trabajador únicamente ejerce para él funciones a tiempo parcial». La sentencia, con mucha sorna ha dicho Goerlich Peset (2020) que de forma «ufana», autocalifica su solución como la más equilibrada, pero el autor critica el pronunciamiento señalando que, a diferencia de la historia bíblica donde con una partición se solventaban los problemas, la solución es insatisfactoria, pues «desde la perspectiva empresarial, en según qué casos, el nuevo contrato a tiempo parcial puede carecer de toda utilidad». Otro elemento de crítica es que el TJUE le deja la patata caliente al órgano judicial nacional sobre cómo efectuar la parcelación de un contrato a tiempo completo con varios contratos a tiempo parcial con diferentes empresas. A estos efectos, la sentencia indica que el órgano judicial habrá de valorar la entidad económica de los lotes, el tiempo necesario para atenderlos o declarar que puede resultar imposible dividir el contrato. Y, en los casos en que sea imposible, el tribunal dice que la resolución del contrato de trabajo será imputable a la empresa cesionaria.

En nuestro ordenamiento, se ha admitido jurisprudencialmente la subrogación por porcentajes de jornada (STS de 1 de junio de 2012, rec. 1630/2011), entendiendo que la negativa empresarial a cumplirlos implicaría un despido improcedente (entre otras, en doctrina de duplicación, la STSJ de Andalucía/Málaga de 3 de noviembre de 2015, rec. 1679/2015). La situación es similar cuando los trabajadores/as no estaban adscritos con exclusividad a una contrata, donde la jurisprudencia ha entendido que debe aplicarse la subrogación parcial en el contrato de trabajo de la persona trabajadora afectada en proporción a la jornada realizada en el centro o contrato que cambia de entidad prestadora del servicio,

manteniendo el resto de jornada con la empresa saliente; o si hay una división de la concesión, se habrá de proceder también a la distribución de la jornada en proporción al tiempo de trabajo prestado en cada servicio subdividido<sup>52</sup>. En este terreno, es muy importante delimitar a qué contrata estaba adscrita una persona trabajadora antes de los cambios en los lotes. Los tribunales exigen un análisis de las circunstancias concurrentes, de manera que si las personas trabajadoras realizan labores de forma integral para diferentes contrata y no está claro exactamente a qué contrata están adscritas, no cabe la subrogación y deben permanecer con la empresa cedente, que puede extinguir los contratos por causas objetivas. En un sentido similar, si el personal está en servicios comunes o departamentos centrales atendiendo a varias contrata, se ha defendido que debe quedarse con la empresa cedente<sup>53</sup>.

Si la persona trabajadora se queda con la antigua empresa o pasa a la nueva y se ha reducido la contrata, la mercantil cuenta con una causa productiva para proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 del ET, aunque esta operación se ha cuestionado en la doctrina cuando suponga una reducción del tiempo de trabajo que implique la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, pues dicha mutación requeriría el consentimiento de la persona trabajadora (art. 12.4 e) ET). Lo que ha dejado claro la jurisprudencia es que ello no constituye un despido parcial<sup>54</sup>, pues no es posible tal concepto.

## 6. Conclusiones

Ante el anuncio de una reversión o de un cambio de empresa contratista pueden incrementarse exponencialmente las situaciones de fraude con y por la subrogación: hinchar plantilla, salarios, condiciones más beneficiosas acordadas por encima de parámetros normales, etc. Dentro de la multitud de problemas que plantea la subrogación de personal en el ámbito de las Administraciones públicas, se han seleccionado tres supuestos conflictivos.

En primer lugar, se han abordado casos donde se producen ilegalidades claras en la subrogación de personal, pero en los que, no obstante, las soluciones que ofrece la legislación en materia de contratos públicos no son, a nuestro juicio, del todo satisfactorias. De

<sup>52</sup> STS de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999), en la que se admitió que el trabajador, vigilante de seguridad en un banco, pasara a estar subrogado en un 85 % de la jornada para la nueva contratista y en un 15 % para la contratista saliente.

<sup>53</sup> En este sentido, Yagüe Blanco (2021, p. 384), quien apoya su tesis en la cita de una serie de sentencias del Tribunal Central de Trabajo y en la STS de 30 de octubre de 1987.

<sup>54</sup> Vid. STS de 7 de abril de 2000 (rec. 1746/1999), en relación con la reducción a una limpiadora de la empresa Eulen, que había prestado servicios de limpieza en la comisaría de policía de Santander, de su jornada a 12 horas, que excluye que este cambio fuera un despido parcial.

entrada, la normativa obliga a informar al órgano licitador de las condiciones de subrogación, pero el hecho de que la extensión cuantitativa y cualitativa de la obligación de información de la Administración no siempre esté clara y que, en la práctica, esta se haga depender en gran medida de la información suministrada por la empresa saliente conduce a que esta no sea siempre fidedigna. En muchos casos, producido el fraude, las tutelas se activan solo si las personas trabajadoras afectadas reclaman, y las consecuencias se producen *a posteriori*, mediante una compensación reparadora, exigua y de la que la Administración cliente no es conocedora. Muchas veces ello se queda en una tutela individual que solo afecta tangencialmente a las empresas contratistas. No las golpea donde más les duele, esto es, en las posibilidades de contratar públicamente de nuevo.

Un segundo apartado se ha dedicado a supuestos donde se puede producir un fraude de ley y un ejercicio abusivo de derechos con la propia subrogación, en supuestos tales como: qué pasa con las empresas que antes de perder una contrata realizan contrataciones por encima de los parámetros usuales, o se producen subidas de salarios antes del cambio de contratista o de una reversión, o qué ocurre con las cláusulas de subrogación que excluyen a personas trabajadoras que tengan vínculos familiares con la antigua empleadora persona física o con los socios que tengan el control de la empresa persona jurídica, si esta es la forma jurídica en la que se instrumenta la empresa. Ha de advertirse que también pueden producirse situaciones que comporten problemas para adecuar las reglas de conservación de las condiciones de trabajo derivadas de las normas sobre la transmisión de empresa a la normativa de contratación administrativa, por ejemplo, las normas sobre retribuciones del sector público, condiciones de altos cargos o jornada cuando el convenio que traen las personas trabajadoras subrogadas tiene una jornada inferior a la prevista para el personal laboral de la Administración.

El tercer grupo de problemas que se han abordado son los supuestos en que se producen cambios en las condiciones de trabajo del personal subrogado, pero por causas, permítanos la expresión, «objetivas», porque el órgano de contratación impone una reducción de efectivos u horas o una división en lotes de la contrata. Los tribunales administrativos de contratación ya han señalado que no existe obligación de calcular el coste de un contrato administrativo incluyendo la totalidad del coste de las personas trabajadoras subrogadas cuando una Administración efectúe un redimensionamiento del personal necesario para desarrollar el contrato, es decir, el problema respecto a las personas trabajadoras cuando no resultan necesarios todos los efectivos personales se traslada a las empresas contratistas que asumen este contrato.

## Referencias bibliográficas

- Camps Ruiz, L. M. (1993). *Régimen laboral de la transmisión de empresa*. Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M. (15 de julio de 2020). ¿Puede la transmisión de empresa implicar la novación de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial? *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/puede-la-transmision-de-empresa-implicar-la-novacion-de-un-contrato-a-tiempo-completo-en-contrato-a-tiempo-parcial-2/>
- Goerlich Peset, J. M. (9 de noviembre de 2021). Situación de los trabajadores en caso de reversión. ¿Cuándo pueden cambiar las condiciones de trabajo? En especial condiciones laborales del personal a extinguir. [Vídeo]. En A. Todolí Signes, *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2021/11/09/videos-de-las-ponencias-de-jornada-sobre-subrogacion-de-trabajadores-en-la-contratacion-publica/>
- Goerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E. (2019). Descentralización en el sector público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales. En A. A. Blasco Pellicer y M. López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público* (pp. 559-604). Tirant lo Blanch.
- Ramos Moragues, F. (2022). Incidencia de la reforma laboral en el empleo público. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 142-155. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6645>
- Yagüe Blanco, S. (2021). *Aspectos jurídico-laborales de la reversión de contratistas públicas: la integración de los trabajadores a la luz del derecho constitucional y del derecho europeo*. (Tesis doctoral). Universitat de València.





# La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato

**Alicia Villalba Sánchez**

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Santiago de Compostela (España)*

[alicia.villalba@usc.es](mailto:alicia.villalba@usc.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

## Extracto

El entorno donde se escenifica y la singularidad de la persona empleadora han dotado de especialidad la relación laboral del personal al servicio del hogar familiar. La salvaguardia del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, por una parte, y la protección de una unidad económica que no destina los frutos del trabajo asalariado al mercado, por otra parte, han sido invocadas para sustentar un tratamiento jurídico desfavorable que se hace patente en la regulación de la extinción del contrato de trabajo de las personas empleadas del hogar. La fragilidad de la justificación aducida deja entrever el carácter discriminatorio de unas medidas que recaen sobre un colectivo mayoritariamente integrado por mujeres. Con el propósito de conjurar el trato discriminatorio en el que incurren ciertos aspectos de esta relación laboral de carácter especial, este trabajo ofrece una propuesta destinada a garantizar el equilibrio de los derechos fundamentales en juego, sin olvidar la viabilidad económica de una contratación propensa a permanecer sumergida.

**Palabras clave:** personal al servicio del hogar familiar; empleadas del hogar; discriminación por razón de sexo; despido; desistimiento; readmisión; protección por desempleo; trabajo de cuidados; formación.

Recibido: 29-03-2022 / Aceptado: 04-07-2022

**Cómo citar:** Villalba Sánchez, A. (2022). La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 47-76.



# Discrimination on grounds of sex suffered by female domestic workers on termination of their contract of employment

Alicia Villalba Sánchez

## Abstract

The environment in which it takes place and the characteristics of the employer have made the employment relationship of family household staff special. The safeguarding of the fundamental right to personal and family privacy and to the inviolability of the home, on the one hand, and the protection of an economic unit that does not use the fruits of salaried work for the market, on the other, have been invoked to support an unfavourable legal treatment that is evident in the regulation of the termination of the employment contract of domestic servants. The fragility of the justification put forward reveals the discriminatory nature of a measure which falls on a group which is mainly made up of women. With the aim of preventing the discriminatory treatment of certain aspects of this special employment relationship, this paper offers a proposal aimed at guaranteeing a balance between the fundamental rights at stake, without forgetting the economic viability of a type of contract that is likely to remain submerged.

**Keywords:** family household staff; female domestic workers; discrimination on grounds of sex; dismissal; withdrawal; reinstatement; unemployment protection; care giving work; training.

**Citation:** Villalba Sánchez, A. (2022). Discrimination on grounds of sex suffered by female domestic workers on termination of their contract of employment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 47-76.

## Sumario

1. Introducción
  2. La discriminación por razón de sexo derivada del régimen jurídico aplicable al despido y, en particular, al desistimiento de la persona empleadora
    - 2.1. El despido y el desistimiento de la persona empleadora en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar
    - 2.2. El eventual carácter discriminatorio de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar
    - 2.3. La insuficiente justificación de la diferencia de trato deparada a las empleadas del hogar con ocasión de la extinción de su contrato
  3. La discriminación por razón de sexo fruto de la desprotección por desempleo
    - 3.1. La exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar
    - 3.2. La eventual discriminación indirecta inherente a la exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar
    - 3.3. La ausencia de justificación objetiva y razonable susceptible de sustentar la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar
  4. Conclusión
- Referencias bibliográficas

**Nota:** este trabajo es fruto de una investigación realizada en el marco del proyecto de ámbito estatal «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global», RETOS 220 (2020-PN181), ref. PID2020-113151RB-I00, cuya investigadora principal es la profesora Lourdes Mella Méndez; así como del proyecto de ámbito autonómico desarrollado por el grupo de referencia competitiva «Empresa e Administración», para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas en las universidades del Sistema Universitario de Galicia (2019 GRC GI-1876 Empresa e Administración, EA (2019-PG032), ref. ED431C 2019/15), financiado por la Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional de la Xunta de Galicia, cuyo investigador principal es el profesor César García Novoa.

## 1. Introducción

El carácter especial que el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), atribuye a las relaciones laborales enumeradas en su artículo 2 obedece, en buena medida, a la atenuación de alguno de los presupuestos determinantes de la aplicación del derecho del trabajo. Este debilitamiento deriva, a menudo, de la índole misma de la actividad objeto del contrato. Tal acontece en la relación laboral de carácter especial del alto directivo, cuya subordinación, en tanto *alter ego* del empresario (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de 21 de marzo de 1990, Roj: STS 2641/1990, y de 30 de abril de 1990, Roj: STS 3485/1990), se limita al acatamiento de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Lo mismo sucede en la entablada por las personas deportistas profesionales (art. 2.1 d) ET), cuya práctica ha de respetar unas «reglas del juego» a las que deben sujetarse las instrucciones impartidas por las personas representantes del club o entidad deportiva (art. 1.Dos RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección); en la propia de las personas artistas que participan en espectáculos públicos, donde su propia disciplina relega a la persona empleadora a mera organizadora o productora (art. 1 RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad); o en la debida por quienes ejerzan la abogacía que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos, cuyos derechos y deberes «están condicionados, en mayor o menor grado, por las normas que rigen la profesión, incluidas las éticas y deontológicas» (RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos). En otras ocasiones, es el contenido formativo de la prestación debida por la empresa el que justifica el someter una relación laboral a un régimen jurídico específico. Es el caso de quienes cursen su etapa de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud (RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud). La prestación de servicios de ajuste personal y social que se adiciona a la remuneratoria que concierne a los centros especiales de empleo sustenta también el régimen especial previsto para las personas trabajadoras con discapacidad que presten servicios en aquellos (RD 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de personas minusválidas). Y, por último, despuntan los condicionantes locativos, como el confinamiento propio de quienes

deben acceder a un empleo desde el lugar donde cumplen una pena privativa de libertad, los que explican la especialidad de una relación jurídica como la que atañe a los penados en las instituciones penitenciarias, así como la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal (art. 2.1 c) e i) ET). El distanciamiento del centro de trabajo tradicional explica también la morigeración de la dependencia propia de quienes intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de una o más empresas sin asumir el riesgo y ventura de aquellas (art. 2.1 f) ET) y sin sujeción, salvo lo dispuesto en pacto colectivo o individual, a una jornada o a un horario concreto (art. 4.º Uno RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas).

La naturaleza de la prestación comprometida por la persona empleada, el contenido de la debida por la empresa o el contexto en el cual aquella se desarrolla se erigen pues en circunstancias justificativas del tratamiento especial dispensado a unas personas trabajadoras cuyos derechos y obligaciones se han visto modulados en consecuencia. Solo en una de las relaciones mencionadas en el artículo 2.1 del ET se manifiestan en todo su esplendor cada uno de los indicios determinantes de los presupuestos aplicativos del derecho del trabajo: se trata de la entablada por el personal al servicio del hogar familiar. Queda fuera de toda duda la voluntariedad de la prestación regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que, a su vez, se entrega a cambio de una retribución que no ha de resultar inferior al salario mínimo interprofesional (art. 8). De la subordinación de las personas empleadas domésticas, que en nada difiere de la que se cierne sobre otras personas trabajadoras, da testimonio, por ejemplo, la pormenorizada regulación de su tiempo de trabajo (art. 9); y de su ajenidad, la transmisión *ab origine* de los frutos de su esfuerzo a una unidad económica distinta de aquella a la que pertenece.

La ejecución de tareas domésticas, la dirección del hogar familiar, la provisión de cuidados a los miembros de la familia u otros trabajos de mantenimiento, como los de jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, integran el objeto de esta relación jurídica. Pero no ha de ser la clase de servicios prestados, tradicionalmente destinados a «la satisfacción directa de las necesidades domésticas [y] cuyo producto no [iba destinado] al comercio» (Sagardoy Bengoechea, 1963, p. 84), la que justifica la exclusión del derecho común del trabajo de esta relación jurídica, cuando se presten con el afán de obtener rentas del trabajo, y no en cumplimiento de los deberes que el derecho de familia atribuye a quienes ostentan con quien los reciba una relación de parentesco –no en vano el art. 2.1 e) de esta norma excluye de manera expresa estos trabajos de su ámbito de aplicación cuando son prestados entre familiares que no tengan la condición de personas asalariadas, en los términos del art. 1.3 e) ET–.

Existe, no obstante, un condicionante locativo susceptible de fundamentar un trato diferenciado (Aparicio Ruiz, 2012, p. 37), derivado de la especial protección que merece el entorno en el cual se escenifica la prestación de servicios. El ámbito donde se ejecuta

la actividad es aducido por el propio Real Decreto 1620/2011 como matiz diferencial sobre el cual se sustenta el tratamiento especial dispensado a estas personas empleadas, por hallarse estrechamente vinculado «a la intimidad personal y familiar». Existen, por tanto, disposiciones específicas destinadas a salvaguardar una intimidad, acreedora de la protección debida por el derecho fundamental que la reconoce (art. 18.1 Constitución española –CE–) y cuyo respeto requiere expulsar del entorno protegido a cualquier sujeto que haya quebrado el vínculo de confianza que «preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar» (preámbulo RD 1620/2011). A fin de que el titular del hogar pueda reaccionar con celeridad ante la ruptura de este vínculo, se le reconoce un derecho del cual carece el grueso de las personas empleadoras, cual es el de desistimiento.

Pero no solo en la confianza depositada en quien es admitido en el seno doméstico descansa la especialidad de dicha relación. El desarrollo de una actividad para un receptor «por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales», cuyo desarrollo está presidido «por los principios de la economía de mercado», aflora como justificación adicional de una diferencia de trato que no solo aporta flexibilidad a quien contrata, sino precariedad a quien es contratado. Procede, para ello, atender a las consecuencias económicas y prestacionales de un peculiar régimen extintivo que depara a quienes lo padecen un agravio comparativo en relación con el asalariado común.

Sin ánimo de prejuzgar la suficiencia de la justificación pretextada por el propio Real Decreto 1620/2011, aspecto que será abordado a renglón seguido, procede, desde este momento, advertir acerca de la preocupación que suscita el hecho de que, del colectivo agraviado, 361.059 personas empleadas pertenezcan al sexo femenino, mientras que apenas 17.053 sean hombres, según los datos disponibles a día 30 de junio de 2022 relativos a sujetos afiliados en situación de alta dentro del sistema especial para empleados de hogar, proporcionados por la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>1</sup> (TGSS).

Lo anterior evidencia la relevancia constitucional de una diferencia de trato que cabría reputar discriminatoria, de no descansar sobre justificación bastante. Confirmar esta hipótesis requiere calibrar la medida en que el tratamiento deparado al personal al servicio del hogar familiar difiere del común en cuanto concierne a la extinción del contrato de trabajo, para luego profundizar en la validez, suficiencia y proporcionalidad de su justificación legal. Solo constatada la diferencia y refutados los argumentos alegados a su favor cabría señalar una discriminación por razón de sexo y, en consecuencia, proponer un remedio jurídico capaz de conjurarla.

<sup>1</sup> Información disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291>



## 2. La discriminación por razón de sexo derivada del régimen jurídico aplicable al despido y, en particular, al desistimiento de la persona empleadora

### 2.1. El despido y el desistimiento de la persona empleadora en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar

Aunque el desistimiento sea objeto de mención expresa por el artículo 14.3 del ET, cuando alude a la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, este precepto omite definir en qué consiste, como también lo hace el Real Decreto 1620/2011. Para el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, no es sino la «facultad de una de las partes de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar la decisión». Sirva esta definición que, por lo demás, concuerda con el contenido de un derecho hoy reconocido por el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011 al titular del hogar familiar.

Ya en su precedente normativo, el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se confería a la persona empleadora el derecho a desistir del contrato (art. 9.Once), incluso con anterioridad a la expiración de la duración convenida por las partes. Bastaba, para ello, con preavisar a la persona empleada con una antelación mínima de 20 días, para el caso de que la prestación de servicios hubiera superado el año de duración, reduciéndose a 7 en los restantes supuestos (art. 10.Dos RD 1424/1985). Por añadidura, dicha comunicación debía ir acompañada de una indemnización cuyo importe ascendía al salario en metálico correspondiente a 7 días naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de 6 mensualidades; indemnización a la que se aunaría otra, equivalente a los salarios en metálico correspondientes al periodo de preaviso omitido, para el caso de que la persona empleadora decidiera sustituirlo por el abono de dicho importe.

No fue sino hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011 cuando se especificó la preceptiva forma escrita de la comunicación del desistimiento donde constara, «de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa», incrementándose también la indemnización debida hasta los 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades, cuyo abono debía realizarse necesariamente en metálico (art. 11.3). Si bien es digno de elogio el incremento de la cuantía indemnizatoria vinculada al desistimiento contractual, no menor relevancia adquiere la anterior modificación, destinada a trazar meridianamente la línea que distingue el desistimiento del despido disciplinario. Esto último resulta de crucial importancia, habida cuenta de la *vis atractiva* que la primera modalidad extintiva despliega sobre no pocos supuestos potencialmente canalizables a través de la segunda. Mientras que el contenido del derecho de desistimiento reconocido al titular del hogar familiar parece comprender el de poner fin al contrato sin alegar causa alguna, al despido solamente podrá acudir quien

se halle en condiciones de acreditar una causa, de entre las enumeradas en el artículo 54 del ET, que lo justifique. Y, a fin de hacerla valer, debe notificar su decisión por escrito a la persona empleada (art. 11.2), so pena de que su decisión sea declarada improcedente. No debe sorprender que, ante la dificultad de acreditar una justa causa que avale el despido, resulte, cuando menos, tentador acudir al desistimiento, dada la libertad que confiere, solo constreñida por los requerimientos formales que lo jalonan.

De no revestir forma escrita la comunicación, o de no ir acompañada de la preceptiva indemnización, se presumirá que la persona empleadora ha optado por el despido (art. 11.4) que, a falta de notificación escrita, merecerá la calificación de improcedente (art. 11.2). Se resuelve así la duda que persistía durante la vigencia del Real Decreto 1424/1985 acerca de la solución aplicable cuando la persona empleadora omitía su entrega. No se consideraba, por aquel entonces, que tales exigencias constituyeran un «requisito de sustancia». Sin embargo, se abogó por declarar la existencia de un despido disciplinario improcedente, considerando que:

[...] el dueño de la casa puede, [...] o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra [...] por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de 20 días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción (SSTS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001, y de 27 de junio de 2008, rec. 2235/2007).

Sin embargo, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que la persona empleadora haya optado por el despido, sin perjuicio de la obligación de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o del pago de la indemnización en la cuantía correcta (art. 11.4).

Queda así esbozado el régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, caracterizado por: 1) su abaratamiento, dado que tanto el desistimiento como el despido improcedente conllevan el abono de una cuantía indemnizatoria inferior a la resultante de la aplicación del derecho del trabajo común; y 2) su causalidad, puesto que el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora implica el riesgo de reconducir hacia ella cualquier decisión extintiva.

Como denota su previsión en otras relaciones laborales de carácter especial (a saber, la relativa al personal de alta dirección –art. 11 RD 1382/1985–), ningún reproche legal merece una modulación del régimen causal que el ET depara a la extinción del contrato de trabajo, siempre y cuando el exceptuarlo obedezca a una finalidad legítima. Tampoco parece posible hallarlo en una eventual contravención del Convenio número 158 (1982) de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo. Aunque su artículo 4 proscriba aquella que no se sustente en «una causa justificada relacionada con [la] capacidad o [...] conducta [del trabajador] o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», su artículo 2 exceptúa ciertos supuestos. En concreto, su apartado 5 permite a cada Estado signatario:

[...] en la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan [...] tomar medidas para excluir de la aplicación del presente convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

Condiciones de empleo como, en este supuesto, su localización en el seno del hogar familiar, permiten subsumir este supuesto en la precitada excepción, así como la naturaleza de un empleador que ni tan siquiera es una empresa, sino una persona física que recluta una mano de obra cuya prestación no redunde, al menos de manera directa, en el mercado.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la flexibilidad del régimen extintivo aplicable al personal al servicio del hogar familiar o, al menos, alguno de sus aspectos, deje de hallar censura en otros fundamentos jurídicos, de recaer sobre sujetos cuyas condiciones o circunstancias personales denoten su propensión a recibir un trato discriminatorio.

## 2.2. El eventual carácter discriminatorio de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar

La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), reputa discriminatoria por razón de sexo cualquier situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponga a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima, mientras los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2). Resulta evidente la desventaja particular que supone para el personal al servicio del hogar familiar exponerse al riesgo de ser cesado sin mayor justificación que la voluntad de su empleador de poner fin al contrato; y, en todo caso, de resignarse a serlo sin recibir una indemnización equivalente a aquella de la cual serían acreedores en caso de despido, con arreglo al ET. Dado que esta desventaja particular atañe mayoritariamente a personal perteneciente al sexo femenino, no es casual que se invoque la norma promulgada en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad de trato por razón de sexo (art. 14) como fundamento jurídico de un eventual trato discriminatorio. Huelga remitirse a los datos expuestos *ab initio* para evidenciar que

la práctica totalidad del empleo en el hogar familiar lo ocupan hoy, como antaño, mujeres. Y, si se toma en consideración la elevada presencia de trabajadoras extranjeras<sup>2</sup>, el riesgo de incurrir en una discriminación múltiple está servido.

Bastaría ello para dar paso al tercer subepígrafe, dedicado a indagar acerca de la existencia de una finalidad legítima susceptible de justificar de manera objetiva la patente diferencia de trato que depara una disposición donde, no obstante, se omite cualquier referencia al sexo de sus destinatarios. Cumple, por tanto, el requisito de neutralidad que atañe a una disposición, criterio o práctica capaz de generar una discriminación indirecta. Pero, antes de aducir la eventual justificación que impediría tachar de discriminatorio a este régimen jurídico, procede hacer hincapié en una circunstancia, cual es el posible embarazo de la empleada del hogar. No en vano el Tribunal Constitucional español (TC) ha tenido ocasión de calificarlo como un factor diferencial de discriminación (Ortiz Lallana, 2000, p. 24) subsumible en la proscripción de aquella derivada del sexo, ya que, «por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (Sentencias del TC –SSTC– 173/1994, de 7 de junio, y 92/2008, de 21 de julio). Discriminación que, a tenor del artículo 8 de la LOIEMH, es de índole directa, toda vez que considera como tal todo «trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

Interesa, pues, detenerse en la extinción del contrato de las empleadas del hogar durante su estado de gestación y, en particular, en aquella fruto del desistimiento de la persona empleadora, habida cuenta de las indeseables consecuencias arrojadas por la acausalidad propia de este régimen jurídico. El silencio guardado por el Real Decreto 1620/2011 acerca tanto del despido, como de la extinción del contrato de la trabajadora encinta, obliga a acudir, con carácter supletorio, a la normativa laboral común, cuyo contenido e interpretación está condicionado por los compromisos internacionales entablados por el Estado español.

La regulación específica del despido de la trabajadora embarazada a cargo de la OIT, allende aquel vinculado a los periodos de descanso cuyo disfrute le corresponde, data de finales del siglo pasado. Fue a principios de los años ochenta cuando el Convenio número 156 (1981), sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, conminó a los Estados firmantes a incluir:

[...] entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (art. 3).

<sup>2</sup> Según datos de afiliación obtenidos de la TGSS, del total de 376.240 sujetos incluidos dentro del sistema especial para empleados de hogar constan, a día 28 de febrero de 2022, un total de 163.298 personas afiliadas de nacionalidad extranjera, de las cuales 126.982 proceden de Estados no miembros de la Unión Europea, mientras que apenas 36.316 proceden de Estados miembros (información disponible en [https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98/09-EXT-Ult-Nac-Reg-0222.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98-n-l0SPO](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98/09-EXT-Ult-Nac-Reg-0222.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98-n-l0SPO)).

En concreto, rechazó que la responsabilidad familiar pudiera constituir «de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo» (art. 8). Desde entonces, la protección frente al despido deparada a la trabajadora embarazada adquirió un cariz antidiscriminatorio. En otras palabras, se prohibió, en la medida en que pudiera acreditarse que la decisión empresarial había sido adoptada con plena consciencia del estado de gestación de la asalariada y como consecuencia de él.

Esta postura también fue adoptada por el Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo (art. 3). Este sanciona la causalidad como regla general aplicable a la extinción del contrato de trabajo, pudiendo justificarse la decisión extintiva en motivos inherentes a la empresa o a la persona trabajadora. No obstante, en cuanto concierne a esta última, se adiciona una regla específica, según la cual no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre otros motivos, el embarazo (art. 5). Así, lejos de prohibir el despido de toda trabajadora embarazada, se limitó a proscribir aquel cuya causa estribara en el embarazo. Al margen de la prohibición quedaría, por supuesto, el despido de la trabajadora que, pese a estar encinta, incumpliera de manera grave y culpable sus obligaciones. Es de todo punto comprensible que el embarazo no otorgue una patente de corso frente a la justificada resolución del contrato de una trabajadora. Pero la controversia estriba en calificar la extinción en aquellos supuestos donde no exista o no se haya logrado acreditar la existencia de una causa susceptible de avalar el despido, pero resulte difícil sostener que el mismo sea consecuencia del estado de gestación de la trabajadora. Quien decida atenerse a la literalidad del artículo 5 del Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, podrá deducir que la prohibición afecta en exclusiva al despido inspirado por un móvil discriminatorio, siendo presupuesto ineludible de su existencia el previo conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora por parte de la empresa. Esta interpretación no hizo sino seguir la senda sugerida por la Recomendación número 95 (1952), sobre la protección de la maternidad, relativa al Convenio número 103 (1952), sobre la protección de la maternidad, que supeditó la ilegalidad del despido de la trabajadora durante los periodos de descanso anteriormente citados a la previa notificación a la persona empleadora del estado de gestación.

Y si, por añadidura, quien interpreta la norma pertenece a un Estado miembro de la Unión Europea, encontrará otro punto de apoyo sobre el cual sustentar esta interpretación en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que obliga a los Estados miembros a proteger a la trabajadora embarazada frente al despido, entendiendo por «trabajadora embarazada» solo aquella «que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». La directiva adopta así un enfoque subjetivo, con el cual se pretende perseguir el despido en tanto reacción contra el embarazo, considerando que, si la empresa no conocía el estado de gestación de la trabajadora, difícilmente podría haber reaccionado frente al mismo. Correlato de lo afirmado es la exclusión de la tutela antidiscriminatoria de aquellos supuestos en los que no pudiera existir un desenlace discriminatorio a resultas del previo conocimiento de su estado por parte del empleador (Cardona Rubert, 2002, p. 97).

La confluencia de ambas normas dio pábulo a que algunos Estados dispensaran una mayor protección a la trabajadora embarazada que fuera despedida sin justa causa, pero que hubiera comunicado su estado de gestación a la empresa, que a aquella otra que hubiera sido víctima de un despido injustificado, pero cuyo estado no hubiera sido revelado a su persona empleadora. Por esta opción pareció decantarse el ordenamiento jurídico español, donde cualquier despido injustificado merecía la calificación de «improcedente», pudiendo el empresario readmitir a la trabajadora o confirmar su despido, abonándole una indemnización; empero, el despido motivado por una causa discriminatoria se reputaría nulo, debiendo readmitirse a la trabajadora objeto del mismo (arts. 53.4 y 55.5 ET). No obstante, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, añadió a esta causa genérica de nulidad otra específica, relativa al despido de la trabajadora en estado de gestación, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión posterior al alumbramiento (arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET), sin mencionar la previa comunicación al empresario de su estado de gestación (Cavas Martínez, 2008, p. 4).

Esta reforma dio pie a dos interpretaciones consecutivas, relativas a la calificación de nulidad del despido de la trabajadora encinta. La primera, sostenida por el TS en su Sentencia de 9 de julio de 2006 (rec. 1452/2005), consideró que la causa de nulidad específica recogida en la letra b) de sendos artículos 53.4 y 55.5 del ET no constituía sino un subtipo del despido discriminatorio enunciado en su apartado primero (García Ninet, 2007, p. 9), al que sería de aplicación la regla especial relativa a la carga de la prueba prevista en el artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Según esta, correspondería a la empresa demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida adoptada y de su proporcionalidad, siempre y cuando de las alegaciones de la trabajadora afectada cupiere deducir la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo. Cuando del despido de una trabajadora embarazada se tratase, se consideró indicio suficiente de trato discriminatorio la acreditación del conocimiento por parte de la empresa de su estado de gestación (STC 41/2002, de 25 de febrero, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 27 de noviembre de 2007, rec. 4602/2007), de manera tal que, si la trabajadora hubiera guardado silencio sobre el mismo, el despido merecería, a lo sumo, el calificativo de improcedente.

Esta primera posición jurisprudencial descansaba sobre una interpretación auténtica del precepto, construida sobre la alusión realizada por la exposición de motivos de la Ley 39/1999, a la «motivación» de la decisión extintiva, que presuponía la previa consciencia empresarial del estado de la trabajadora. También encontraba apoyo en una interpretación sistemática de la ley, con arreglo a la cual los párrafos que sucedían a la regla general, que sancionaba con la nulidad el despido discriminatorio, contendrían meras especificaciones que tipificaban supuestos concretos subsumibles en el enunciado precedente. El postrero y no menos importante argumento acogido por la jurisprudencia residía en el respeto del principio general de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que se vería en entredicho si se hiciera depender la

nulidad de la decisión empresarial de un hecho «azaroso» y de difícil percepción (STSJ de Andalucía/Granada de 25 de julio de 2007, rec. 1920/2007), como el estado de gestación de la trabajadora en su fase incipiente.

La segunda interpretación llegó de la mano del TC. Analizando la conformidad de la interpretación deparada por el TS a la luz del derecho a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo enunciada en el artículo 14 de la CE, dedujo la nulidad de cualquier despido injustificado de una trabajadora embarazada, hubiera o no puesto en conocimiento de la empresa su estado de gestación. En sus pronunciamientos 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, defendió el carácter autónomo de la causa de nulidad relativa al despido de la trabajadora en estado de gestación con respecto al despido discriminatorio, considerando indiferente que mediare o no intención de discriminar de la empresa. De acuerdo con esta posición, la calificación jurídica del despido realizado desde el inicio del estado de gestación hasta el momento en que comenzara el periodo de descanso por maternidad sería necesariamente de nulidad (Cardona Rubert, 2002, p. 102), de no estar debidamente justificado por motivos no relacionados con el embarazo (Cruz Villalón, 1999, p. 98).

Esta segunda interpretación se antoja más garantista, y equilibrada, dado que no llega a «blindar» el contrato de las trabajadoras embarazadas (Cavas Martínez, 2008, p. 11), al menos, frente a una extinción justificada. Su solidez, por añadidura, reposa sobre la tutela de otros bienes jurídicos dignos de preservación, como la seguridad y la salud de las asalariadas (arts. 15 y 43.1 CE), la protección de su familia (arts. 18.1 y 39.1 CE) y, en especial, su intimidad (art. 18 CE). Nótese que solo desde entonces la trabajadora recibió plena protección frente a un despido arbitrario sin haberse visto compelida a revelar previamente un aspecto vinculado a su esfera personal, como es su embarazo. Contribuye a sostener esta postura una interpretación literal de la norma, que en ningún momento obliga a comunicar el embarazo al empresario (Rubio Velasco, 2012, p. 91), por lo que su exigencia en sede judicial podría conculcar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (Cavas Martínez, 2008, p. 5). Por consiguiente, carece de importancia la voluntad discriminatoria de la empresa, que bien pudiera desconocer el estado de gestación de la trabajadora y, pese a ello, debería hallarse en condiciones de acreditar una justa causa de despido o, de lo contrario, afrontar su nulidad.

Por tales derroteros ha debido discurrir el supremo intérprete de la CE para alcanzar una solución que quizá le hubiera facilitado la ratificación, todavía pendiente por parte del Reino de España, del Convenio número 183 (2000), sobre la protección de la maternidad. Además de extender su ámbito de aplicación a «todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente», su artículo 8 prohíbe a la persona empleadora «que despida a una mujer que esté embarazada [...] excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia». Precisa, además, que «la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la



lactancia incumbirá al empleador». Se prohíbe, pues, el despido de «una mujer embarazada», no ya el motivado por el embarazo, a no ser que concurra justa causa que lo legitime.

Ambas vertientes convergen en la configuración de una protección objetiva de la trabajadora embarazada, superando aquella interpretación que se limitaba a proscribir el despido en función de la motivación subjetiva de la empresa. Se trata de una interpretación que el TS ha hecho extensiva al despido injustificado de las empleadas del hogar, «en primer lugar, porque el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, no especifica nada sobre el despido nulo, lo que conduce a la aplicación supletoria del ET»; y «en segundo término, porque el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del artículo 55.5 del ET, siendo indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador» (STS de 11 de enero de 2022, rec. 2099/2019).

Aunque digna de encomio, es de lamentar que esta tutela reforzada se ofrezca solo a quien haya sido despedida. Quedan, en principio, desprovistas de ella las trabajadoras cuyo contrato hubiera sido extinguido por la persona empleadora en ejercicio de su derecho de desistimiento. Resolver cuál de las dos posiciones jurisprudenciales resultaría aplicable a este supuesto aconseja evocar la deparada a la recaída sobre la extinción durante el periodo de prueba del contrato de la trabajadora embarazada. Aquí, el motivo subyacente al ejercicio de esta facultad de desistimiento empresarial carecería de trascendencia siempre que hallara cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por ordenamiento jurídico al empleador, que no ampara el ejercicio abusivo (STS de 20 de enero de 2014, rec. 375/2013) de los derechos dimanantes del pacto ni la lesión de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (STC 88/1985, de 6 de febrero). Sin embargo, la jurisprudencia del TC descartó deparar a la extinción contractual acaecida durante el periodo de prueba el mismo tratamiento que al despido de la trabajadora embarazada.

En su Sentencia 173/2013, de 10 de octubre, sostuvo que ambas instituciones diferían lo suficiente como para justificar un trato distinto, reforzado en el caso del despido, en tanto decisión extintiva basada en una justa causa. Atendiendo a la aparente libertad propia de la extinción del contrato durante el periodo de prueba, dedujo que la protección de la trabajadora embarazada requería una respuesta diversa, toda vez que la relajación causal y procedimental de la terminación del contrato sugería «una clara atenuación del principio de prohibición de [su] libre extinción». Puesto que la vigencia del periodo de prueba permitía a la empresa poner fin a la relación laboral sin necesidad de acreditar causa alguna, solo debería reputarse nula la extinción cuyo móvil fuera discriminatorio. Y, dado que ese móvil no podría concurrir de no haber sido la empresa consciente del embarazo, devendría de nuevo imprescindible que la trabajadora acreditara que su estado de gestación era por ella conocido como indicio de un trato discriminatorio que la empresa solo podría desvirtuar si estuviera en condiciones de fundamentar su decisión en una causa ajena al embarazo.

Expuesta la posición del TC, resulta ineludible detenerse en el voto discrepante formulado a la citada sentencia por el magistrado Valdés Dal-Ré, estimando que la nulidad automática

prevista en el ET en caso de despido de la trabajadora embarazada no constituía «un mero plus añadido por el legislador» (Alonso Olea, 1988, p. 619), siendo, por el contrario, un imperativo constitucional nacido del contenido esencial del artículo 14 de la CE. Valdés Dal-Ré hace alusión a la máxima irradiación del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, que no debe verse afectado por una desafortunada intervención legislativa destinada a depurar un trato diferenciado a una misma situación –a saber: el cese de la trabajadora embarazada–. Se rebate así la distinción que el TC realiza entre tutela intencional (Igartua Miró, 2008, p. 136) y tutela objetiva de la discriminación, considerando que:

[...] con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección que nos ocupa, el artículo 14 de la CE no solo prohíbe los actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo.

No falta quien considere inspirada en esta postura la reforma introducida en la extinción del contrato a instancia de la empresa durante el periodo de prueba por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Solà i Monells, 2020, p. 24). Según dispone su artículo 2:

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

Aunque esta reforma parezca extender la nulidad a toda aquella extinción llevada a cabo durante el periodo de gestación, es preciso advertir que aquella parece referirse, en exclusiva, a la decidida «por razón de embarazo». Es este matiz el que todavía permitiría restringir la sanción de nulidad solo a aquellas extinciones que denoten una intención discriminatoria. En otras palabras, la alusión a la extinción «por razón de embarazo» aún permitiría reintroducir la exigencia del conocimiento empresarial del estado de gestación como prueba indiciaria. Una interpretación más favorable a la trabajadora tampoco hallaría fundamento en una eventual ratificación por España del Convenio número 183 (2000), sobre la protección de la maternidad, pues este alude en exclusiva al «despido» cuando prohíbe aquel que recaiga sobre toda «mujer que esté embarazada» salvo que concurran «motivos no relacionados con el embarazo». Coincide así con el Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, en excluir de su ámbito protector a las trabajadoras embarazadas en caso de desistimiento. En suma, con esta invocación de la «motivación» el legislador español ha desaprovechado una magnífica oportunidad para dotar inequívocamente de la máxima protección frente a la pérdida del empleo a la trabajadora embarazada, sin que importe la modalidad extintiva elegida por la empresa.

Quizá contribuiría a salvar este escollo el presumir «motivada» por el embarazo toda extinción que recayera sobre una trabajadora desde el inicio de su embarazo hasta que diera comienzo el periodo de descanso, presunción *iuris tantum* (Solà i Monells, 2020, p. 27) que la empresa solo podría enervar mediante la acreditación de motivos no relacionados con el embarazo o la maternidad. Así pues, para evitar la declaración de nulidad, la empresa debería fundamentar objetivamente su decisión en atención a una finalidad legítima (Trujillo Pons, 2010, p. 89) (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2009, rec. 3814/2009). Por consiguiente, debería considerarse nula toda decisión empresarial que no trajera causa de «una valoración negativa de la trabajadora durante el tiempo prudencialmente necesario» (García-Perrote Escartín y Tudela Cambroner, 1985, p. 497) para constatar su ineptitud para desarrollar las funciones inherentes al puesto de trabajo (Cardona Rubert, 2002, p. 119), circunstancia que la empresa debería hallarse en condiciones de justificar.

Esta parece ser la posición adoptada por el TS en su Sentencia de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019), donde, en primer lugar, aprecia extendida la protección objetiva por embarazo a la extinción del contrato durante el periodo de prueba, como ya lo había hecho la doctrina jurisprudencial, como la STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (rec. 352/2016), existiendo, previamente, otros pronunciamientos que acogieron la tesis de la nulidad subjetiva, por la que se exigía aportar un indicio de prueba que avalase el móvil discriminatorio (STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2016, rec. 338/2016). Y, en segundo lugar, considera:

[...] lógica derivación de lo anterior [...] que, una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido a [aquel], la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo [...] tampoco se [pueda] utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar [en caso de desistimiento].

Esta interpretación sugiere la necesidad de preparar la justificación de una decisión extintiva que, *a priori*, se presumía justificada, privando en buena parte de sentido el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora.

No obstante, si la remisión al derecho del trabajo común, realizada por el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, bastó para fundamentar la aplicación de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada a la que estuviera al servicio del hogar familiar, más dudas suscita el aplicar la deparada a la extinción durante el periodo de prueba, dado que su contenido y propósito no coinciden con el predicable del derecho de desistimiento propio de esta relación laboral de carácter especial. Urge, por tanto, una reforma normativa cuyo calado dependerá de la existencia de una eventual justificación de esta diferencia de trato que atañe a un nutrido contingente de personal perteneciente al sexo femenino.

## 2.3. La insuficiente justificación de la diferencia de trato deparada a las empleadas del hogar con ocasión de la extinción de su contrato

Excepción hecha de la relación jurídica propia del personal de alta dirección, donde la confianza descuella como un factor clave, habida cuenta de la responsabilidad en él depositada por quien lo designa, no existe régimen jurídico extintivo parangonable en todo el derecho del trabajo, sea común, sea especial, al que disciplina la extinción del personal al servicio del hogar familiar. Huelga recordar que la evolución histórica de la relación laboral se ha caracterizado por una paulatina restricción de la libertad de desistimiento de la empresa (García Murcia, 2008, p. 13), de manera tal que el derecho de la persona trabajadora a no ser despedida sin que mediare justa causa ha pasado a integrar el contenido mínimo del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE (STC 22/1981, de 2 de julio). Es por ello que solo en ciertas relaciones la intensidad del vínculo de confianza *inter partes* –no del todo ausente, pero menos robusto, en la relación laboral común, donde el abuso de confianza puede llegar a fundamentar un despido disciplinario (art. 54.2 d) ET)– explica que el legislador permita la extinción del contrato cuando sea quebrantado. Así se deduce del artículo 23.1 a) del Real Decreto 1331/2006, cuando contempla la extinción del contrato ante una «manifiesta y grave quiebra de la confianza entre el abogado y el titular del despacho», aunque deba ser acreditada por este último (art. 23.2 a). Es, no obstante, en la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (art. 11 RD 1382/1985) y en la entablada por el personal al servicio del hogar familiar (art. 11.3 RD 1620/2011) donde la falta de confianza puede abocar a la extinción del contrato sin necesidad de ser probada. Esgrime la doctrina que, en ambos supuestos, la quiebra de la confianza subyacente a la decisión de desistir no ha de acreditarse, sino que se presume (Quesada Segura, 1991, p. 203).

No obstante, son de advertir las escasas similitudes que, en lo restante, presentan el personal de alta dirección y aquel que está al servicio del hogar familiar. Así, mientras al primero se le atribuye un notable poder de negociación, gracias al cual no resulta extraño que haya acordado con quien lo haya empleado el abono de sustanciosas indemnizaciones por la extinción de su contrato (art. 11.Uno RD 1382/1985); concurren en el segundo una serie de circunstancias –ausencia de formación, posible nacionalidad extranjera, etc.– que lo ubican, por lo general, en una posición más delicada incluso que la ocupada por el común de las personas asalariadas. No resultan comparables, por tanto, ambas situaciones, ni suficiente, por consiguiente, recurrir a la confianza como justificación que baste para sostener, al menos, el régimen íntegro aplicable a la extinción del contrato.

Llegados a este punto, interesa matizar que, en el caso que nos ocupa, peligrarían otros bienes jurídicos si el ordenamiento impusiera trabas que obligaran a mantener a una persona extraña en el seno de la familia (Álvarez del Cuvillo, 2007, p. 129). Es por ello que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE) han sido traídos a colación como justificación del derecho de desistimiento concedido a la persona empleadora. En concreto, el TS ha tenido ocasión de recordar que no es «la tarea

desempeñada», sino la «profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia» (STS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001) que su desempeño lleva de suyo, la que justifica el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora. Es, precisamente, la salvaguardia de los derechos fundamentales en juego lo que diferencia este derecho de desistimiento de la extinción derivada de la no superación del periodo de prueba. Si en esta los derechos vinculados a la extinción del contrato son exceptuados con fundamento en uno conferido por el contrato, aquí se está ante una verdadera colisión de derechos fundamentales: por una parte, el derecho de la empleada a no ser discriminada por razón de sexo y, por la otra, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio de la empleadora.

El respeto de los derechos fundamentales propios del empleador recomienda matizar alguna de las consecuencias propias de la extinción contractual. Así, por ejemplo, aconseja descartar la preceptiva readmisión de la empleada del hogar familiar, incluso de haberse confirmado la nulidad de la extinción, en decir de la doctrina jurisprudencial (STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1028/2018, y STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de junio de 2019, rec. 1470/2017). Se trata de pronunciamientos proclives a atemperar, «en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar», los efectos típicos de una nulidad que, por otra parte, se concibe como objetiva. Con esta interpretación se alteran «los efectos naturales de tal declaración, al establecer como consecuencia [...] la rescisión indemnizada, atendiendo a que la readmisión afectaría negativamente a la intimidad de la empleadora» (Miñarro Yanini, 2017, p. 135). Es dable encontrar, por tanto, en el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la persona titular de hogar familiar y en el derecho a la inviolabilidad de su domicilio una justificación objetiva y razonable susceptible de modular el régimen extintivo de esta relación laboral de carácter especial. Con arreglo a esta justificación, no ha faltado quien haya sugerido la conveniencia de suprimir el derecho de desistimiento abogando por la reconducción de cualesquiera supuestos extintivos derivados de la decisión unilateral del empleador al despido, «salvando el efecto de la readmisión» (Miñarro Yanini, 2017, p. 137). Se eliminaría, por tanto, la presunción de la falta de confianza subyacente a la decisión extintiva, levantando un velo bajo el cual se ocultan, a menudo, causas espurias, como la conveniencia de prescindir de una persona empleada que haya incurrido en situación de incapacidad temporal.

Distinto es, sin embargo, que el respeto del contenido fundamental de tales derechos deba acarrear un abaratamiento del despido. Según esta interpretación, de haberse declarado la nulidad, se propone calcular el monto indemnizatorio, no ya con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, que lo cifra en 20 días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de 12 mensualidades, sino de acuerdo con lo previsto para el despido nulo por el régimen común, ya que a él se ha debido acudir como derecho supletorio (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2007, rec. 4602/2007). Tampoco sirve invocar el respeto del derecho a la intimidad para evitar que «se produzca el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación»

(STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1028/2018, y STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de junio de 2019, rec. 1470/2017). A ello cabría añadir una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, con arreglo a lo dispuesto en la LRJS. A tenor de su artículo 183:

Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

No obstante, su cuantificación «conlleva una dificultad incuestionable» (Rodríguez Copé, 2019, p. 220) que la reciente doctrina jurisprudencial pretendió superar acogiendo a los principios de suficiencia y de prevención, según los cuales «el importe indemnizatorio debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra sino, además, para contribuir a la finalidad de prevenir el daño» (STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018, rec. 1679/2018) (Rodríguez Copé, 2019, p. 221). A esa finalidad preventiva obedece el reconocimiento de una indemnización a favor de la trabajadora embarazada con independencia de que resulten probados los daños morales, toda vez que se consideran implícitos a la lesión del derecho fundamental a la igualdad de trato (STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, rec. 286/2021). Se propone acoger esta interpretación, aun cuando no se hubiera logrado deducir el móvil discriminatorio de quien lo hubiera empleado del previo conocimiento del estado de gestación de la empleada (Alameda Castillo, 2021, p. 141), por contraposición a la que considera que, en tales casos, no procede indemnización alguna al haberse declarado la nulidad de manera automática (STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021, rec. 1926/2021). Para esta última, la ausencia de conocimiento «impide que haya incurrido en violación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo», razonamiento que no casa con la finalidad de la interpretación deparada por el TC, tendente a otorgar una tutela reforzada (Alameda Castillo, 2021, p. 148) a un despido injustificado cuyo móvil discriminatorio se presume.

La garantía de los derechos económicos del personal al servicio del hogar familiar exige, asimismo, hacerles extensiva la protección deparada por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), como advierte la Sentencia 91/2002, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona. En aplicación de la interpretación llevada a cabo por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), que será objeto de análisis con ocasión del estudio de la exclusión de este personal de la acción protectora por desempleo, considero indirecta la discriminación consistente en privarles de aquella, de forma injustificada, sin que «el hecho de que el empleador [sea] un cabeza de familia [constituya] un argumento [susceptible de dar] satisfacción a esa necesidad de explicar por qué concretamente esta protección no la tiene ese colectivo».

Se comprende, en definitiva, la modulación de las consecuencias dimanantes de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, en la medida en que obedezca a la protección de otros derechos fundamentales en conflicto. No obstante, esta medida es excedida con creces por el reconocimiento de un derecho a extinguir el contrato sin la concurrencia de causa alguna, así como por la exclusión de los derechos económicos que les atribuiría, en caso de despido, el régimen laboral común. No es ocioso recordar que uno de los objetivos fundamentales perseguidos por la reforma llevada a cabo en esta relación laboral de carácter especial en el año 2011 estribó en «establecer una indemnización específica e inferior a la prevista con carácter general para el supuesto de que este [fuera] declarado improcedente» (Miñarro Yanini, 2012, p. 82), diferencia cuya justificación cabe poner en tela de juicio (STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016, rec. 352/2016). Ciertamente, se formula una propuesta consistente en la reconducción de la extinción contractual basada en la pérdida de la confianza hacia el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza (art. 52.2 d) ET) (Rojo Torrecilla, 2012, p. 324), no del todo descabellada, si se atiende a la progresiva admisión en el ámbito doméstico de sistemas de vigilancia que en nada difieren de los utilizados en el centro de trabajo de cualquier empresa. Se alude, en concreto, a aquellos basados en las nuevas tecnologías, como la videovigilancia, a la que el artículo 89 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, otorgó carta de naturaleza. Sistemas cuya instauración, por lo demás, obedece a la desconfianza cuasi absoluta que a la persona empleadora infunde una asalariada cuyos movimientos considera necesario observar y registrar en todo momento. Sobre la información debida a la persona empleada en tales casos, véanse pronunciamientos como la STSJ de Asturias de 20 de octubre de 2020 (rec. 1051/2020), donde se declaró la improcedencia del despido de una empleada del hogar que había sido grabada mediante cámara oculta por no considerar válida dicha prueba. No obstante, la STSJ de Galicia de 28 de junio de 2021 (rec. 1545/2021) reconoció la necesidad de ponderar:

[...] las especiales circunstancias de la relación laboral, dado que la prestación de servicios de la empleada de hogar se hace en domicilio particular, no se trata de empresas con establecimientos abiertos al público, sino servicios que se prestan en la intimidad familiar, y una interpretación finalista [...] llevaría a entender que no cabe exigir en la misma medida la existencia de dispositivo identificativo.

Procede, pues, suprimir el derecho de desistimiento, a la par que revisar, por discriminatoria, la regulación de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia, donde la indemnización aplicable, contemplada en el Real Decreto 1620/2011, resulta inferior a la prevista en el ET y su abono no goza del respaldo del Fogasa, sin que medie la posibilidad de acudir directamente al derecho supletorio para corregir esta carencia (Salcedo Beltrán, 2014, p. 133). Urge, asimismo, modular el régimen jurídico aplicable a su nulidad, descartando la readmisión, con lo cual se garantizaría el equilibrio de los derechos fundamentales en juego. Solo tomando en consideración otros extremos, como el menguante poder adquisitivo de unas



familias que a duras penas pueden permitirse los costes inherentes al empleo del personal a su servicio, podría entenderse, que en modo alguno justificarse, la persistencia de un trato peyorativo que, como se verá a renglón seguido, se extiende hasta la protección por desempleo.

### 3. La discriminación por razón de sexo fruto de la desprotección por desempleo

#### 3.1. La exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar

La disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, integró el régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar dentro del régimen general de la Seguridad Social, con efectos de 1 de enero de 2012. Pese a ello, el vigente artículo 255 d) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), excluyó de su acción protectora la protección por desempleo, aunque su artículo 264 deparase, con carácter general, dicha protección a «los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la Seguridad Social».

Lo anterior evidencia la palmaria agudización del trato desfavorable que el personal al servicio del hogar familiar recibe en atención a los efectos económicos derivados de la extinción del contrato. Así, no solo percibirá una indemnización inferior en caso de despido improcedente, reduciéndose incluso más su importe de haber optado el empleador por ejercer su derecho de desistimiento, sino que se verá privado de la protección por desempleo. Este trato peyorativo se acentúa de considerarse la imposibilidad de acceder a otras prestaciones, dado que la situación del personal al servicio del hogar familiar que pierde su empleo no se encuentra asimilada al alta. Sí lo está, para causar derecho a las prestaciones del régimen general, «la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia» (art. 166 LGSS), así como «la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo» (art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social).

Se evidencia, así, una clara diferencia de trato que no ha sido remediada sino parcial y temporalmente mediante la aprobación del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el sistema especial de empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social, aprobado mediante el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Con el propósito de paliar los efectos adversos provocados

por la pandemia, su artículo 30 reconoció el derecho a percibirlo a las personas empleadas del hogar que, estando de alta antes de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, (1) hubieran dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19; y (2) hubieran visto extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido, por el desistimiento del empleador o por muerte o cualquier otra causa de fuerza mayor que le fuera imputable que imposibilitara definitivamente la prestación del trabajo, siempre que las causas que determinaran la extinción del contrato fueran ajenas a la voluntad de la persona trabajadora y se debieran a la crisis sanitaria del COVID-19 (Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el sistema especial para empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social regulado en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

Se trata de una medida coyuntural, dado que, además de nacer el derecho a la percepción del subsidio en el momento en el cual tuviera lugar el cese derivado del contexto pandémico, su duración se extendería solo hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. Sin embargo, estaba enderezada a solventar una carencia de rentas estructuralmente padecida por el personal al servicio del hogar familiar más allá de cualquier situación extraordinaria y que afecta, como acontecía con las diferencias propias de la extinción del vínculo contractual, a un colectivo eminentemente feminizado.

### 3.2. La eventual discriminación indirecta inherente a la exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar

Albergando serias dudas acerca de la compatibilidad de estas disposiciones nacionales con el derecho de la Unión Europea, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo, mediante Auto de 29 de julio de 2020 (rec. 93/2020), formuló una cuestión prejudicial ante el TJUE a fin de esclarecer, en primer lugar, si el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, es contrario al citado derecho nacional. En segundo lugar, si incurre en idéntica contravención con relación al artículo 5 b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que prohíbe la discriminación

directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. Y, de estimarse opuesto el derecho nacional en cuestión a ambas directivas, pregunta si constituyen supuestos discriminatorios «en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada [...] son mujeres».

Aunque la primera norma no llegó a definir los diversos tipos de discriminación en ella proscritos, la Directiva 2006/54/CE consideró constitutiva de una discriminación indirecta toda aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (art. 2.1 b). No obstante, la cuestión prejudicial fue resuelta con fundamento en la Directiva 79/7/CEE que, en su artículo 3.1 a), declara su aplicación a las prestaciones por desempleo, prohibiendo, en su artículo 4, cualquier discriminación por razón de sexo, bien sea directa, bien sea indirecta, relativa al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social o a las condiciones de acceso a los mismos. Su aplicación excluye, en consecuencia, la de la Directiva 2006/54/CE, con arreglo a su artículo 2.1 f) aplicable a los regímenes no regulados en la anterior (STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18).

Los informes estadísticos presentados ante el TJUE evidenciaron, sin duda alguna, que la diferencia de trato afectaba mayoritariamente a la mujer. A tenor de la sentencia encargada de resolver dicha cuestión prejudicial:

[...] de los datos [...] presentados en las observaciones orales de la TGSS se desprende que, por una parte, a 31 de mayo de 2021, el número de trabajadores por cuenta ajena sujetos a dicho régimen general era de 15.872.720, de los cuales 7.770.798 eran mujeres (el 48,96 % de los trabajadores) y 8.101.899 hombres (el 51,04 % de los trabajadores). [...] [Por otra parte,] en esa misma fecha, el grupo de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el sistema especial para empleados de hogar contaba con 384.175 trabajadores, de los cuales 366.991 eran mujeres (el 95,53 % de los trabajadores incluidos en este sistema especial, esto es, el 4,72 % de las trabajadoras por cuenta ajena) y 17.171 hombres (el 4,47 % de los trabajadores incluidos en dicho sistema especial, esto es, el 0,21 % de los trabajadores por cuenta ajena).

A la luz de tales datos:

[...] si el órgano jurisdiccional remitente llegase a la conclusión de que tales datos estadísticos [fueran] fiables, representativos y significativos, procedería considerar que el artículo 251, letra d), de la LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, [...]

entrañando una discriminación indirecta por razón de sexo. Sobre añadir que la recién publicada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo no pudo sino confirmar la fiabilidad, representatividad y significatividad de tales datos, considerando que los mismos no solo son «fiables y no coyunturales, sino estables y elocuentes» (proc. 93/2020). Procédase pues, sin más dilación, a abordar la eventual justificación de esta exclusión.

### 3.3. La ausencia de justificación objetiva y razonable susceptible de sustentar la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar

En pos de una justificación objetiva y razonable susceptible de legitimar la exclusión de la acción protectora por desempleo del personal al servicio del hogar se aventuró, sin éxito, la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). A fin de explicar una disposición, para algunos «inexplicable» (Gala Durán, 2014, p. 139), no le bastaron los argumentos proporcionados por el Gobierno español y la TGSS, que sustentaron la decisión de política legislativa consistente en privar de la protección contra el desempleo al personal al servicio del hogar familiar en las «peculiaridades de este sector profesional». Peculiaridades que atañen, por una parte, a la capacidad económica de la persona empleadora y, por otra parte, al ámbito en el cual se desarrolla la prestación.

En cuanto a la capacidad económica de la persona empleadora, se recuerda que la titular del hogar familiar «no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena de dichos empleados». Correlato del escaso poder adquisitivo de las familias para hacer frente a los costes laborales es la consustancial tendencia a la contratación «en negro» de una persona empleada del hogar. Coadyuva a provocar dicha consecuencia el segundo argumento aportado por el Gobierno de España y la TGSS, a saber: la opacidad de un ámbito, cual es el hogar familiar, cuya inviolabilidad «dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones». Dificultad que, por lo demás, permitiría, bien ahorrar las cotizaciones correspondientes a una persona empleada que está trabajando, bien cotizar hasta un cierto momento en el que se tramita una baja aparente, mientras la persona empleada en cuestión continúa en el ejercicio de sus funciones sin que lo íntimo del lugar donde las realiza permita que la autoridad tenga conocimiento de ello (Gala Durán, 2014, p. 169). A tal efecto, no ha faltado quien haya sospechado de la «relación de especial confianza entre empleador y empleado», susceptible de propiciar «algún tipo de fraude» (Sáez Sáez, 2016, p. 624).

De todo lo expuesto, el Gobierno español y la TGSS auguraron una inevitable reducción de las nuevas contrataciones y una creciente extinción de los contratos en vigor, parejas a un incremento de las «situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la Seguridad Social» hipotéticamente derivadas de la inclusión del personal al servicio de hogar familiar en la acción

protectora por desempleo. Inclusión que, a la postre, podría dar lugar a una «reducción de la protección de los empleados de hogar». Con arreglo a dicho razonamiento, la exclusión de las personas empleadas del hogar de la protección por desempleo persigue «mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección social de los trabajadores» (apdo. 54).

Estos bienintencionados propósitos, de todo punto subsumibles dentro de los objetivos generales de la Unión, topan, no obstante, con una falta de coherencia y de sistematicidad en su formulación, dado que el riesgo de destrucción de empleo y de incremento del fraude social derivado del aumento de los costes propios de la cotización no atañe solo al personal al servicio del hogar familiar, sino también a otros colectivos acreedores de dicha protección, como las personas trabajadoras contratadas por empresas de limpieza que también prestan servicios en domicilios particulares (apdo. 63). Cabría oponer que, en tales supuestos, es la capacidad económica de la persona contratante, una verdadera empresa, la que desaconseja privarlas de la protección por desempleo. Así, por más que el desempeño de sus funciones en un ámbito privado incite a una verdadera empresa a eludir la cotización, un eventual incumplimiento obedecería más a la avaricia que a la necesidad de incurrir en él.

Todavía más difícil resulta justificar por qué dicha privación afecta en exclusiva a la protección por desempleo, y no a la relativa a otras contingencias cuya cobertura presenta el mismo riesgo de fraude. En estas circunstancias, el TJUE no consideró que los elementos aportados por el Gobierno español y la TGSS pusieran de relieve que los medios elegidos fueran «adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos, extremo que, no obstante, corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 67) debiendo comprobar «si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos» (apdo. 68). De todo lo anterior parece colegirse que el TJUE no contempló «una interpretación del juez nacional que no sea considerar que se produce discriminación por razón de sexo» (Miñarro Yanini, 2022).

Confirmando dicho vaticinio, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo consideró paradójico que, tanto el Gobierno español, como la TGSS, «hayan pretendido justificar la carencia de la acción protectora en materia de desempleo en este régimen especial, en el objetivo de conservación de los niveles de empleo en este ámbito». No pudo sino sorprenderle que, «para la TGSS, la limitación en los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral [favorezca] el volumen de empleo (regular o en superficie, no sumergido)». Propone, con una interpretación acorde con el propósito que el derecho del trabajo está llamado a alcanzar desde su concepción, armonizar «las metas que tanto el ordenamiento de la UE, como nuestra CE (art. 40.1 *in fine*), consideran legítimas». Lo anterior supone no «renunciar a alcanzar los objetivos legítimos de política social que apunta la TGSS [...], señaladamente el mantenimiento o aumento del empleo en el sector, a costa o en detrimento del ámbito de la acción protectora», de suerte que «debiera, debe ser posible lograr ambas finalidades». Concluye, por tanto, que:

[...] la determinación legal de una acción protectora que no se limite a la garantía de contingencias como las enfermedades profesionales y el accidente laboral, sino que cubra la eventualidad frecuente y pernicioso en su afectación económica para la trabajadora, que es el desempleo [no está reñida] con el mantenimiento y aun aumento del empleo regular en el sector, con total beligerancia respecto de las relaciones laborales opacas.

En suma, consideró que:

[...] la limitación legal que supone el artículo 251 d) de la LGSS, no encuentra cobijo en el logro de fines de política social legítimos, ya que el superior alcance de la acción protectora no se manifiesta como un obstáculo para su consecución, [sino que] operará como refuerzo de aquellos.

Con ello, se declaró «materialmente disconforme a derecho» la resolución denegatoria de la solicitud de la actora de cotizar por la protección por desempleo, anulándola y revocándola, así como del derecho de la demandante a cotizar como empleada de hogar. No obstante, emplaza al legislador a colmar el vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada, considerando las peculiaridades del régimen especial. Se arriba así, desde el derecho de la Unión, a una solución similar a la que conduciría la ratificación, por aquel entonces todavía pendiente por parte del Reino de España, del Convenio número 189 (2011) de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo artículo 14 obliga a los Estados firmantes a adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que aquellos «disfruten de condiciones no menos favorables que las [...] aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social».

Es llegado, pues, el momento de proponer el enfoque que una ineludible reforma legal podría adoptar. Puesto que es la escasa capacidad económica propia de algunas familias lo que justifica, en esencia, la diferencia de trato recaída mayoritariamente sobre las empleadas del hogar, el abordaje de esta cuestión debe tener en cuenta las circunstancias y la renta de la persona empleadora a la hora de modular el régimen jurídico aplicable. En cuanto sus circunstancias, merecen diferente trato los supuestos donde la contratación del personal obedezca a la mera conveniencia, de aquellos en los cuales responda a una verdadera necesidad. Esta necesidad aflora, por ejemplo, cuando algún miembro de la familia necesita de unos cuidados que ni las medidas de corresponsabilidad, ni la normativa promulgada para la atención a la dependencia, han llegado a satisfacer<sup>3</sup>. Cuando

<sup>3</sup> Solo así se explica que la Encuesta de presupuestos familiares sobre hogares con servicio doméstico que se llevó a cabo en 2009 haya constatado que, de los 17,1 millones de hogares existentes, a la sazón, en España, un 14,4 % contara con algún tipo de servicio doméstico prestado de forma regular, siendo la presencia de mayores o personas con discapacidad en el hogar algunas de las características que influían en la contratación de este tipo de servicios (datos disponibles en el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística de marzo de 2012 titulado «Hogares y servicio doméstico»).

a esa necesidad no la acompañan los medios económicos que permiten sufragar los costes laborales de una persona asalariada, emerge la tentación de urdir algún tipo de fraude para sostener a una mano de obra cuyo reclutamiento resulta inaplazable; fraude cuya contención se revela, para el Gobierno de España y la TGSS, como un objetivo de política social digno de ser alcanzado.

La insuficiencia del sistema de atención a la dependencia y las medidas de corresponsabilidad previstas en la legislación laboral subyace, pues, a una decisión de política legislativa que, en lugar de acometer su mejora, ha permitido que fuera solventada por las familias acudiendo a una mano de obra precaria. La reducción del ideal de cobertura no fue sino el medio inconfesado destinado a paliar la delicada situación en la que se encuentran las personas acreedoras de cuidados descargando sobre los hombros del personal al servicio del hogar familiar un peso que debería recaer sobre la sociedad en su conjunto.

Aunque la optimización de dicho sistema clama por la revisión en profundidad de la normativa en materia de corresponsabilidad y de atención a la dependencia, que hoy día apenas proporciona una respuesta, a menudo tardía, a las situaciones más graves, es dable proponer una solución rápida que permita a quien lo necesite hacerse con una persona cuidadora. Que la conformidad a derecho de su contratación no suponga un sacrificio inasumible para las familias aconsejaría, quizá, bonificar la cotización a las personas titulares de un hogar cuyas rentas evidenciaran la imposibilidad de afrontar el deber de cotizar por una persona empleada en condiciones comparables a las de una persona asalariada cualquiera. Con ello se conseguiría socializar, siquiera de forma provisional, la necesidad derivada de la materialización del riesgo de dependencia, tanto más probable, cuanto más envejece la población. Su reconocimiento debería, sin embargo, condicionarse a la participación del personal en acciones formativas tendentes a profesionalizar una labor de cuidados que, por haber sido desempeñada por quienes carecían de especialización alguna, ha sido tradicionalmente infravalorada (Gala Durán, 2014, p. 143). A esta sensibilidad podría responder un tratamiento favorable deparado a las familias, combatiendo la infravaloración de unas tareas, advertida por el abogado general en sus conclusiones relativas a este asunto, cuando valoró que «ciertos objetivos de política social invocados para justificar una diferencia de trato a las personas de sexo femenino están anclados en roles estereotipados o en estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas» (apdo. 77) (González del Rey Rodríguez, 2022). Tampoco convendría descartar la sustitución o combinación de las bonificaciones propuestas con la previsión de deducciones fiscales, medida propuesta por la doctrina a fin de «visibilizar más las rentas pagadas en clave tributaria» y así «debilitar la estanqueidad que el tratamiento de la cotización a la Seguridad Social conlleva» (Sánchez Huete, 2014, p. 256). De esta guisa, sería dable luchar contra el fraude, tanto a efectos fiscales como de Seguridad Social, haciendo emerger relaciones laborales camufladas en el seno del hogar. Agilizar su tramitación exigiría, no obstante, hacerlas depender de un factor fácilmente constatable, como la edad de la persona acreedora de los cuidados, a riesgo de iniciar un proceso donde la valoración de su necesidad se prolongue durante años.



## 4. Conclusión

La dignificación de las tareas domésticas constituye, sin duda alguna, uno de los principales retos que el derecho del trabajo del siglo XXI debe afrontar, si pretende hacer efectivo el derecho a la igualdad por razón de sexo. El TJUE no hace sino recordarlo en su reciente pronunciamiento de 24 de febrero de 2022, encomendando al Estado español la compleja labor de articular un nuevo modelo de protección social aplicable al personal al servicio del hogar familiar no discriminatorio, a la par que sostenible. Que no resulte discriminatorio exige, ineludiblemente, equiparar la protección de este colectivo frente a unos riesgos que en nada se diferencian de los que acechan a cualquier persona asalariada. Que devenga sostenible requiere, no obstante, que el coste para las familias no equivalga al asumido por una empresa al uso. Ello debe ser así cuando la índole de los servicios contratados denote su necesidad, como acontece con el trabajo de cuidados, y la insuficiencia de las rentas percibidas por la persona empleadora urja a socializar su coste. Hasta ahí debe llegar la asunción estatal del aseguramiento de un riesgo no del todo neutralizado por las medidas de corresponsabilidad y de atención a la dependencia; asunción que, por otra parte, debe ir acompañada de medidas formativas, encaminadas a profesionalizar la provisión de cuidados.

Queda, no obstante, pendiente de atajar la discriminación por razón de sexo que conlleva la aplicación de un régimen extintivo más flexible y menos costoso al personal al servicio del hogar familiar. Corregirlo demanda, en primer lugar, retomar la causalidad imperante en la terminación de todo contrato de trabajo. Para ello, se propone suprimir la presunción de falta de confianza que hoy justifica el reconocimiento del derecho de desistimiento de la persona empleadora, reconduciendo la extinción contractual hacia el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d) ET). Procede, sin embargo, matizar las consecuencias derivadas de su eventual nulidad. El respeto a la intimidad familiar y la inviolabilidad del domicilio consagrados en el texto constitucional obligan, en concreto, a descartar la preceptiva readmisión de la persona empleada en caso de que el despido haya sido declarado nulo, pero no las restantes consecuencias económicas que acarrea dicha declaración. El encomiable empeño en apiadarse del menguante poder adquisitivo de las familias no debe, en este caso, modular el montante de una indemnización cuyo devengo obedece a un móvil discriminatorio; móvil que, en el caso de las trabajadoras embarazadas, se presumirá cuando el despido tenga lugar durante su estado de gestación, por aplicación de la interpretación objetiva pergeñada por el TC.

## Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, M. T. (2021). Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 141-153. <https://bit.ly/3oGLKxr>
- Alonso Olea, M. (1988). Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 36, 617-620.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2007). *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*. Consejo Económico y Social.
- Aparicio Ruiz, M. G. (2012). Un paso más hacia la conciliación familiar en la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 30, 34-47.
- Cardona Rubert, M. B. (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Cavas Martínez, F. (2008). El Tribunal Constitucional «blinda» el contrato de las trabajadoras embarazadas. *Base de datos de Westlaw*, 2065.
- Cruz Villalón, J. (1999). El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extraordinario 1*, 71-104.
- Gala Durán, C. (2014). La protección en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 139-178). Dykinson.
- García Murcia, J. (2008). Prólogo. En A. Ceinos Suárez, *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*. Aranzadi Thomson Reuters.
- García Ninet, I. (2007). Segundo periodo de prueba, embarazos, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos periodos. Suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos. En torno y al hilo de la STC 17/2007, de 12 de febrero de 2007 (BOE del 14 de marzo), de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 196, 5-12.
- García-Perrote Escartín, I. y Tudela Cambrotero, C. (1985). Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación. *Relaciones Laborales*.
- González del Rey Rodríguez, I. (3 de marzo de 2022). *La STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo*. Aedtss. <https://www.aedtss.com/la-stjue-de-24-de-febrero-de-2022-asunto-c-389-20-y-el-derecho-de-las-empleadas-del-hogar-a-la-proteccion-por-desempleo/>
- Igartua Miró, M. T. (2008). *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Consejo Económico y Social.

- Miñarro Yanini, M. (2012). La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (y II). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 5, 73-93.
- Miñarro Yanini, M. (2017). Aplicación de la «nulidad objetiva» al desistimiento del contrato de empleada del hogar embarazada: un rayo de luz entre las sombras (Comentario a la STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016, rec. núm. 352/2016). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 410, 132-137. <https://goo.gl/DREo3J>
- Miñarro Yanini, M. (4 de marzo de 2022). *Lucha por el derecho y prestación por desempleo de las empleadas de hogar: ¿fin de trayecto? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de febrero de 2022*. CEF.- Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html>
- Ortiz Lallana, M. C. (2000). Nulidad del despido de una trabajadora embarazada. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 3, 23-27.
- Quesada Segura, R. (1991). *El contrato de servicio doméstico*. La Ley.
- Rodríguez Copé, M. L. (2019). Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada. Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 211-222.
- Rojo Torrecilla, E. (2012). La regulación laboral del personal al servicio del hogar familiar en el ámbito internacional (con un apunte sobre la normativa española). *Razón y Fe. Revista Hispanoamericana de Cultura*, 1.362, 313-324.
- Rubio Velasco, M. F. (2012). Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 4(10), 91-100.
- Sáez Sáez, C. (2016). *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*. (Tesis doctoral). Universidad de Castilla-La Mancha. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/10536>
- Sagardoy Bengoechea, J. A. (1963). El ámbito subjetivo del trabajo familiar. *Revista de Política Social*, 57, 59-104.
- Salcedo Beltrán, C. (2014). La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 103-138). Dykinson.
- Sánchez Huete, M. A. (2014). Prevención del fraude fiscal en el contexto de las empleadas del hogar. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 233-274). Dykinson.
- Solà i Monells, X. (2020). La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 13-38 [en línea]. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i01.01>
- Trujillo Pons, F. (2010). A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de noviembre, recurso 61/2009, sobre la no nulidad del despido de una embarazada durante el periodo de prueba porque la empresa conocía su estado cuando la contrató. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 239, 84-89.

# Despido objetivo versus despido colectivo. Una reforma inaplazable del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores

**María Desamparados Bohigues Esparza**

*Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universitat de València (España)*

M.Desamparados.Bohigues@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-3086-8022>

## Extracto

La reforma del mercado de trabajo operada por la Ley 3/2012, de reformas urgentes para el mercado de trabajo, afectó al régimen jurídico procesal del despido colectivo, tanto en su vertiente colectiva como individual, modificando aspectos muy significativos, creando un panorama complejo, dotado de una cierta inseguridad jurídica en determinados aspectos, que ha provocado una regulación carente de la menor simetría. Una de las cuestiones que ha suscitado mayores controversias es la relativa a la comunicación de la decisión extintiva y su contenido, en cuanto a los criterios tenidos en cuenta en la selección de las personas trabajadoras afectadas por la medida extintiva y a la expresión de la causa motivadora del despido.

Otro punto de inflexión lo constituyen los motivos de impugnación que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar su pretensión, pues algunos de ellos, como se verá, quedan supeditados a la acción colectiva produciendo efectos de indudable calado en las extinciones que se producen en el marco de un despido colectivo.

Pues bien, el objeto de este estudio es analizar el tratamiento de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas cuando el mismo se produce en el marco de un despido colectivo, poniendo en relación el tratamiento de la regulación sustantiva con la procesal, es decir, el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, siendo inconcebible que el mismo se regule mediante preceptos adjetivos, sin haberse modificado el precepto sustantivo que lo regula. Tampoco lo ha hecho la última reforma laboral aprobada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

**Palabras clave:** despido objetivo; despido colectivo; expediente de regulación de empleo; impugnación individual; tutela judicial; extinción; causas de nulidad.

Recibido: 15-03-2022 / Revisado: 20-04-2022 / Aceptado: 21-04-2022

**Cómo citar:** Bohigues Esparza, M. D. (2022). Despido objetivo versus despido colectivo. Una reforma inaplazable del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 77-107.



# Objective dismissal versus collective dismissal. An impressive reform of article 53 of the Workers' Statute

María Desamparados Bohigues Esparza

## Abstract

The reform of the labor market operated by Law 3/2012, of urgent reforms for the labor market, modified the procedural legal regime of collective dismissal, both in its collective and individual aspects, modifying very significant aspects, creating a complex panorama, endowed with a certain legal insecurity in certain aspects, which has caused a regulation lacking the slightest symmetry. One of the issues that has caused the greatest controversy is that relating to the communication of the extinctive decision and its content, in terms of the criteria taken into account in the selection of the workers affected by the extinctive measure and the expression of the motivating cause of the dismissal.

Another point of inflection is constituted by the reasons for contesting that the workers can assert to substantiate their claim, since some of them, as will be seen, are subject to collective action, producing effects of undoubted significance in the extinctions that occur in the framework of a collective dismissal.

Well, the purpose of this study is to analyze the treatment of the termination of the employment contract for objective reasons when it occurs in the framework of a collective dismissal, relating the treatment of the substantive regulation with the procedural one, that is, the substantive law and the adjective law, being inconceivable that it is regulated by adjective precepts, without having modified the substantive precept that regulates it. Neither has the latest labor reform approved by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28.

**Keywords:** objective dismissal; collective dismissal; employment regulation procedure; individual challenge; judicial protection; extinction; nullity causes.

**Citation:** Bohigues Esparza, M. D. (2022). Objective dismissal versus collective dismissal. An impressive reform of article 53 of the Workers' Statute. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 77-107.

## Sumario

1. Introducción
  2. La Sentencia del TC de 12 de julio de 2021
    - 2.1. La argumentación del TS
    - 2.2. El voto particular de la sentencia recurrida
    - 2.3. La tesis de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal
    - 2.4. La argumentación del TC
  3. Las causas de nulidad como fundamento de la demanda
    - 3.1. Las causas de nulidad de los artículos 53 del ET y 122 de la LRJS
    - 3.2. Las causas de nulidad del apartado 13 del artículo 124 de la LRJS
      - 3.2.1. Las pretensiones de nulidad, haya habido impugnación colectiva o no
      - 3.2.2. Las pretensiones de nulidad cuando no ha habido impugnación colectiva
  4. La exigencia de los requisitos formales de un despido objetivo en el marco de un despido colectivo
    - 4.1. La expresión de la causa motivadora de los despidos colectivos
    - 4.2. La reproducción de los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva
    - 4.3. La concreta aplicación de los criterios de selección del trabajador singularmente considerado
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** estudio resultado de la contratación a través de una ayuda (FPU) financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

## 1. Introducción

La reforma del mercado de trabajo operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente Ley 3/2012, de 6 de julio, bajo la misma rúbrica (en adelante, Ley 3/2012), modificó el régimen jurídico procesal del despido colectivo, tanto en su vertiente colectiva como individual.

En efecto, la reforma laboral de 2012 alteró el régimen jurídico procesal del despido colectivo, obviando al efecto la normativa que regula la extinción de los despidos objetivos, dejando inalterada la redacción de la norma sustantiva (recordemos que el adjetivo acompaña al sustantivo y no al revés), modificando aspectos muy significativos en la normativa procesal o adjetiva, creando un panorama complejo, dotado de una cierta inseguridad jurídica en determinados aspectos, que ha provocado una regulación carente de la menor simetría.

Y ello no es una cuestión baladí, pues la normativa actual, regulada en el artículo 53 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), al mencionar las causas y efectos del despido objetivo, no regula nada concreto cuando dicho despido se produce en el marco de un despido colectivo.

Asimismo, con las últimas modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas en el orden económico y social, en los supuestos en que no se haya impugnado la decisión extintiva por parte de los representantes de los trabajadores y se interponga demanda por el empresario, la acción individual queda en suspenso hasta que no haya sentencia firme o conciliación judicial en el proceso colectivo, alargándose aún más si cabe en el tiempo el derecho del trabajador a obtener una respuesta rápida y urgente a una situación extrema como es la pérdida de un trabajo.

En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley y, pese a las limitaciones aplicativas de la citada carta, cabe dudar de que esta regulación sea respetuosa con la letra del citado precepto y aún menos con su espíritu.

Uno de los puntos de inflexión más importantes lo constituyen los motivos de impugnación que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar su pretensión, pues algunos



de ellos, como se verá, quedan supeditados a la acción colectiva, en cambio, otros, que no han sido objeto de impugnación en la fase colectiva, podrán impugnarse individualmente, independientemente de que haya habido acuerdo en el periodo de consultas.

Asimismo, si el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo, habrá que valorar si la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas ha gozado de la legalidad negocial que se predica.

Otra de las cuestiones que ha suscitado mayores controversias es la relativa a la comunicación de la decisión extintiva y su contenido, en cuanto a la expresión de la causa, por una parte, y respecto de los criterios tenidos en cuenta en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva y su concreta aplicación, por otra.

En este sentido, el artículo 53.4 del ET establece que la decisión extintiva se declarará improcedente cuando no se hayan observado los requisitos formales mencionados, entre los que se encuentra la comunicación escrita expresando la causa. Sin embargo, nada se dice ni se especifica respecto del contenido de la carta, así como de los requisitos formales exigidos para los despidos objetivos derivados de un despido colectivo.

Pues bien, el objeto de este estudio consiste en delimitar la regulación normativa aplicable a la extinción de un despido objetivo derivado de un despido colectivo, regulado en el artículo 53 del ET con las especialidades previstas para la nulidad de la decisión extintiva de los artículos 124.13 y 122 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), con la finalidad de esbozar las líneas generales del régimen jurídico del despido objetivo derivado del despido colectivo, que concrete de manera exhaustiva la forma y los efectos derivados de la decisión extintiva cuando esta se produce en el marco de un despido colectivo, tratando de adaptar la regulación normativa existente a la constante jurisprudencia que los órganos judiciales han dictado en esta materia, perfilando así las peculiaridades existentes entre un despido objetivo y un despido objetivo derivado de un despido colectivo, poniendo en relación el tratamiento de la regulación sustantiva con la procesal, es decir, el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, siendo inconcebible que el mismo se regule mediante preceptos adjetivos, sin haberse modificado el precepto sustantivo que lo regula, lo que solo puede producir confusión y una cierta inseguridad jurídica. Tampoco lo ha hecho la última reforma laboral aprobada por el Real Decreto-Ley 32/2021, 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.

No será objeto de estudio el análisis pormenorizado y hermenéutico de la concurrencia de la causa como pretensión impugnatoria cuando no ha habido impugnación colectiva o cuando no ha sido objeto del proceso colectivo. No obstante, se realizará un breve análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional (TC) que trata esta cuestión, por su estrecha conexión con el objeto de estudio, y más concretamente, respecto de las causas de nulidad frente a la amplitud de la impugnación individual y su incidencia en aquellas

cuestiones de carácter colectivo que sí podrán plantearse en el proceso de impugnación individual, a la luz de la última doctrina sentada por el TC.

Y es que el TC ha zanjado esta cuestión anulando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) que vetaba la posibilidad de impugnar individualmente la decisión extintiva colectiva como pretensión impugnatoria de los artículos 122.1 y 124.13 de la LRJS, derivada de la acreditación de la causa alegada por el empresario de acuerdo con el artículo 53.4 del ET.

En efecto, la Sentencia del TS (STS) de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016)<sup>1</sup> ha sido anulada por el TC por vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva, al restringir la concurrencia de la causa como motivo de impugnación individual cuando no había sido objeto del proceso colectivo, amparándose en el acuerdo alcanzado en consultas.

Por lo que, cabe afirmar, ya adelanto, que el trabajador individualmente considerado podrá fundamentar su pretensión en que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita, cuando no ha habido impugnación colectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 122.1 de la LRJS, que regula la impugnación de los despidos objetivos individuales o plurales.

## 2. La Sentencia del TC de 12 de julio de 2021

La Sentencia del TC (STC) 140/2021, de 12 de julio, estima el recurso de amparo contra la sentencia del TS que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina y, por ende, contra la sentencia de instancia, que también desestimó la pretensión impugnatoria de la concurrencia de la causa cuando no ha habido impugnación colectiva, y nada se ha juzgado.

El TC entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho de acceso al orden social de la jurisdicción, al denegar la posibilidad de revisar la causa del despido colectivo de la que deriva la decisión extintiva, con motivo del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En efecto, el TC declara la vulneración del derecho fundamental de los demandantes de amparo del derecho de tutela judicial efectiva declarando la nulidad de las sentencias dictadas por el TS y la de instancia<sup>2</sup>, y retrotrae las actuaciones del recurso de suplicación hasta el momento anterior a dictar sentencia, a fin de que el órgano judicial proceda de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

<sup>1</sup> Cabe destacar que la STS de 29 de noviembre de 2018 (rec. 2887/2016) contiene idéntica doctrina, por lo que, de acuerdo con la doctrina del TC, vulnera el derecho de tutela judicial efectiva.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 25 de abril de 2016 (rec. 902/2015).

El interés de esta sentencia, como se ha dicho, en estrecha conexión con el objeto de este estudio, radica precisamente en sus importantes efectos jurídicos, en favor de la amplitud del régimen jurídico de la impugnación individual, respecto de otras cuestiones de carácter «colectivo» que podrán alegarse como motivo de impugnación en el proceso individual.

## 2.1. La argumentación del TS

El eje principal sobre el que descansa la argumentación de la sentencia recurrida se centra en que:

[...] la ausencia de una norma legal que contenga la previsión que para los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato (art. 47 ET) o en materia de descuelgue de lo pactado en el convenio colectivo (art. 82.3 ET), no puede valorarse como una razón definitiva para deducir de esa circunstancia que el legislador ha querido aplicar una solución diferente en este caso, negando al acuerdo colectivo la misma eficacia que sin embargo le reconoce en esas otras demás materias.

Asimismo, se reconoce que la solución más fácil sería la de considerar que la expresa exclusión de esa regla en el caso del despido colectivo es, por sí sola, suficiente para entender que el legislador ha querido dejar abierta la posibilidad de que los trabajadores puedan combatir las causas justificativas del despido colectivo en los pleitos individuales, pese a la existencia del acuerdo con sus representantes legales, pero el análisis sistemático de todo el conjunto normativo en esta materia conduce a un resultado distinto.

Así, se concluye que el estudio conjunto del sistema normativo permite afirmar que el legislador ha querido diseñar un régimen jurídico, en todas estas materias, que descansa sobre dos pilares fundamentales, siendo uno de ellos el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, ofreciendo una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo.

## 2.2. El voto particular de la sentencia recurrida

La sentencia recurrida cuenta con un amplio voto particular<sup>3</sup>, formulado conjuntamente por cinco magistrados disidentes. La discrepancia se circunscribe al alcance que debe atribuirse

<sup>3</sup> Formulado por los Excmos./as. Sres./as. magistrados/as doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don José Manuel López García de la Serrana, doña Rosa María Vicolés Piñol, don Antonio V. Sempere Navarro y don Ángel Blasco Pellicer.

al pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores, en orden a la acreditación de la causa justificativa de la decisión empresarial del despido colectivo, cuyo periodo de consultas ha finalizado con acuerdo y, por las razones que fuere, no hubiera sido impugnado por los sujetos legitimados para ello, conforme al artículo 124.1 y 3 de la LRJS. Así, se afirma que:

Carece de sentido que ahora enfaticemos la relevancia que posee la negociación durante el periodo de consultas y la exigencia de buena fe durante la misma, [pues en] numerosas ocasiones hemos tenido que precisar su alcance y examinar lo acontecido desde ese prisma.

Asimismo, no se entiende que un convenio colectivo que posee eficacia normativa y general conforme a los artículos 3, 83 y concordantes del ET «puede ser tanto impugnado frontalmente (a través de la modalidad procesal regulada en los artículos 163 y concordantes de la LRJS) cuanto cuestionado en los eventuales litigios individuales donde deba aplicarse», y esta singular modalidad de acuerdo colectivo resulte inmune al cuestionamiento individual.

Además, se destaca la singularidad del despido colectivo frente al resto de medidas de reestructuración laboral, pues no son comparables:

[p]orque los bienes en juego son diversos cuando se introducen novaciones modificativas y cuando se producen modificaciones extintivas. El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) no puede quedar infraprotegido y eso podría suceder si no se permite la revisión judicial de la causa alegada para afectarlo de manera tan severa como lo hace su terminación basada en circunstancias económicas, por más que sean legítimas y que no existan derechos ilimitados.

Así pues, en contra del parecer mayoritario, los magistrados que suscribieron el voto estiman que cabe examinar en los procedimientos individuales por despido la existencia de las causas que sustenten la procedencia del despido colectivo, aunque este hubiera finalizado con acuerdo. Por ello, afirman que debería haberse estimado el recurso, casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal superior de justicia de procedencia, a fin de que este órgano dilucide sobre este aspecto, al resolver el recurso de suplicación.

Y es que carece de sentido que el trabajador afectado no pueda articular como motivo de impugnación, cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por la representación legal de los trabajadores, la concurrencia de la causa y, por analogía, cualquier cuestión de carácter colectivo que no haya sido discutida en el proceso colectivo, cuando no ha habido impugnación, pues no ha habido control judicial previo alguno que se lo impida, lo contrario, como ha declarado el TC, atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva al que tiene derecho el trabajador afectado individualmente, cuando se pone en juego la pérdida de un trabajo.

En efecto, como ha destacado la doctrina (Maneiro Vázquez, 2020, p. 78), el artículo 124.13, letra b), regla 2.<sup>a</sup>, de la LRJS únicamente excluye aquellas cuestiones que sí fueron planteadas en el proceso colectivo, y resueltas por sentencia firme, pues parece que el alcance de la cosa juzgada atribuible tradicionalmente a la sentencia firme y a lo resuelto en el fallo, negándose incluso a aquellas cuestiones que, aun habiendo sido parte del pleito, no fueron integradas en el fallo de la sentencia, ha perdido su validez cuando se trata de cuestiones que, aun no siendo planteadas en la fase colectiva, han sido acordadas en el periodo de consultas, llegando a ostentar el acuerdo un efecto similar a la cosa juzgada que tiene la sentencia firme.

En este sentido, la doctrina (Agustí Maragall, 2014, p. 12; Ballester Laguna, 2013, p. 10) ha señalado que también deben ser objeto del proceso individual aquellas pretensiones de naturaleza colectiva que no se hubieran planteado en la fase colectiva, a saber, por ejemplo, una demanda colectiva en que la pretensión se circunscribe a la causalidad de los despidos efectuados no puede impedir que los trabajadores individuales cuestionen *ex novo* otras deficiencias detectadas que no hubieran sido planteadas en la fase colectiva, por ejemplo, la existencia de vicios procedimentales como la insuficiencia de la información en el periodo de consultas.

Por otra parte, algún sector doctrinal<sup>4</sup> consideró que si bien es cierto que el trabajador individualmente afectado tenía vetada la posibilidad de demandar contra el despido colectivo en su conjunto, al haber reservado nuestro legislador su impugnación a los representantes de los trabajadores, si bien, con vinculación (cosa juzgada, en términos técnicos) de lo que se decida en el primero respecto a los segundos, en las cuestiones que fueran comunes, y por ello la exigencia de paralización del ejercicio de la acción o de la tramitación del litigio si la demanda individual fuese anterior, como cauce para poder articular de manera efectiva esa vinculación, entra a valorar cuestiones de naturaleza colectiva que no han sido cuestionadas en el proceso colectivo, al no existir impugnación colectiva.

En este contexto, la doctrina (García-Perrote Escartín, 2016, p. 275) ha señalado la conveniencia de introducir en la regulación sobre despido colectivo la presunción de la concurrencia de la causa cuando el periodo de consultas concluye con acuerdo.

Ahora bien, con la normativa vigente y el reciente pronunciamiento del TC, la existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse. No es menos cierto, como se ha señalado, que el juzgador podrá tener en cuenta a la hora de apreciar la efectiva concurrencia de las causas justificadoras

---

<sup>4</sup> SSTSJ del País Vasco de 29 de septiembre de 2015 (rec. 1626/2015); de Castilla y León de 8 de julio de 2015 (rec. 931/2015). Se desestima la excepción de falta de legitimación del trabajador que alegaba la empresa demandante.

de los despidos el hecho de que los representantes de los trabajadores han considerado que, efectivamente dichas causas justificadoras concurrían<sup>5</sup>, pero ello es un mero elemento fáctico a tener en cuenta, aunque sin duda importante, pero no hasta el extremo de ser impeditivo del análisis judicial de la cuestión.

Asimismo, en caso de modificarse este precepto, tal y como ha recomendado la doctrina científica (García-Perrote Escartín, 2016, p. 275) y judicial<sup>6</sup>, para quienes el acuerdo adoptado en el periodo de consultas tiene una vinculación casi directa con la concurrencia de la causa, cabría distinguir también, además de si ha habido acuerdo o no, si la negociación llevada a cabo en el periodo de consultas ha gozado de la legalidad negocial que se predica, y por ello habrá que calificar la negociación del periodo de consultas, delimitando la misma con base en: si la negociación se ha llevado a cabo por empresas de grandes dimensiones con la existencia de representación sindical que garantice dicha negociación, o si se trata de una pequeña empresa en la que quizás la negociación del periodo de consultas se llevó a cabo por la comisión *ad hoc*, compuesta por los trabajadores de la empresa, en la que estos no gozan de los mismos mecanismos de negociación que los representantes sindicalizados o de grandes empresas y, desde luego, pueden resultar menos fiables como reales interlocutores contrapuestos al empresario.

En efecto, de esta forma, la presunción de la concurrencia de la causa cuando el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo quedaría más garantizada en aquellas empresas en las que se ha tenido oportunidad de llevar a cabo una verdadera y fiable negociación y no tanto en las restantes, debiendo el tribunal o juzgado competente analizar más detenidamente en un caso que en otro la concurrencia de la causa.

Al hilo de lo anterior, en los supuestos en que se confiere a la comisión *ad hoc* la facultad de modificación o inaplicación de un convenio colectivo en virtud del artículo 82 del ET, la doctrina científica (García Viña, 2013, p. 45) ha señalado que «el principal problema que plantea la comisión *ad hoc* de trabajadores es si se puede configurar o no como un verdadero órgano de representación» y, por ende, podría añadirse, por tanto, las consecuencias que trae su actuación en el marco de un despido colectivo.

Y es que esta actuación debería estar sometida a un control más exhaustivo, bien por parte de la autoridad laboral en su función de asesoramiento y mediación, bien a través de una regulación *de lege ferenda* que solucione la problemática existente en aquellas empresas en las que no existen órganos de representación de los trabajadores, pues precisamente son aquellas en las que estos –los trabajadores– se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se pone en juego la extinción de su contrato de trabajo.

<sup>5</sup> SSTS de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013) y de 24 de febrero de 2015 (rec. 165/2014).

<sup>6</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2014 (rec. 2563/2013) y de 30 de diciembre de 2014 (rec. 2109/2014); STS de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013).

Es por ello que «la clave de la eficacia del acuerdo reside en la capacidad representativa de quienes negocian, siendo evidente que en la comisión *ad hoc* estamos muy lejos de los estándares fijados legalmente para negociar» (García Viña, 2013, p. 45), y atenuar las consecuencias derivadas de un despido colectivo.

### 2.3. La tesis de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal

La tesis de la parte recurrente se centra en que esta vulneración se produjo por la imposibilidad de debatir en el proceso de impugnación individual la validez de las causas que motivaron la adopción de los despidos, en el marco de un expediente colectivo que finalizó con acuerdo no impugnado.

En este sentido, como eje principal del recurso de amparo se alega que el TS habría interpretado de manera absolutamente restrictiva la normativa laboral, al establecer limitaciones normativas que ni siquiera habían sido previstas por parte del legislador, con base en que el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 del ET no otorga un valor reforzado al acuerdo alcanzado en periodo de consultas como sí ocurre en otros procedimientos, a saber, por ejemplo, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET; suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor del artículo 47.1 del ET; y en materia de descuelgue del artículo 82 del ET, que prevén la presunción de la concurrencia de la causa justificativa cuando ha habido acuerdo en el periodo de consultas.

Y es que tampoco existe limitación procesal, lógicamente, siempre que se haya sustanciado previamente alguno de los procedimientos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 124 de la LRJS (impugnaciones colectivas), o en el apartado 3 del mismo que regula la acción de jactancia por parte del empresario, o en el procedimiento de oficio regulado en el artículo 148 b) de la LRJS.

Por su parte, el Ministerio Fiscal estima que rige el principio *pro actione* como canon de constitucionalidad, analizando si efectivamente existe norma expresa que obstaculice procesalmente el acceso del presente procedimiento, y entiende que no se cumple tal requisito ya que no existe previsión normativa expresa que impida la impugnación de las causas del despido en su vertiente individual, ni tampoco que esa prohibición se establezca de modo tácito pero indudable, afirmando que el TS creó una causa de inadmisión no prevista por el legislador.

Así, en sus alegaciones, tras reiterar que la interpretación llevada a cabo en la sentencia del TS no es la única razonable que cabe alcanzar, destaca que la misma parte de una premisa un tanto endeble, concretamente que el legislador se ha olvidado de establecer esa



limitación, aun queriendo hacerlo, para afirmar que tal olvido no ha existido<sup>7</sup>, y, por tanto, lo importante no es lo que quiso hacer el legislador, sino que, en definitiva, no lo hizo.

Y es que el intérprete no puede o no debe sustituir al legislador, y, por ende, *ubi boluit lex, dixit, ubi noluit tacuit*, pues si la voluntad de la ley hubiera sido introducir algo, lo habría establecido expresamente, y, al no hacerlo, se entiende que lo ha excluido deliberadamente.

En suma, se concluye que, cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores, a través del procedimiento colectivo previsto en el artículo 124 de la LRJS, la regulación legal no impide que en los procesos individuales el órgano judicial pueda dilucidar respecto de la realidad de las causas invocadas, para justificar la referida medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores. Por ello, de conformidad con el derecho contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución española, lo resuelto por el órgano casacional resulta contrario a la efectividad del referido derecho.

## 2.4. La argumentación del TC

El TC realiza un riguroso análisis sobre la fundamentación que utiliza el TS para la desestimación del recurso, concluyendo que el artículo 124 de la LRJS omite cualquier referencia a «los aspectos jurídicos atinentes a la posibilidad de cuestionar en el proceso individual la concurrencia de las causas de despido colectivo que finaliza con acuerdo y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan». La argumentación gira en torno a dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, el TC aclara que no cuestiona en modo alguno la razonabilidad del discurso del órgano judicial, en relación con la importancia de la negociación colectiva como herramienta para la solución de conflictos. Si bien, aclara que, a pesar de ello, «no significa que la pretensión de los recurrentes deba decaer, dado que el enfoque [...] es diferente», pues se trata de dirimir «si la interpretación del órgano judicial restringe indebidamente que la pretensión pueda someterse al conocimiento de los órganos judiciales, teniendo en cuenta el canon ya reflejado y el carácter fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

<sup>7</sup> «Pues ni se produjo cuando se estableció la nueva regulación del despido colectivo en el año 2012, ni cuando se acometieron ulteriores modificaciones en los años 2013 y 2014; y ello, porque habría bastado, por ser más lógico y sencillo, establecer el art. 51 TRET la misma cláusula limitativa de impugnación que las que se establecen en los arts. 41, 47 y 82 TRET. Al no obrar así el legislador, parece lógico precisar, como razona el voto particular, que se quiso establecer un sistema de impugnación diferente para los despidos colectivos, precisamente porque estaba en juego la extinción de las relaciones laborales. Y, en cualquier caso, lo importante no es lo que quiso hacer el legislador, sino de que en definitiva hizo. En suma, la sentencia crea una causa de inadmisión no prevista por el legislador; y en tanto que cabe alumbrar otra interpretación contraria tan razonable, al menos, concluye que hubo vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción».

En segundo lugar, establece que la decisión adoptada por dicho órgano no se acomoda a los postulados asentados en la doctrina constitucional, en tanto que conduce a cercenar las posibilidades de ejercicio del derecho fundamental enunciado, sin causa legal expresa que lo autorice, concluyendo que es posible la impugnación del acuerdo colectivo en un procedimiento individual, al haberse establecido por el legislador diversos regímenes respecto al valor de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas, concurriendo razones que corroboran esta conclusión.

En efecto, el TC afirma que el legislador no ha establecido un régimen jurídico homogéneo para el ejercicio de las diferentes acciones individuales derivadas de la aplicación de medidas de naturaleza colectiva cuando se logra un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues la regulación establecida para los despidos es diferente de la prevista respecto de otras decisiones empresariales.

Y es que el artículo 122 de la LRJS, al que expresamente remite el artículo 124.13 del mismo texto legal, dispone que se declara improcedente el despido si no se acreditase la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, y aunque en la sentencia impugnada se minimiza el valor de ese mandato al afirmar que la redacción de los artículos 120 a 123 de la LRJS datan de una época en que el enjuiciamiento de los despidos colectivos ni siquiera correspondía al orden social de la jurisdicción, afirmando que esos preceptos fueron concebidos para ser aplicados a los despidos individuales. Sin embargo:

[...] no es menos cierto que la remisión a los arts. 120 a 123 LRJS se estableció en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 febrero, norma que precisamente atribuyó el conocimiento de esa materia a los órganos del orden jurisdiccional social; y, en cualquier caso, debe advertirse que la vigencia de los referidos preceptos no permite prescindir de su aplicación, aun cuando se considere, como así lo hace el órgano casacional, que no se acomodan al régimen procesal que debiera regir.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 51.6 del ET no impide que las causas del despido colectivo puedan ser cuestionadas en procedimientos individuales, ni tampoco prevé que el hecho de haber alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores comporte la presunción de las referidas causas, como así establece respecto de otras medidas colectivas.

En definitiva, el TC hace suyos la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el voto particular formulado contra el fallo de la sentencia dictada por el TS, recurrida en amparo.

### **3. Las causas de nulidad como fundamento de la demanda**

Como se señaló, uno de los puntos de inflexión derivado de la reforma laboral de 2012 lo constituyen las causas de nulidad que los trabajadores pueden hacer valer para fundamentar

su pretensión, pues algunas de ellas, introducidas por el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, como se verá, al igual que sucede con la pretensión impugnatoria sobre la concurrencia de la causa regulada en los artículos 122.1 de la LRJS y 53.4 del ET, quedan supeditadas a la acción colectiva, produciendo efectos de indudable calado en las extinciones que se producen en el marco de un despido colectivo.

### 3.1. Las causas de nulidad de los artículos 53 del ET y 122 de la LRJS

El artículo 53.4 del ET establece la forma y los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas.

En consonancia con este, y respecto de las causas de nulidad, el artículo 122.2 de la LRJS establece, en primer lugar, la causa genérica de nulidad cuando la misma tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador afectado por la decisión extintiva.

Asimismo, será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos (arts. 53.4 ET y 122.2 LRJS<sup>8</sup>):

1. Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del ET<sup>9</sup> (art. 122.2 b) LRJS).
2. La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1 d) y e) del ET, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos (arts. 53.4 a) ET y 122.2 c) LRJS).

<sup>8</sup> En consonancia con el artículo 53 del ET, el artículo 122.2 de la LRJS establece las mismas causas de nulidad (salvo la prevista en el apdo. b) art. 122 LRJS), aunque su redacción vigente no se ha modificado en los términos establecidos en el artículo 2.13 del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo.

<sup>9</sup> Que se lee así:

Quando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

3. La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión al que se refiere el párrafo anterior; la de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37.4, 5 y 6 del ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en el ET para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (arts. 53.4 b) y 122.2 d) LRJS).
4. La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1 d) del ET, siempre que no hubieran transcurrido más de 12 meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (arts. 53.4 c) y 122 e) LRJS).

Lo establecido en los párrafos anteriores en materia de nulidad por relacionarse con medidas sobre el embarazo o cuidados será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

Pues bien, como se señaló, para analizar las diferentes pretensiones de nulidad en las que puede fundamentarse la demanda, habrá que delimitar las mismas atendiendo a si ha habido impugnación colectiva o no, y ello, por el alcance de cosa juzgada que tiene la sentencia recaída en el proceso colectivo, con la diferencia de que las causas de nulidad previstas en el artículo 53 del ET y en el artículo 122.2 de la LRJS (salvo la prevista en el apdo. b) de este precepto, que en principio queda supeditada a la impugnación colectiva) podrán ser alegadas independientemente de que haya habido impugnación o no, pues estas no forman parte del proceso de impugnación del despido colectivo, al ser las mismas que las previstas para el despido objetivo y no depender de lo que se decida en el proceso colectivo.

Es decir, cuando se pretenda la nulidad del despido por haberse efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del ET, sí que habrá que distinguir si ha habido impugnación colectiva o no.

En efecto, en ocasiones resulta que la decisión extintiva se ha adoptado al margen del proceso de despido colectivo, por haberse producido extinciones individualizadas de manera fraudulenta en periodos sucesivos de 90 días (despido colectivo de hecho), por lo que conviene realizar algunas matizaciones a este respecto, por cuanto, tiene una conexión estrecha con el objeto del proceso de impugnación colectiva, pudiendo darse el caso de que su impugnación deba realizarse a través del proceso colectivo, aunque esta pretensión impugnatoria se regula expresamente en el artículo 122.2 b) de la LRJS que regula la impugnación individual.

En principio, en estos casos, estamos en presencia de despidos colectivos irregulares que se producen al margen del procedimiento regulado en el artículo 51.2 del ET, es decir, sin haber realizado el periodo de consultas, por lo que la vía procesal adecuada sería la establecida en el artículo 124 de la LRJS<sup>10</sup>, en consonancia con lo establecido en el artículo 124.2 b) de la LRJS, cuya pretensión impugnatoria colectiva podrá basarse en que no se ha realizado el periodo de consultas establecido en el artículo 51.2 del ET, o también por realizarse en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos de acuerdo con el artículo 51.1 del ET, en consonancia con lo establecido en el artículo 122.2 b) de la LRJS que regula la impugnación individual del despido objetivo, al que remite el artículo 124.13 de la LRJS.

Por tanto, se produce una duplicidad en cuanto al objeto del proceso colectivo, pues la pretensión de nulidad prevista en el artículo 122.2 b) de la LRJS para la impugnación individual también puede ser objeto del proceso colectivo. Y es que sería contrario a la lógica que:

[...] en un supuesto de impugnación individual del despido objetivo, pueda ser declarado nulo por la concurrencia de fraude de ley (art. 122.2 b) LRJS), por remisión del art. 124.13 LRJS, y que tal pronunciamiento se niegue cuando la impugnación de la decisión extintiva se lleve a cabo por los representantes de los trabajadores (STS de 17 de febrero de 2014, rec. 143/2013).

En este sentido, se ha pronunciado recientemente el TS (STS de 23 de noviembre de 2021, rec. 92/2021), al considerar que la medida adoptada es manifiestamente abusiva, por irrazonable y desproporcionada, al haberse extinguido prácticamente la totalidad de la plantilla, admitiendo la impugnación por el cauce procesal del artículo 124 de la LRJS, al considerar que se ha producido un despido colectivo de hecho, prescindiendo del procedimiento establecido en el artículo 51 del ET, declarando la nulidad del despido impugnado<sup>11</sup>.

Sin embargo, cabría matizar esta afirmación cuando las causas de las extinciones que se producen al margen de lo establecido en el artículo 51 del ET no se corresponden con las previstas para el despido colectivo, es decir, con las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues no es objeto del proceso de despido colectivo regulado en el artículo 124 de la LRJS dirimir si las extinciones producidas por otros motivos no inherentes a la persona del trabajador se han realizado en fraude de ley. Y, para llegar a dicha conclusión

<sup>10</sup> STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013).

<sup>11</sup> El sindicato demandante reclamó la nulidad del despido colectivo porque consideró que:

[...] se ha producido un despido de hecho, toda vez que, en el periodo de 16 de marzo a 3 de abril de 2020, la empresa extinguió «ante tempus» seis contratos temporales, cesó a 25 trabajadores por la supuesta no superación del periodo de prueba y despidió disciplinariamente a 34 trabajadores fijos, superando de largo el número de extinciones, que le obligaba a promover el correspondiente despido colectivo.

(despido colectivo de hecho o irregular, fraudulento o encubierto), únicamente puede hacerse desde el convencimiento de que los despidos llevados a cabo se han realizado en fraude de ley.

En situación comparable se situarían las extinciones que se producen por causas disciplinarias en las que no se ha reconocido la improcedencia por parte del empresario. Es decir, no se puede discutir en el proceso de despido colectivo si las extinciones con causa en el despido disciplinario son procedentes, improcedentes o nulas.

Por la misma razón, no se puede discutir en el proceso de impugnación colectiva si las extinciones que tienen su causa en otros motivos no inherentes a la persona del trabajador han sido realizadas en fraude de ley.

Incluso, la calificación de la verdadera causa de extinción de cada uno de los contratos de trabajo temporales tiene contornos estrictamente individuales, en la medida en que pueda ser necesario acudir a declarar, con carácter previo, que la verdadera naturaleza de la relación no era temporal, sino indefinida; o que la extinción se produjo antes de que acaeciera el término o hecho objetivo que había de poner fin al contrato temporal.

Ello es así si lo que especialmente se pretende es que se declaren fraudulentos, y, por ello, cuando la noción de despido colectivo se construye, no sobre elementos meramente fácticos, sino sobre calificaciones jurídicas (el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos), se individualiza la situación de los trabajadores incluidos en el objeto del proceso regulado en el artículo 124 de la LRJS<sup>12</sup>.

Y si bien podrán incluirse en el cómputo del cálculo a efectos del elemento numérico, y, por ende, la calificación como despido colectivo, deberán sustanciarse por el cauce de la impugnación individual, pues es una acción previa que ha de ventilarse en los procesos individuales, pudiéndose declarar la nulidad del despido individual por fraude de ley.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente el TS (STS de 29 de septiembre de 2021, rec. 80/2021), declarando que el cauce del artículo 124 de la LRJS no es adecuado cuando se pretende obtener la nulidad de un despido colectivo con base en la ilegalidad de contratos temporales que la empresa ha extinguido al amparo del artículo 49.1 c) del ET, pues ese debate es ajeno al proceso de despido colectivo y propio de la impugnación individual o plural de los despidos ante el juzgado de lo social, en la que los propios trabajadores individualmente considerados podrán hacer valer ese fraude de ley, cuya consecuencia será la nulidad del despido por no haberse adoptado en el marco de un despido colectivo.

---

<sup>12</sup> STS de 22 de noviembre de 2018, rec. 67/2018. En el mismo sentido, STS de 22 de diciembre de 2016 (rec. 10/2016).

Sin embargo, cuando las extinciones que se han producido en el periodo de 90 días han sido debidas a una causa productiva (como puede ser la pérdida de una contrata), sí serán objeto del proceso de impugnación colectiva, pues en las mismas se aduce como causa del despido la pérdida de una contrata, lo que constituye, sin duda, una extinción por causas objetivas (productivas), cuyo objeto ha de ventilarse a través del proceso colectivo, cuando no se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 124 de la LRJS (STS de 24 de enero de 2020, rec. 148/2019)<sup>13</sup>.

Por tanto, para concluir, siempre que la causa que subyace la extinción de los contratos, incluso de los temporales en principio no fraudulentos, pueda subsumirse en alguna de las causas del artículo 51 del ET, el cauce procesal adecuado será el proceso de impugnación colectiva. Por el contrario, cuando haya que determinar el carácter fraudulento de las extinciones que finalizan al amparo de lo establecido en el artículo 49.1 c), habrá que acudir al proceso de impugnación individual establecido en los artículos 120 a 123 de la LRJS, con la particularidad de que pueda declararse su carácter fraudulento, precisamente por no haber seguido el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 del ET y, por ende, eso conllevará la declaración de nulidad de este.

No obstante, esta solución, a mi juicio, es bastante restrictiva, en cuanto a que reduce el objeto del proceso, cuando en muchas ocasiones la causa está oculta y verdaderamente se ha producido un despido colectivo. Asimismo, reduce la capacidad de impugnación de los trabajadores individualmente considerados, pues difícilmente todos los trabajadores afectados por el despido impugnarán la decisión extintiva, lo que conlleva perjuicios de indudable calado cuando la decisión extintiva es fraudulenta, por lo que limitar el objeto del proceso únicamente a aquellas extinciones que se subsuman en las causas del despido colectivo, a mi juicio, difícil de averiguar en la mayoría de las ocasiones, produce cierta inseguridad jurídica, a la vez que indefensión al trabajador individual, pues si la decisión se impugna por la vía colectiva, la sentencia que se dicte tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, sin necesidad de que este tenga que impugnar la decisión extintiva de manera individual, al haberse dictado sentencia en el proceso colectivo.

A mi juicio, la opción de posibilitar en esos casos la acción colectiva es más acorde con el derecho de tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta el tiempo que ha podido transcurrir desde que se produjo la primera extinción, sin contar los problemas de caducidad de la acción que esto puede generar, además, resultaría más coherente con la tan proclamada celeridad a la que alude la reforma laboral de 2012.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, STS de 8 de julio de 2012 (rec. 2341/2011):

Entrando ya en el examen del caso concreto de que tratamos, los presupuestos de nuestra resolución –favorable al recurso– son tres: a) la naturaleza indefinida del vínculo laboral existente entre las partes; b) la existencia de un sustrato económico/productivo/organizativo en las decisiones extintivas; y c) la concurrencia de extinciones contractuales en número superior al determinante del despido colectivo (FJ 6.º).



Por tanto, respecto de esta causa de nulidad, prevista en principio para la impugnación individual, cabe afirmar que dicha pretensión puede ser esgrimible en vía colectiva, y, por ello, supeditada a la sentencia que se dicte en el proceso colectivo, al poder ser objeto del proceso de impugnación colectiva, como se ha visto, en determinados supuestos.

## 3.2. Las causas de nulidad del apartado 13 del artículo 124 de la LRJS

En cuanto a las pretensiones de nulidad establecidas en el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, también habrá que distinguir si ha habido impugnación colectiva o no.

En efecto, al igual que sucede con la pretensión de nulidad establecida en el artículo 122.2 b), para analizar alguna de las pretensiones de nulidad que puede articular el trabajador individualmente considerado, habrá que distinguir si la decisión extintiva se ha impugnado en vía colectiva o no, e incluso, alguna de ellas, como se verá, podrá alegarse independientemente de que haya habido impugnación colectiva o no.

### 3.2.1. Las pretensiones de nulidad, haya habido impugnación colectiva o no

De acuerdo con el artículo 124.13 b) 3.<sup>a</sup> regla de la LRJS, cuando la decisión extintiva ha sido impugnada en vía colectiva, bien por la representación de los trabajadores, bien por el empresario a través del procedimiento de jactancia, se introduce una nueva causa de nulidad relativa al incumplimiento sobre las prioridades de permanencia.

En este sentido, el trabajador individualmente considerado podrá impugnar la decisión extintiva con pretensión de nulidad en aquellos supuestos en que el empresario no hubiera respetado las prioridades de permanencia establecidas legal o convencionalmente o en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a aquellas extinciones que sí lo hubieran respetado.

Cabe destacar que esta pretensión impugnatoria también se prevé, como se verá, para el caso de que no haya habido impugnación colectiva, pues la misma queda fuera del objeto del proceso colectivo. Por tanto, podrá fundamentarse, haya habido o no impugnación colectiva, entendiéndose por ello que el legislador quiso dejar claro que estas cuestiones podrán ser objeto del proceso individual tanto si ha habido impugnación en la fase colectiva como si no la ha habido. Confirmando con ello que estas cuestiones de naturaleza individual están excluidas del objeto del proceso colectivo, en cualquier caso.

Sin embargo, la acción individual quedará en suspenso mientras se sustancia la acción colectiva, sin que a ello obste que no es objeto del proceso colectivo, lo que produce efectos de

indudable calado en las extinciones individuales en las que se produce dicha vulneración, siendo contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 47, bajo la rúbrica «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», establece que «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo» y, en concreto, «a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable». Y, pese a las limitaciones aplicativas de la citada carta, cabe dudar de que esta regulación sea respetuosa con la letra del citado precepto y aún menos con su espíritu.

Asimismo, cabe destacar que cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deberán demandarse.

### 3.2.2. Las pretensiones de nulidad cuando no ha habido impugnación colectiva

Para el caso de que la decisión extintiva no haya sido impugnada a través de la impugnación colectiva, el trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar la demanda en las causas de nulidad previstas en el artículo 124.13 a) reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> de la LRJS.

En efecto, en cuanto al procedimiento, la pretensión podrá fundamentarse en que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET, o que no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal para los casos de fuerza mayor, o, aunque no esté expresamente prevista como fundamento de la demanda, cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista, al igual que sucede en la impugnación colectiva.

Llegados a este punto, cabe destacar que esta pretensión «individual» de carácter «colectivo» o perteneciente a la primera fase del despido colectivo coincide con las previstas para la nulidad de la fase colectiva (art. 124.11 LRJS), y resulta coherente con la reciente doctrina del TC al respecto de la amplitud de la impugnación individual en cuanto a la concurrencia de la causa, por lo que cabría afirmar que el trabajador individual puede impugnar la decisión extintiva por vicios procedimentales que no fueron objeto del proceso por no haberse impugnado colectivamente, o por no haber sido alegados en la fase colectiva si ha habido impugnación.

En segundo lugar, como ya se señaló, el trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar su pretensión en que no se han respetado las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Así, la decisión extintiva será nula, únicamente, en aquellos casos en los que no se hayan respetado dichas prioridades, no alcanzando la nulidad al resto de extinciones en que sí se hayan respetado las prioridades de permanencia.

## 4. La exigencia de los requisitos formales de un despido objetivo en el marco de un despido colectivo

El trabajador afectado por la decisión extintiva también podrá fundamentar su pretensión en que no se han respetado los requisitos formales establecidos en el artículo 53.1 del ET (comunicación escrita al trabajador expresando la causa). En estos supuestos, la calificación del despido será improcedente o procedente, ya que la remisión a los artículos 120 a 123 de la LRJS, sin más especificaciones, determina tal apreciación (Alfonso Mellado, 2012, p. 274), en cuanto al control causal, o al relativo al incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del ET.

No obstante, en cuanto a los requisitos formales, el TS ha tenido ocasión de aclarar en qué medida es aplicable o no lo previsto en el apartado 1 del artículo 53, para el supuesto de impugnación de un despido objetivo derivado de un despido colectivo.

Y es que una de las cuestiones que ha generado mayor controversia respecto de las notificaciones es la relativa a los requisitos de suficiencia que debe contener la notificación individual de la extinción a los trabajadores afectados.

Y ello, como se ha dicho, no es una cuestión baladí, pues la normativa actual regulada en el artículo 53 del ET, al mencionar las causas y efectos del despido objetivo, no regula nada concreto cuando dicho despido se produce en el marco de un despido colectivo.

En efecto, el artículo 53.4 del ET establece que la decisión extintiva se declarará improcedente cuando no se hayan observado los requisitos formales mencionados, entre los que se encuentra la comunicación escrita. Sin embargo, nada se dice ni se especifica respecto del contenido de la carta, así como de los requisitos formales exigidos para los despidos objetivos derivados de un despido colectivo, teniendo en cuenta que existe una circunstancia esencial, cual es la previa existencia de un periodo de consultas.

Pues bien, se puede definir la carta de despido como la comunicación dirigida por el empresario a uno de sus trabajadores, en la que se notifica su decisión de extinguir el contrato de trabajo que les unía, con expresión del motivo o causa de la decisión, y fijación de la fecha de efectos de dicha extinción (Cruz Villalón, 2004, p. 176). En este sentido, el artículo 51.4 del ET dispone que:

[Una vez] alcanzado el acuerdo en el periodo de consultas del despido colectivo o comunicada la decisión sobre este a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1.

Por su parte, el artículo 53.1 del ET recoge, en su primer apartado, los requisitos que debe contener el acuerdo de extinción a que hace referencia el artículo 52 del ET, que regula la

extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Entre sus requisitos formales, está la comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Como ha destacado la doctrina (Cavas Martínez, 2019, pp. 66-67), esta remisión expresa al artículo 53.1 del ET cuando la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas deriva de un despido colectivo, pactado o no con los representantes de los trabajadores, sugiere que deben observarse todos los requisitos formales que se contemplan en el mismo (comunicación escrita con indicación de la causa, entrega de copia de la carta de despido –que no del preaviso– a los representantes de los trabajadores, puesta a disposición del importe indemnizatorio).

No obstante, la falta de entrega de la carta de despido a los representantes de los trabajadores no determina la improcedencia del cese, al considerarse que únicamente debe exigirse en los despidos objetivos ex artículo 52 c) del ET, pues las garantías introducidas en los casos de un despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo, y, por ende, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52 c) del ET y no en los de despido colectivo<sup>14</sup>.

En fin, la finalidad de la exigencia de la comunicación escrita expresando la causa motivadora del despido no es otra que el trabajador pueda hacer valer su pretensión con base en la causa alegada en la comunicación escrita. En el mismo sentido, respecto de la reproducción de los criterios de selección y la concreta aplicación de estos.

Pues bien, la doctrina judicial se ha pronunciado a este respecto manteniendo posiciones contradictorias, en cuanto a la expresión de la causa motivadora del despido, así como en lo referente a los criterios tenidos en cuenta en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva y su concreta aplicación.

En efecto, una parte de la doctrina judicial flexibiliza el contenido de la comunicación escrita cuando se está ante un despido objetivo derivado de un despido colectivo.

En este sentido, se entiende que, si bien el contenido de tal comunicación podría ser más preciso, y que un plausible ejercicio de transparencia por la parte empresarial habría significado la remisión a cada despedido de su personal evaluación realizada (de la que los afectados no han sido conocedores hasta el momento del juicio, lo que posiblemente habría ahorrado la proliferación de litigios), se afirma que el hecho de que la demandante no conociera hasta el juicio su nota de evaluación y la nota de corte no provoca indefensión al trabajador, ni comporta la improcedencia del despido por contravención del artículo 53.1 del ET (STSJ de Madrid de 9 de enero de 2014, rec. 1834/2013).

<sup>14</sup> SSTs de 16 de marzo de 2016 (rec. 832/2015); 30 de marzo de 2016 (rec. 2797/2014); 16 de junio de 2016 (rec. 251/2015); 7 de julio de 2016 (rec. 246/2015); 5 de mayo de 2017 (rec. 2596/2015); y 23 de marzo de 2017 (rec. 2097/2015).

Por ello, esta parte de la doctrina judicial entiende que, en la comunicación individual del despido objetivo en el marco de un despido colectivo, no es necesaria la reproducción de todos los criterios negociados y adoptados durante las negociaciones con los representantes, excluyendo la necesidad de realizar una referencia particular a cada uno de los trabajadores, siendo suficiente una mención genérica e igual para cada uno de ellos.

En este sentido, se ha señalado (Godino Reyes, 2018, p. 151) la necesidad de impedir que el proceso de despido colectivo, que ha de concebirse como un auténtico proceso de negociación colectiva, en el que además se imponen unas exigencias de información y documentación muy extensas, termine por desconectarse, cualquiera que sea su resultado y el grado de cumplimiento de tales exigencias, del posterior despido objetivo individual, eludiendo la evidencia de que se trata de un acto de aplicación de aquel, y que, por tanto, ha de integrarse en todos sus aspectos con lo acontecido en el despido colectivo del que trae causa.

Otra parte de la doctrina judicial<sup>15</sup> considera que en supuestos de despido colectivo una insuficiencia en la carta de despido conlleva la improcedencia del despido, pues al no conocer los trabajadores su valoración y los criterios de selección, no solo no pueden defenderse adecuadamente, sino que se les priva de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, que de haberse comunicado expresamente a los demandantes permitiría considerar que la decisión empresarial está basada en un criterio razonable y objetivo, pero no consta en el relato fáctico, ni en la carta de despido, que a los demandantes se les hayan notificado los resultados de la valoración que se manifiesta, con anterioridad a la decisión adoptada por la empresa, para que estos pudiesen valorar sus posibilidades a efectos de interponer la correspondiente demanda.

En este sentido, se entiende que la carta del despido sí debe contener todos los hechos que permitan al trabajador tener una idea clara de las causas que motivaron el despido, no pudiendo aportar el empresario nuevos hechos que no vinieran recogidos en la carta, pues esta situación generaría indefensión al trabajador.

## 4.1. La expresión de la causa motivadora de los despidos colectivos

El TS (STS de 12 de mayo de 2015, rec. 1731/2014) se ha pronunciado a este respecto manteniendo una posición restrictiva en un primer momento, declarando la improcedencia del despido, al determinar que la comunicación escrita de despido objetivo no se ajusta a lo prevenido en él, ya que aquella se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo alcanzado

---

<sup>15</sup> SSTSJ de Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1905/2013) y de Castilla y León de 16 de enero de 2014 (rec. 693/2013).

entre la empresa y la representación legal de los trabajadores al finalizar el periodo de consultas, en la que se concluía, sin precisión y sin acompañar documentación alguna, que:

[...] los motivos de esta decisión residen en que la empresa se encuentra en una situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva. A tal punto que, nos obliga a amortizar su puesto de trabajo pasando sus funciones a ser desempeñadas por el resto de los trabajadores de la empresa, ya que, de no ser así, no se podría garantizar la futura viabilidad de la misma, tal como se indica y prueba en la documentación correspondiente al ERE presentado.

Para la sala, estas afirmaciones son a todas luces genéricas y servirían para cualquier despido económico o productivo, pues ni siquiera se hace una mínima referencia a los hechos que justificarían el despido.

El TS clarifica que la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal, debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, asegurando que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas.

Y es que, como ha señalado la doctrina (Agustí Maragall, 2014, p. 14), la comunicación individual de afectación se deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 del ET, esto es, con la misma exigencia informativa que la extinción objetiva individual, para posibilitar el derecho de impugnación individual, tanto en su fase colectiva como en su concreción individual a cada uno de los trabajadores afectados.

Sin embargo, posteriormente, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) modifica la doctrina de la sala, revocando la sentencia de instancia que se había acogido a ella (STSJ de Madrid de 9 de abril de 2014, rec. 1095/2013), realizando una minuciosa exposición de la exigencia legal de la comunicación y de su contenido.

Si bien cabe destacar que la sentencia alude a una serie de pronunciamientos anteriores para justificar que la doctrina contenida en los mismos se había establecido en el marco de despidos objetivos, sin embargo, una de las sentencias que cita (STS de 12 de mayo de 2015, rec. 1731/2014) se refiere a un despido objetivo en el marco de un despido colectivo, por lo que cambia su doctrina, contrariamente a lo establecido, antes y después de la reforma laboral de 2012.

En efecto, en primer lugar y respecto de la comunicación expresando la causa, el TS realiza un breve apunte histórico de la doctrina unificada y de las modificaciones operadas en la regulación del despido colectivo por la reforma laboral de 2012.

Así, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, la doctrina unificada sostenía que la comunicación del cese en los despidos colectivos ni tan siquiera comportaba las exigencias formales establecidas para los despidos objetivos, puesto que el artículo 53 del ET estaba pensado exclusivamente para el despido objetivo del artículo 52 del ET y no era posible su aplicación por analogía en el procedimiento de despido colectivo, al no existir identidad de razón (art. 4.1 Código Civil).

Tras la aprobación de la Ley 3/2012, el artículo 51.4 del ET, respecto de los requisitos formales exigidos en la comunicación de la decisión extintiva, remite al artículo 53.1 del ET, entre ellos, el relativo a la comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Así pues, se destacan algunos pronunciamientos en los que se establece que, para dar cumplimiento a la exigencia de expresar la causa, no basta con la mención del tipo genérico de causa o de la causa remota, sino que han de señalarse las causas motivadoras concretas.

Ahora bien, se afirma que hay que distinguir las exigencias de la comunicación cuando ha existido un proceso negociador, tal cual sucede en el procedimiento de despido colectivo, hasta el punto de que se debe conectar lo acaecido en el periodo de consultas con la comunicación individual, rebajando las exigencias interpretativas para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, siendo suficiente en el caso del despido colectivo si su contenido se contextualiza, admitiendo la suficiencia de la comunicación extintiva cuando la misma se refiere al acuerdo alcanzado con los representantes en el marco de un expediente de regulación de empleo.

## 4.2. La reproducción de los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva

En cuanto a la reproducción de los criterios de selección, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) llega a la misma conclusión, pues se considera que no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones, habida cuenta de que, desde el plano de la estricta legalidad, tal requisito está ausente en el artículo 53.1 del ET.

Asimismo, atendiendo a consideraciones finalistas, se concluye que resulta un formalismo innecesario, y en todo caso enervante, el exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que ya debieron conocer en el curso de las negociaciones, pues los representantes de los trabajadores tienen la obligación de informar de acuerdo con el artículo 64.7 e) del ET y con el artículo 1.259 del Código Civil.

También, desde una perspectiva eminentemente práctica, enfocada principalmente en grandes empresas y numerosos afectados, se argumenta que «tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar –de manera expresa y pormenorizada– los prolijos criterios de selección».



### 4.3. La concreta aplicación de los criterios de selección del trabajador singularmente considerado

En cuanto a la concreta aplicación de los criterios de selección, de la misma manera que hace respecto de la reproducción de los criterios de selección en sí mismos, el TS (STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014) concluye que es inexigible dicha constancia en la comunicación individual. Y es que el derecho de defensa del trabajador afectado queda garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda, acudiendo a los mecanismos previstos para la impugnación del despido, es decir, a los actos preparatorios y diligencias preliminares regulados en los artículos 76 y 77 de la LRJS.

En fin, la sentencia cuenta con un voto particular<sup>16</sup> formulado conjuntamente por cuatro magistradas/os<sup>17</sup> que no comparten este cambio de doctrina, pues consideran que atenta contra el derecho de defensa del trabajador al no tener conocimiento de los concretos criterios de selección que se han tenido en cuenta para determinar su inclusión en el colectivo afectado, de manera que difícilmente podrá articular su impugnación si además el empresario no está obligado a la constancia de los mismos en la comunicación individual.

En efecto, los magistrados/as discrepantes con la sentencia mayoritaria consideran que con esta doctrina resultará difícil que los jueces y tribunales puedan controlar jurisdiccionalmente los despidos del artículo 51 del ET, en el sentido de que el empresario pueda comunicar el despido a un trabajador afectado por un despido colectivo, sin indicarle siquiera el criterio seguido para seleccionar a los trabajadores afectados.

Asimismo, se señala que todos los trabajadores despedidos recibieron cartas de despido de idéntico contenido, en las que no se hacía referencia a las valoraciones efectuadas a los trabajadores despedidos, por lo que los trabajadores afectados por la decisión extintiva no pueden entender los concretos motivos por los que han sido elegidos por la empresa frente a otros trabajadores en su lugar, lo que, sin duda, produce indefensión.

<sup>16</sup> Que se expresa en este sentido:

No encontramos sentido a que en un Estado social y democrático de derecho [...] en el que se protege el derecho al trabajo (art. 35 CE) en su manifestación del derecho a no ser despedido si no existe justa causa [...], ante dos supuestos de despidos fundados en «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», los del art. 51 o los del art. 52 c) ET, diferenciados legalmente por el mero hecho de que se superen o no los umbrales numéricos y de centro de trabajo que se establecen en el art. 51.1 ET [...], en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos [...], con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos.

<sup>17</sup> Excmos./as. Sres./as. magistrados/as don Fernando Salinas Molina, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, doña Rosa María Virolés Piñol y don Jordi Agustí Juliá.

En este sentido, la doctrina judicial (Agustí Maragall, 2014, p. 9) ha matizado que, aunque ciertamente corresponde al trabajador oponer las causas de oposición a su afectación, ello solo será posible si previamente y en la comunicación extintiva se ha justificado la misma, no cumpliéndose esta con la mera y genérica remisión a los criterios de afectación.

Ahora bien, es cierto que el trabajador podría obtener esta información a través de la solicitud de prueba documental o solicitud de actos preparatorios y diligencias preliminares. Por tanto, de acuerdo con esta doctrina, la necesidad formal de la comunicación de la causa al trabajador debe quedar suavizada (principalmente en caso de finalizar el despido colectivo con acuerdo), puesto que el trabajador tiene acceso a información complementaria a través de sus representantes.

Sin embargo, parece más adecuado exigir al empresario la puesta a disposición del trabajador de la concreción de los criterios de afectación y, en especial, el resultado de su aplicación respecto del conjunto de trabajadores potencialmente afectados, pues es la información más relevante a efectos de impugnación, ya que estos también deberán ser demandados, y difícilmente el trabajador afectado podrá articular esta acción si desconoce los concretos criterios de afectación (Agustí Maragall, 2014, p. 9).

En efecto, como se ha señalado (Quintero Lima, 2016, p. 10), esto carga al trabajador individualmente designado con una diligencia procesal indeterminada y desorbitada, casi diabólica, desde el momento en que no podría buscar documentos cuya existencia desconoce, para, en consonancia, poder ejercer un efectivo derecho de defensa, pues, en caso contrario, el control judicial resulta ineficaz. Y por más que se admita que haya discrecionalidad empresarial, eso no explica la inexigibilidad de una plausible justificación del señalamiento del individuo concreto, pues la existencia de una causa mediata (económica) no explica por sí misma la extinción de un concreto contrato, de ahí que se habría de describir en la comunicación individual de despido (tanto del objetivo como del colectivo) el *iter argumental* por el que la causa abstracta justifica la extinción concreta.

Asimismo, habrá que matizar esta doctrina cuando la trabajadora despedida se encuentre en estado de gestación, pues el TS se ha pronunciado a este respecto (STS de 20 de julio de 2018, rec. 2708/2016), y, aunque no modifica la doctrina sentada por la sala, considera que el empresario no ha acreditado de manera objetiva y razonable los criterios tenidos en cuenta para proceder al despido de la trabajadora embarazada.

Y es que, aunque la sala es consciente del pronunciamiento dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –Sentencia de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porrás Guisado)– en el que se abordó el despido de una trabajadora embarazada con ocasión de un despido colectivo que finalizó con acuerdo en el periodo de consultas, se concluye que esa doctrina no es aplicable al caso enjuiciado.

No obstante, como ha señalado la doctrina (Fernández Avilés, 2018, p. 162), la actual doctrina del TS sobre la suficiencia del contenido de la carta de extinción individual, en el

marco de la ejecución de un despido colectivo, no puede aplicarse en el caso de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo.

Y, si bien es cierto que ambos litigios tratan supuestos distintos, en cuanto que en el primero se debate sobre la constatación de las causas, mientras que en el del TJUE la cuestión a debate es previa, es decir, si puede procederse al despido de una trabajadora embarazada en un despido colectivo, sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, se llega a la conclusión de que la normativa comunitaria cuestionada no se opone a ello, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

En este sentido, el TJUE interpretó el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, estableciendo que:

[...] la Directiva 92/85 tiene como objetivo no perjudicar a la trabajadora embarazada en materia de salud física y psíquica, estando en periodo de gestación o de maternidad, declarando el despido nulo, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido, que podrán ser motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción; siempre y cuando esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión.

En tales casos (Fernández Avilés, 2018, p. 162), además de la causa de extinción, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas por la extinción colectiva.

## 5. Conclusiones

Como ya se ha visto, a raíz de la reforma laboral de 2012, la individualización del despido colectivo ha cobrado una especial relevancia, pues han sido numerosas las sentencias dictadas por los órganos judiciales en esta materia.

1. Respecto de las causas de nulidad previstas en el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, cabe destacar lo siguiente.

En primer lugar, la norma procesal (art. 124.13 LRJS), en ausencia –como se dijo– de regulación en la norma sustantiva, establece, además de las causas de nulidad previstas

en el artículo 53 del ET, una serie de pretensiones impugnatorias de nulidad de la decisión extintiva, especialmente las relacionadas con irregularidades procedimentales que no se han detectado en la fase colectiva, bien porque no han sido objeto del proceso, bien porque no ha habido impugnación colectiva.

En este sentido, como se ha señalado, el TC se ha pronunciado sobre la concurrencia de la causa como pretensión individual impugnatoria, anulando la sentencia del TS que ve-taba la impugnación individual sobre la concurrencia de la causa cuando no había habido impugnación colectiva y nada se había juzgado. Todo ello, con base en el acuerdo alcan-zado en consultas.

En conexión con esto, también deberían ser objeto del proceso individual aquellas pre-tensiones de naturaleza colectiva que no han sido juzgadas, pues no se puede impedir que los trabajadores individuales cuestionen *ex novo* otras deficiencias detectadas que no hu-bieran sido planteadas en la fase colectiva, como, por ejemplo, la existencia de vicios pro-cedimentales.

No obstante, para el caso de modificarse este precepto, tal y como ha recomendado la doctrina científica y judicial, para quienes el acuerdo adoptado en el periodo de consultas tiene una vinculación casi directa en la impugnación individual, cabría distinguir también, además de si ha habido acuerdo o no, si la negociación llevada a cabo en el periodo de con-sultas ha gozado de la autenticidad negocial que se precisa. Así, la presunción del acuer-do quedaría más garantizada en aquellas empresas en las que se ha tenido oportunidad de llevar a cabo una verdadera negociación con representantes fiables, y no tanto en las res-tantes. Debiendo el tribunal o juzgado competente analizar más detenidamente, en un caso que en otro, la concurrencia o no de la vulneración alegada.

2. En relación con la suficiencia de los requisitos formales de la comunicación extintiva en los despidos colectivos, el TS entiende que es preceptiva la aplicación del criterio de la literalidad, de modo que la expresión «causa» utilizada por el artículo 53.1 a) del ET debe ser interpretada en referencia a los criterios que permiten el despido objetivo, es decir, a las causas reservadas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Así, la existencia de un proceso negociador que finaliza con acuerdo garantizaría sufi-cientemente el derecho de defensa de los trabajadores individualmente considerados. Por lo que el TS rechaza la posibilidad de dar un contenido complementario a la carta de extin-ción individual del despido colectivo.

Sin embargo, esta cuestión no quedaría totalmente resuelta cuando el periodo de con-sultas es negociado por una comisión *ad hoc*, en la que los trabajadores no tienen conoci-miento o información suficiente, siquiera para solicitar la intervención de la autoridad laboral, como «garantía» de ese proceso negociador que finaliza con acuerdo, y carecen, muy po-siblemente, del respaldo suficiente para llevar a cabo una adecuada negociación.

Ciertamente, esta actuación debería estar sometida a un control más exhaustivo, bien por parte de la autoridad laboral en su función de asesoramiento y mediación, bien a través de una regulación *de lege ferenda* que solucione la problemática existente en aquellas empresas en las que no existen órganos de representación de los trabajadores, o en las que negocia la comisión *ad hoc*, pues estos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se pone en juego la extinción de su contrato de trabajo.

3. En idénticos términos, respecto de la reproducción de los criterios de selección y su concreta aplicación se ha pronunciado el TS, argumentando que hay que distinguir las exigencias de la comunicación cuando ha existido un proceso negociador, tal cual sucede en el procedimiento de despido colectivo, hasta el punto de que se debe conectar lo acaecido en el periodo de consultas con la comunicación individual, rebajando las exigencias interpretativas para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales, siendo suficiente en el caso del despido colectivo si su contenido se contextualiza, admitiendo la suficiencia de la comunicación extintiva cuando la misma se refiere al acuerdo alcanzado con los representantes en el marco de un expediente de regulación de empleo, salvo, como se ha visto, cuando el despido colectivo afecte a trabajadoras embarazadas.

Sin embargo, como he señalado, parece más adecuado exigir al empresario la puesta a disposición del trabajador, a través de la comunicación extintiva, de la concreción de los criterios de afectación y, en especial, el resultado de su aplicación respecto del conjunto de trabajadores potencialmente afectados, pues es una información muy relevante a efectos de impugnación, ya que estos también deberán ser demandados; y difícilmente el trabajador afectado podrá articular esta acción si desconoce los concretos criterios de afectación.

4. Por último, considero necesario *de lege ferenda* una modificación del régimen jurídico del despido objetivo cuando este deriva de un despido colectivo, tanto en el terreno sustantivo *ex artículo 53 del ET*, como procesal *ex artículos 122 y 124 de la LRJS*; modificación que incluya con específica precisión, por una parte, los requisitos formales que ha de contener la carta de despido cuando el mismo se produce en el marco de un despido colectivo y, por otra, que prevea en su régimen jurídico las causas de nulidad establecidas por la norma procesal, que se han puesto de relieve en este estudio.

Asimismo, considero que la suspensión de la acción individual cuando ha habido impugnación colectiva en los supuestos en que el objeto del proceso es estrictamente individual, y no puede discutirse en el proceso colectivo, debería reconsiderarse, pues atenta contra las normas internacionales que establecen el derecho de todo trabajador a que su causa sea oída en un tiempo razonable, porque en la mayoría de las ocasiones el tiempo que transcurre hasta que finaliza el proceso colectivo es demasiado largo, pudiendo transcurrir años, si existen recursos, hasta que recae sentencia firme en ese proceso colectivo, lo que, a mi juicio, atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva.

## Referencias bibliográficas

- Agustí Maragall, J. (2014). La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 1-16. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/274201>
- Alfonso Mellado, C. L. (2012). Reforma laboral y ley reguladora de la jurisdicción social. *Revista de Derecho Social*, 57, 263-278.
- Ballester Laguna, F. (2013). El despido colectivo en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto. *Actualidad Laboral*, 11, 1-12 (versión electrónica).
- Cavas Martínez, F. (2019). Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 65-94.
- Cruz Villalón, J. (2004). Forma del despido disciplinario. Requisitos ordinarios: la carta de despido. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica* (pp. 173-183). Tecnos.
- Fernández Avilés, J. A. (2018). Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela «preventiva» es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 152-162. <https://goo.gl/UeHoxc>
- García-Perrote Escartín, I. (2016). El despido: puntos para el debate. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 273-284.
- García Viña, J. (2013). Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Los periodos de consulta. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva* (pp. 19-60). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/ccncc/B\\_Actuaciones/Jornadas/XXVI\\_JornadasNegociacionColectiva\\_2013\\_CCNCC\\_Ponencias.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Jornadas/XXVI_JornadasNegociacionColectiva_2013_CCNCC_Ponencias.pdf)
- Godino Reyes, M. (2018). Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido realizado en ejecución de un despido colectivo. ¿Controversia agotada? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 145-151. <https://goo.gl/Ct2Y73>
- Maneiro Vázquez, Y. (2020). La cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo y su encaje en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 65-96. <https://bit.ly/2Ue3F0M>
- Quintero Lima, M. G. (2016). El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016. *Revista de Información Laboral*, 5, 1-11 (versión electrónica).





# Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción

**Nuria de Nieves Nieto**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Complutense de Madrid (España)*  
denieves@der.ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-3722-5671>

## Extracto

La delimitación de competencias entre el orden social y el orden contencioso-administrativo, lejos de ser una línea rotunda y definitiva, es una zona porosa e inestable. Siempre ha existido algún grado de controversia acerca del orden competente y algún trasiego entre un lado y otro de la frontera. El presente trabajo se centra sobre todo en mostrar cuáles han sido las novedades que ha introducido recientemente el legislador en materia de distribución competencial entre ambos órdenes y cuáles son los nuevos criterios jurisprudenciales adoptados en los últimos años. Se aprovecha, también, con ocasión de un pronunciamiento reciente, para aclarar el complejo estado de algunas cuestiones que han venido generando serias controversias en este ámbito de distribución competencial entre los órdenes social y contencioso.

**Palabras clave:** jurisdicción; orden social; orden contencioso-administrativo; delimitación competencial; conocimiento jurisdiccional; materia laboral; materia de Seguridad Social.

Recibido: 29-06-2022 / Aceptado: 26-07-2022

**Cómo citar:** Nieves Nieto, N. de. (2022). Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 109-146.



# New rules and criteria in the delimitation of jurisdiction between the social and contentious-administrative orders of the jurisdiction

Nuria de Nieves Nieto

## Abstract

The delimitation of competences between the social order and the contentious-administrative order, far from being a clear and definitive line, is a porous and unstable area. There has always been some degree of controversy about the competent order and some transfer between one side and the other of the border. The present work focuses above all on showing what have been the novelties that the legislator has recently introduced in matters of distribution of competences between both orders and what are the new jurisprudential criteria adopted in recent years. It is also used, on the occasion of a recent pronouncement, to clarify the complex state of some issues that have generated serious controversies in this area of distribution of powers between the social and contentious orders.

**Keywords:** jurisdiction; social order; contentious-administrative order; competence delimitation; jurisdictional knowledge; labour matters; Social Security matters.

**Citation:** Nieves Nieto, N. de. (2022). New rules and criteria in the delimitation of jurisdiction between the social and contentious-administrative orders of the jurisdiction. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 109-146.



## Sumario

1. Introducción: la compleja frontera entre los órdenes social y contencioso-administrativo
  2. Los conflictos sobre actos previos a la contratación de personal laboral por las Administraciones
  3. La protección social: antiguas y nuevas pautas de distribución competencial
    - 3.1. Seguridad Social
    - 3.2. Ayudas económicas de fomento del empleo para personas desempleadas
    - 3.3. Medidas de apoyo a la dependencia
    - 3.4. Prestaciones autonómicas de protección social
  4. Los actos de derecho administrativo sancionador en el terreno laboral y de Seguridad Social
  5. La libertad sindical en el ámbito de la Administración pública: conflictos de funcionarios frente a su sindicato y del sindicato frente a la Administración
  6. La fijación de servicios mínimos y la afectación a funcionarios como criterios determinantes del orden competente en caso de huelga
  7. La competencia social cuasi plena en materia de prevención de riesgos laborales
  8. Recapitulación. Una combinación de criterios dirimientes en continua mutación
- Referencias bibliográficas

**Nota:** trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación DER 2016-80327-P y PID 2020-118499GB-C31, 32 y 33.

## 1. Introducción: la compleja frontera entre los órdenes social y contencioso-administrativo

La existencia de diferentes órdenes jurisdiccionales viene requerida por la necesidad de una atribución especializada de asuntos en atención, normalmente, a la clase de pretensiones sometidas a su decisión, así como a la normativa aplicable para su resolución (Montoya Melgar *et al.*, 2010, p. 34).

El conocimiento jurisdiccional de la materia social, entendida en un sentido amplio –contenido laboral y de Seguridad Social–, ha estado tradicionalmente repartido entre los órdenes social y contencioso-administrativo. Ello se ha debido, fundamentalmente, al carácter híbrido del derecho del trabajo, que se encuentra integrado no solo por relaciones jurídico-privadas (vínculo contractual entre empresario y persona trabajadora), sino también por otras jurídico-públicas (intervención pública en la materia). De ahí que al orden social se le atribuyera el conocimiento relativo al contrato de trabajo, mientras que al orden contencioso-administrativo se le asignara el de la actuación de la Administración pública en materia laboral<sup>1</sup>.

A esto se ha de sumar el hecho de que las Administraciones públicas utilizaran la contratación laboral para incorporar a sus empleados, lo que ha generado una distribución que, en principio, parecía bien delimitada sobre la base de que se vinculaba el orden social al personal laboral y el orden contencioso-administrativo al personal funcionario. Pero que ha ido requiriendo una imbricación de ambas esferas, por la necesidad de que se contara con principios propios del estatuto funcional en la contratación de personal laboral (igualdad, mérito y capacidad, por ejemplo), así como de instituciones laborales en el empleo público funcional.

Cabe añadir, por último, que la gestión de las prestaciones de Seguridad Social, pese a tratarse de una actividad administrativa de servicio público, ha venido siendo controlada por el orden social por entenderse que dichas prestaciones tienen una función sustitutiva del salario y merece, por ello, su mismo régimen de protección. Mientras que otras actividades en materia de Seguridad Social están destinadas a organizar el sistema y a articular su financiación –determinación del círculo de los beneficiarios del sistema, de los responsables de las cotizaciones con las que se realiza la financiación o de la gestión recaudatoria–

---

<sup>1</sup> Así ocurre en casos como el de la intervención administrativa o gubernamental en el empleo y las relaciones de trabajo o la concurrencia de particulares elementos de orden público en ciertos actos de empleo (autorizaciones de trabajo para extranjeros).

y su control jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo (Segoviano Astaburuaga y Maurandi Guillén, 2011, pp. 78 y ss.).

La delimitación de competencias entre el orden social y el orden contencioso-administrativo nunca ha sido una línea rotunda o definitiva. Más bien es una zona porosa e inestable. Siempre ha existido algún grado de controversia acerca del orden competente (es muy frecuente la intervención de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo) y algún trasiego entre un lado y otro de la frontera. Como ejemplo, puede recordarse que hace ya tiempo pasó a lo social lo relativo a la impugnación de decisiones del Fondo de Garantía Salarial. Con el Estatuto marco del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud de 2003, la competencia que venía ostentando la jurisdicción social pasó al orden contencioso. Con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), la competencia de lo contencioso en materia de sanciones de carácter laboral o social pasó al orden social, al igual que la impugnación de algunos otros actos administrativos (autorizaciones en caso de fuerza mayor). También han pasado en bloque a lo social las reclamaciones de empleados en materia de prevención de riesgos laborales, incluso cuando se trata de funcionarios. Se previó asimismo el paso a lo social de la impugnación de actos ligados al sistema de dependencia y, más recientemente:

[...] las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias. [...]<sup>2</sup>.

Aun cuando se ha producido efectivamente la ampliación de atribuciones competenciales del orden social mencionadas, otros movimientos del legislador revelan cierta tendencia en sentido contrario: la consagración de determinadas materias conexas con lo laboral al ámbito de conocimiento del orden contencioso, como la reciente asignación expresa a la competencia contencioso-administrativa en la Ley 22/2021, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, de los actos previos a la contratación de personal laboral por la Administración pública.

El deslinde entre competencias contencioso-administrativas y sociales es una cuestión relativamente compleja<sup>3</sup> puesto que entre una y otra hay una amplia zona de frontera, provocada,

<sup>2</sup> Incorporado en la letra o) del artículo 2 de la LRJS por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

<sup>3</sup> Como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 158/1985:

La delimitación de los órdenes jurisdiccionales –social y contencioso-administrativo– en materia laboral reviste una conocida dificultad, como consecuencia de la coexistencia de normas de distinta naturaleza dentro del derecho del trabajo. Dificultad que resulta, incluso, acrecentada porque el reparto competencial entre ambas jurisdicciones obedece, en gran medida, no a esa diversa naturaleza normativa, sino a razones meramente históricas y convencionales que impiden encontrar un principio general delimitador.

entre otros motivos, por la mencionada intervención administrativa en las relaciones de trabajo, lo que da lugar a actos y decisiones que formalmente se sujetan al derecho administrativo, pero que, sin embargo, tienen contenido «laboral» (Martín Valverde y García Murcia, 2022, p. 957).

El artículo 9 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), acoge la distribución general del ejercicio de la jurisdicción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. De acuerdo con los números 4 y 5 de dicho artículo, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias, mientras que al orden social le corresponde el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. De esta asignación normativa se desprenden dos criterios de especialización: el primero, de carácter subjetivo, que atribuye al orden contencioso-administrativo los asuntos con base en la cualidad jurídico-pública de la Administración productora del acto impugnado; y, el segundo, de carácter objetivo, que asigna al orden social una materia específica, el derecho social, dentro del que se encuentra, evidentemente, la materia de la Seguridad Social. El carácter heterogéneo de ambas pautas, permeables y no excluyentes entre sí, conduce a la interferencia entre los dos órdenes cuando la Administración pública ejerce potestades, cuyo control corresponde ordinariamente al orden contencioso-administrativo, en el ámbito de las relaciones laborales, en las que la litigiosidad se atribuye en bloque al orden social<sup>4</sup>.

Pese a lo que a primera vista pudiera parecer, los criterios contenidos en los preceptos mencionados no resultan suficientes para delimitar con claridad las esferas de conocimiento de ambos órdenes jurisdiccionales. Por esta razón:

[...] el legislador ha asumido la necesidad de aportar claves complementarias para precisar sus límites en un intento de dotar de certidumbre a una cuestión que se encuentra viciada en origen, precisamente por la utilización de unos parámetros básicos que no resultan suficientemente excluyentes entre sí, dando lugar a una falta de seguridad que, a la postre, se traduce en verdaderas disfunciones (Quintana López y Rodríguez Escanciano, 2012, pp. 77 y ss.).

El encuadramiento competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo viene desarrollado y concretado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), y la LRJS, cuya lectura conjunta lleva a concluir que se ha configurado el siguiente esquema de distribución relativo a la actuación de las Administraciones públicas: una regla general –dispuesta en la primera norma– marca que el conocimiento de las actuaciones de las Administraciones públicas sometidas a derecho administrativo corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa; una regla especial

<sup>4</sup> STC 121/2011, de 7 de julio. *Vid.* Palomeque López y Álvarez de la Rosa (2021, p. 775).

–establecida en la segunda norma<sup>5</sup> prevé que corresponde a la jurisdicción social el conocimiento de las actuaciones de las Administraciones públicas sometidas a derecho administrativo en materia social (laboral, sindical y de Seguridad Social)<sup>6</sup> y, en ese marco de especialidad, impone una excepción: ciertas actuaciones de la Administración que, pese a tener contenido laboral o de Seguridad Social, no se atribuyen al orden social.

Este esquema (en concreto, regla especial y regla excepcional) queda plasmado en la LRJS como sigue: tras recoger en su artículo primero el criterio de atribución del artículo 9.5 de la LOPJ, detalla una serie de cuestiones en las que interviene la Administración a las que se extiende el conocimiento del orden social (art. 2 e), f), h), n), o) y s), por ejemplo –actuaciones de las Administraciones públicas sometidas a derecho administrativo en materia social– y, posteriormente, al explicitar ciertas materias de las que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social (art. 3), se han de considerar algunas de ellas sometidas al orden contencioso –solo en un caso (letra f) se dice de forma expresa, pero desde luego se entiende sobradamente en otros supuestos (letras a), c), d), e), g) y h)–.

Entre las cuestiones de carácter administrativo a las que el orden social<sup>7</sup> extiende su conocimiento (art. 2 LRJS) destacan: la impugnación de actuaciones de la Administración en materia de prevención de riesgos laborales respecto de sus funcionarios; las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en determinados procedimientos

<sup>5</sup> Especialidad del artículo 2 de la LRJS que tiene su base en el artículo 3 de la LRJCA: «No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública».

<sup>6</sup> Por poner algunos ejemplos: órdenes de paralización de trabajos por riesgo grave e inminente, autorización o denegación de la participación de un menor en espectáculo público, resoluciones en relación con empresas de trabajo temporal, autorización para actuar como servicio de prevención ajeno, actos dictados en el ejercicio del derecho de huelga que pretenda designar a trabajadores concretos para la cobertura de servicios mínimos, cuando una resolución administrativa los haya fijado, los acuerdos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, resoluciones de la autoridad laboral que pongan fin a las discrepancias sobre el uso de locales y tabloneros de anuncios por parte de los órganos unitarios de representación o actos de extensión de convenios colectivos...

<sup>7</sup> Extensión que refleja:

[...] la voluntad del legislador de 2011 de atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, incluso cuando esté implicada la Administración pública, cristaliza en el art. 1 LRJS y, especialmente, en lo que aquí atañe, en el transcrito art. 2 n) LRJS, con modificación de los arts. 1 a 3 LPL (RCL 1995, 1144, 1563), en los que se había sustentado la doctrina tradicional de atribuir el conocimiento de estas controversias al orden contencioso-administrativo [Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 11 de junio de 2019, rec. 132/2018, y Auto del Tribunal Supremo –ATS– (Sala Especial) de 17 de febrero de 2021, rec. 16/2020, entre otros].



de regulación de empleo y las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional (apdo. redactado por Ley 3/2012); los asuntos en materia de prestaciones de Seguridad Social y la impugnación de los demás actos administrativos sujetos a derecho administrativo, que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social –que no estén expresamente excluidos–.

En estos casos, ha sido voluntad del legislador atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, incluso cuando esté implicada la Administración pública. Otras materias de contenido propiamente laboral o de Seguridad Social quedan, en cambio, extramuros del orden social por mandato del artículo 3 de la LRJS, como son las cuestiones litigiosas relativas a la tutela de libertad sindical y derecho de huelga de los funcionarios, la impugnación de actuaciones que fijen servicios mínimos en caso de huelga, los acuerdos concertados por las Administraciones que sean de aplicación a sus funcionarios o ciertos actos administrativos en materia de Seguridad Social, como los de encuadramiento o los de gestión.

A la vista de lo expuesto, el cuadro competencial que surge a partir de los artículos 2 y 3 de la LRJS puede sintetizarse de la siguiente forma: 1.º corresponden al orden social las actuaciones de la Administración pública «realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones» en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, las que generalmente son actos singulares o plurales (no de disposiciones generales<sup>8</sup> o asimilados), con ciertas excepciones (como actos de la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS–) a favor del orden contencioso-administrativo en especial «siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional» (arts. 1, 2, letras n) y s), y 3, letras a), e) y h), LRJS); y 2.º los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de las personas trabajadoras a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1 y 2, letras a), b), e), i), LRJS), si bien cuando tales actos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP– o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2, letras f) y h), y art. 3, letras c), d) y e), LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (art. 2 e) LRJS)<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> No conocerán, por indicación del artículo 3 a) de la LRJS, los órganos del orden social de las disposiciones generales de rango inferior a la ley; *vid.* STS (Contencioso-Administrativo) de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019).

<sup>9</sup> STS de 11 de junio de 2019 (rec. 132/2018).

La conjunción de los artículos 2 y 3 de la LRJS –de contenido bastante prolijo– (Nores Torres, 2014) no es, sin embargo, suficiente para resolver todos los posibles problemas de delimitación entre uno y otro orden jurisdiccional. Cada una de sus reglas encierra, a su vez, una gran variedad de situaciones o controversias, de forma tal que, por ejemplo, algunas de ellas podrían subsumirse en ambos preceptos, según sea el elemento que se considere prevalente, lo que da lugar a importantes problemas interpretativos que conviene abordar para tratar de aportar cierta claridad y seguridad jurídica. El panorama, como fácilmente se observa, dista de ser sencillo.

Aun siendo conscientes del elevado número de asuntos que generan conflictividad respecto del orden de la jurisdicción al que corresponde su conocimiento<sup>10</sup>, nuestro interés se centra sobre todo en mostrar cuáles han sido las novedades que ha introducido recientemente el legislador en materia de distribución competencial entre los órdenes social y contencioso y cuáles son los nuevos criterios jurisprudenciales adoptados en los últimos años. Seleccionamos aquí algunas de las cuestiones que hemos considerado más relevantes para atender a este propósito: los actos previos a la contratación de personal laboral por las Administraciones públicas, aquellos que se producen en el marco de la protección social –con especial atención a las medidas de apoyo a la dependencia o a las prestaciones autonómicas de protección social–, los actos de derecho administrativo sancionador en materia laboral y de Seguridad Social, las actuaciones que afectan a la libertad sindical y a la huelga en el ámbito de la Administración y, por último, los que se producen en materia de prevención de riesgos laborales. También, en algún caso, con ocasión de un pronunciamiento reciente, hemos aprovechado para aclarar el complejo estado de cuestiones que han generado serias controversias.

## 2. Los conflictos sobre actos previos a la contratación de personal laboral por las Administraciones

Uno de los entornos más conflictivos en relación con los límites entre los órdenes social y contencioso-administrativo es el del empleo público. Como regla general, la jurisdicción social es competente para conocer los litigios que afectan al personal laboral y la contencioso-administrativa es la que atiende a los conflictos que surgen en torno a los funcionarios

---

<sup>10</sup> Otros temas sobre los que sigue cuestionándose el orden jurisdiccional al que corresponde su examen son, desde luego, dignos de atención, pero, al estar asentado y ser pacífico el criterio del tribunal, no responden al objeto de este trabajo, como es el caso del cese de personal eventual, STS de 26 de enero de 2022 (rec. 2346/2019), o las ayudas para empresas de la minería del carbón solicitadas por trabajador jubilado, STS de 4 de octubre de 2020 (rec. 2875/2018), de los que ha de conocer el orden contencioso-administrativo, o de la extinción de contrato, autorizada por resolución complementaria, causada en expediente de regulación de empleo anterior, STS de 27 de octubre de 2021 (rec. 3737/2018), que ha de ser analizada por el orden social.

de carrera (art. 9 EBEP), los funcionarios interinos (art. 10 EBEP), el personal eventual en la Administración (art. 12 EBEP) y el personal estatutario (regulado en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud). Pero estos trazos generales han de ser matizados en función de las conocidas especificidades que se regulan en la LRJS (como, por ejemplo, la referida a que la jurisdicción social es la encargada de resolver las acciones en las que se impugnen actuaciones de las Administraciones públicas respecto de sus empleados, bien sean funcionarios, personal estatutario o personal laboral, en materia de prevención de riesgos laborales, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena) (Falguera Baró y Ollé Sesé, 2021).

Entre las controversias de competencia jurisdiccional sobre asuntos referidos a los empleados públicos que han suscitado mayores problemas debe destacarse, por su trascendencia y por su reciente reconfiguración normativa, la cuestión relativa a la ubicación competencial de los conflictos sobre actos previos a la contratación de personal laboral por las Administraciones públicas.

Como bien se sabe, el conocimiento de las disputas que surjan entre la Administración –y otras entidades de derecho público– y los trabajadores por cuenta ajena a su servicio corresponde a la jurisdicción social (Cruz Villalón, 2000, p. 79)<sup>11</sup>; en cambio, no se atribuye a dicha jurisdicción solventar las cuestiones que se planteen entre aquella y el personal calificado como «no trabajador», entre el que se incluyen los funcionarios de carrera, interinos o eventuales. El artículo 9.2 del EBEP reserva a los funcionarios «el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas», lo que justifica la competencia del orden contencioso-administrativo cuando interviene un funcionario público.

A pesar de que pueda admitirse pacíficamente que los tribunales de lo social son competentes para resolver los conflictos suscitados en torno a una contratación laboral en el seno de una Administración pública, se ha planteado en diversas ocasiones si es a ese orden al que debe atribuirse el conocimiento de incumplimientos de la normativa administrativa sobre los actos previos a esas contrataciones relacionados con bases de la convocatoria, selección de los candidatos, etc.

Ciertamente, en este tema tradicionalmente controvertido, la jurisprudencia ha oscilado entre su atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la jurisdicción social. En numerosos pronunciamientos, iniciados con la STS de 21 de julio de 1992 (rec. 1428/1991), se marcó una frontera de separación respecto del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas: las situaciones anteriores a la constitución del vínculo y las posteriores. Sobre la base de ese criterio, se defendía que todas las incidencias previas a la constitución

<sup>11</sup> Vid. ATS (Sala Especial) de 15 de junio de 2020 (rec. 23/2019).

de la relación laboral –como las atinentes al proceso de selección, los actos referidos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases– en la medida en que se rigieran por el derecho administrativo debían plantearse ante el orden contencioso-administrativo (doctrina de los actos separables). Eso ocurría cuando se trataba de concursos de nuevo ingreso, pero no, en cambio, cuando concernía a concursos de promoción interna para los que se declaraba la competencia del orden social. Se entendía en estos supuestos que, tras haber realizado el proceso de selección, las incidencias posteriores a la celebración del contrato, así como las relacionadas con los concursos de traslado o ascenso, correspondían al orden social (Bucys, 2020).

Esta doctrina tradicional de la sala (fundada en el artículo 3.1 de la antigua Ley de procedimiento laboral) debió entenderse modificada por la entrada en vigor de la letra n) del artículo 2 de la LRJS. En virtud de este precepto, corresponde al orden social el conocimiento de las impugnaciones de actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa. Esta atribución ha de ser completada con lo dispuesto en el artículo 3 de la LRJS, que excluye de la esfera de conocimiento del orden social la impugnación de las disposiciones generales, pero no la de los actos administrativos en materia laboral. En este sentido se apreció que el referido apartado n) había ampliado el marco competencial del orden jurisdiccional social en materia de actos administrativos emanados de la Administración pública, y sujetos a derecho administrativo, que afectan a la materia laboral y sindical, lo cual permitía entrar a conocer de una impugnación de un acto administrativo previo a una contratación para una plaza laboral (Folguera Crespo, 2011, p. 81).

Las mencionadas previsiones normativas de la LRJS están en la base del giro jurisprudencial que se ha apreciado en ciertas resoluciones emanadas del TS en los últimos años en esta materia (con inicio en la STS de 11 de junio de 2019, rec. 132/2018). Así, por ejemplo, al hilo de unos litigios relativos a las bolsas de trabajo, el Alto Tribunal ha afirmado la competencia del orden social frente a su anterior postura en la que negaba la competencia de dicho orden. Es el caso de las SSTS de 10 de diciembre de 2019 (rec. 3006/2017), 3 de febrero de 2021 (rec. 2861/2018), 26 de marzo de 2021 (rec. 3118/2018), 13 de mayo de 2021 (rec. 2686/2018), 2 de junio de 2021 (rec. 1973/2020) y 23 de noviembre de 2021 (rec. 83/2019), en las que se declaró que el orden social es el competente para resolver una impugnación de las bases de una convocatoria de acceso público y de los actos administrativos de naturaleza individual y plural en aplicación de dichas bases por parte de una Administración pública. En palabras del ATS (Sala Especial) de 12 de febrero de 2020 (rec. 13/2019):

[...] la materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2 a) LRJS). Dados los términos en que está formulada la LRJS es del todo indiferente que la naturaleza del empresario sea la de una Administración (supuesto de la STS-SOC 438/2019) o la de una entidad del sector público.

Con ello el TS abandonó en estos casos la consideración de la doctrina de los actos separables del contrato de trabajo.

Una de las consecuencias más relevantes de la atracción de competencias hacia el orden social provocada por las modificaciones introducidas por la LRJS fue que se entendió transferido a dicho orden el conocimiento del objeto del proceso selectivo llevado a cabo por la Administración empleadora para el personal laboral como fase preparatoria de la contratación; lo que venía a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes, y a confirmar su sujeción a la especial tutela que el legislador encomienda sobre la relación de trabajo a la jurisdicción social<sup>12</sup>.

Este criterio jurisprudencial no es, sin embargo, el que el legislador ha considerado atinado, por lo que ha procedido a zanjar la cuestión modificando el artículo 3 de la LRJS. Por disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, se ha añadido la letra g) al artículo 3 de la LRJS, que reza: «g) Los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo». Por consiguiente, a partir del 1 de enero de 2022 debe afirmarse sin resquicio de duda que todos los procedimientos de reclutamiento de personal laboral de nuevo ingreso, sea como personal fijo o temporal, incluidas las consolidaciones, quedan bajo la órbita del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción tanto si afecta a ofertas de empleo como a convocatorias u otros actos de desarrollo.

### **3. La protección social: antiguas y nuevas pautas de distribución competencial**

El orden social es competente para conocer la parte más significativa de los conflictos vinculados con la protección social, entendida esta en un sentido amplio (incluidas las mejoras voluntarias –del art. 43 Ley general de la Seguridad Social, excepto cuando dichas mejoras afecten exclusivamente a personal funcional en virtud de pacto de condiciones laborales alcanzado–, planes de pensiones y contratos de seguros derivados de decisión empresarial, vinculados con el contrato de trabajo o pactados en convenio). Teniendo esto en cuenta, algunos problemas de ubicación competencial han sido planteados en el ámbito de la protección social pública en distintas materias que queremos poner aquí de relieve: en primer lugar, la de Seguridad Social; en segundo lugar, la referida a las ayudas a desempleados para el fomento del empleo; en tercer lugar, las situaciones de dependencia; y, en cuarto lugar, las prestaciones autonómicas de protección social.

<sup>12</sup> AATS (Sala Especial) de 12 de febrero de 2020 (rec. 13/2019) o de 17 de febrero de 2020 (recs. 7, 16, 18, 24, 26, 28, 29 y 30/2020).

### 3.1. Seguridad Social

Si bien no es la única, la regla más general de atribución competencial en materia de Seguridad Social es la que atribuye al conocimiento de la jurisdicción social las cuestiones relativas a:

[...] prestaciones [...] incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos (art. 2 o) LRJS).

Esta previsión legal abarca gran parte del conjunto de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, con inclusión de las prestaciones por desempleo (Esteve Segarra, 2016, pp. 11-12), de la prestación de asistencia sanitaria, de las prestaciones no contributivas y del ingreso mínimo vital –pero con la excepción de los actos de encuadramiento y deberes de gestión y de la Seguridad Social de los funcionarios públicos<sup>13</sup>-. A dicha referencia debe sumarse la previsión de la letra s) del mismo artículo 2<sup>14</sup>, que asigna competencia para conocer las impugnaciones de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el mencionado apartado o), incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en el artículo 3 g) de la LRJS (García Murcia, 2021, p. 35).

En virtud del recientemente ordenado apartado g) del artículo 3 de la LRJS, sigue siendo competente el orden contencioso-administrativo para resolver impugnaciones de actos administrativos en materia de Seguridad Social:

[...] relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>13</sup> Artículo 37 del Real Decreto legislativo 4/2000, de 23 de junio, sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado.

<sup>14</sup> Además de atribuirse al orden social otras cuestiones que tienen relación de forma directa o indirecta con la protección y la acción de la Seguridad Social, ex artículo 2, letras b) y q).

Teniendo en cuenta esa letra g), y también otras como la a) y la h), puede afirmarse que el artículo 3 de la LRJS establece cuatro límites al conocimiento de cuestiones en materia de Seguridad Social al orden social y que se refieren a: a) la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos que excedan los límites de la delegación en materia de Seguridad Social; b) las impugnaciones de los actos administrativos en materia de encuadramiento, cotización, liquidación y recaudación de cuotas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en tales materias que se refieran a infracciones y sanciones; c) la impugnación de actos administrativos sobre asistencia y protección social pública en materias distintas a las indicadas en los apartados o) y s) del artículo 2; d) y, finalmente, las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como las que se refieran a la gestión del Sistema Nacional de Salud.

Cabe apreciar, no obstante, la dificultad<sup>15</sup> que existe en ocasiones para determinar la frontera entre el ámbito prestacional y el encuadramiento y recaudación (que integra la cotización) (Lasaosa Irigoyen, 2013). La regla que suele aplicar la doctrina casacional es la siguiente: corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de los actos administrativos que tienen por contenido la mera gestión relacionada con actos de encuadramiento<sup>16</sup>, cotización y recaudación; y al orden social, solventar los conflictos surgidos en relación con la naturaleza del contrato existente, a los efectos prestacionales directos que de ello se deriva y al hecho de que el encuadramiento, la cotización y la recaudación sean consecuencia lógica de la ejecución de una sentencia del orden social<sup>17</sup>.

La aplicación de los artículos que aquí se han mencionado no suele generar problemas graves de delimitación competencial en los tiempos actuales<sup>18</sup>, si bien puede mencionarse

<sup>15</sup> Conforme a la STC 121/2011:

Toda la materia de Seguridad Social se incardina en la rama social del derecho y en toda ella también se produce una intervención de las Administraciones públicas sujeta a derecho público. Es decir, que si nos atenemos al criterio material o de la disciplina jurídica que utiliza el número 5 del art. 9 LOPJ, todas las controversias en materia de Seguridad Social serían competencia del orden social. Y, por el contrario, si aplicamos el criterio formal del acto administrativo que se recoge en el número 4 de la misma norma, la competencia sería del orden contencioso, pues todos los actos de gestión de la Seguridad Social son actos administrativos (FJ 5.º).

<sup>16</sup> STS (Contencioso-Administrativo) de 15 de septiembre de 2021 (rec. 4068/2019). *Vid.* Sempere Navarro (2021b). Sobre bajas, *vid.* el ATS (Sala Especial) de 23 de septiembre 2020 (rec. 3/2019).

<sup>17</sup> En opinión del TC, expresada en Sentencia 121/2011, de 7 de julio, no es arbitraria ni inconstitucional la opción de hacer prevalecer la dimensión administrativa de todo acto de encuadramiento sobre su contenido material; el criterio seguido por el legislador ha sido:

[...] el de extender el ámbito del orden contencioso-administrativo al conocimiento de todas aquellas actuaciones gestoras de la Seguridad Social relacionadas con la percepción y recaudación de las cotizaciones y demás recursos financieros; y, por el contrario, atribuir al orden social el conocimiento de los actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, esto es, de su acción protectora.

<sup>18</sup> Antes era más frecuente; *vid.* Álvarez Cortés (2017).



una cuestión de competencia que resolvió la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo en su ATS (Sala Especial) de 15 de junio de 2020 (rec. 21/2019). En él, el tribunal determinó que el incumplimiento parcial por parte del empleador de su obligación de cotizar no alteraba el carácter netamente laboral de la pretensión, que se circunscribía a la exigencia de cumplimiento, por parte del empleador, de una de las obligaciones que tenía frente al trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, cuestión propia del conocimiento de los órganos del orden social (art. 2 a) LRJS). En consecuencia, el asunto sometido al conocimiento de los tribunales no podía encuadrarse en el artículo 3 g) –antiguo f)– de la LRJS. El tribunal declaró que el demandante no había impugnado directamente un concreto acto de gestión recaudatoria, ni había suscitado cuestiones que podían estar más o menos vinculadas o ser consecuencia del mismo, y ni tan siquiera había llegado a producirse una actuación de tal naturaleza por parte de las entidades gestoras competentes. La demanda se había formulado exclusivamente contra la propia empresa, sin que la acción se dirigiera frente a los organismos encargados de la gestión recaudatoria, que no eran parte en el procedimiento, y lo que se solicitaba era la condena de la empresa a cumplir con la obligación derivada del contrato de trabajo en materia de Seguridad Social, que suponía la de cotizar por la prestación de desempleo. Por todo ello, el TS decidió que la competencia para conocer de esta controversia correspondía a los tribunales del orden social.

### 3.2. Ayudas económicas de fomento del empleo para personas desempleadas

En el marco de la protección social pública, ya la STC 121/2011, de 7 de julio<sup>19</sup>, confirmó que los tribunales del orden social son los encargados de revisar los actos administrativos prestacionales de contenido social, pero no –tal y como indica el art. 3 g) LRJS– los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) (régimen de prestaciones de la Seguridad Social, protección por desempleo y de la situación de dependencia) y s) (impugnación de actos administrativos de Seguridad Social) del artículo 2 de la LRJS.

Sobre la distribución competencial que corresponde en esta materia ha debido decidir la STS de 19 de mayo de 2020 (rec. 21/2018). Debía decidirse en ese pronunciamiento a qué orden correspondía el conocimiento de una reclamación por la denegación de ayudas económicas de acompañamiento a los desempleados de larga duración incorporados al Programa de recualificación profesional para personas que han agotado su protección por desempleo (PREPARA). A juicio de la Sala Cuarta, el orden social no es competente para

<sup>19</sup> «La regla competencial cuestionada no contradice el diseño establecido en la Ley orgánica del Poder Judicial, al no poder colegirse de los genéricos enunciados de esta un encuadramiento inequívoco de las reclamaciones contra resoluciones y actos administrativos de alta de trabajadores en la Seguridad Social en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el social».

conocer de una demanda contra una resolución del Servicio Público de Empleo, que había denegado al demandante las ayudas destinadas a trabajadores desempleados reguladas en el mencionado programa, en tanto que dichas ayudas no son prestaciones de desempleo, ni tampoco forman parte de la acción protectora de desempleo. Se trata de medidas de acompañamiento de un programa de empleo unitario, cuya finalidad es el fomento del empleo, vinculado a lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución española (CE). En fin, el conocimiento del asunto se derivó al orden contencioso-administrativo porque trataba de actos administrativos sobre protección social pública en materias no comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2 de la LRJS.

### 3.3. Medidas de apoyo a la dependencia

Junto al sistema de Seguridad Social, con su ámbito contributivo y no contributivo, existe el sistema para la autonomía personal y atención a la dependencia<sup>20</sup>. Ambos han recibido por parte de la LRJS un tratamiento diferente en cuanto a la atribución del orden jurisdiccional al que corresponde su conocimiento dado que atienden a finalidades distintas y garantizan diferentes prestaciones<sup>21</sup>.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, no hizo asignación de competencia alguna para conocer de las cuestiones litigiosas que se suscitaban en relación con la dependencia –reconocimiento, grado o prestaciones–. En esos momentos y hasta la entrada en vigor de la LRJS, los órganos del orden social y los del contencioso-administrativo fueron asumiendo el conocimiento de las cuestiones sobre prestaciones de dependencia (González de Patto, 2011, p. 29; Roqueta Buj, 2009, p. 185) sin apenas cuestionarse su propia competencia; de ahí que en ese periodo se asistiera a una indistinta asunción de competencias por esos órdenes<sup>22</sup>. Entre ambas opciones, la posición que defendía la atribución de su conocimiento al orden contencioso-administrativo obtuvo un mayor respaldo<sup>23</sup>; sobre la base de lo dispuesto

<sup>20</sup> El legislador no ha configurado un sistema de asistencia social en el que pueda integrarse la protección por dependencia, sino que ha optado por constituir un sistema de dependencia junto a un conjunto sistemático de prestaciones de carácter asistencial. Sobre la dependencia como protección social complementaria externa al sistema de Seguridad Social, *vid.* Sánchez-Urán Azaña (2009, p. 54).

<sup>21</sup> De la interpretación que el TC ha hecho del artículo 41 de la CE, puede inferirse una asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social y otra «externa», de competencia exclusiva de las comunidades autónomas (STC 239/2006).

<sup>22</sup> Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña excluyeron del conocimiento del orden social los asuntos de 7 de junio de 2012 (rec. 2649/2011) y 19 de septiembre de 2012 (rec. 219/2012) y, en cambio, sí consideraron que era competente en las de 29 de mayo de 2012 (rec. 3949/2011) y 29 de noviembre de 2012 (rec. 7638/2011).

<sup>23</sup> STS de 17 de septiembre de 2013 (rec. 1272/2013).

en el artículo 28 de la Ley 39/2006<sup>24</sup>, que prevé que la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones de sistema se ha de ajustar a las previsiones establecidas en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

La aprobación de la LRJS supuso un cambio en el escenario descrito. El apartado o) del artículo 2 incorporó, de forma directa –también de forma indirecta el apdo. s)–, una previsión sobre la atribución de competencia al orden jurisdiccional social de los litigios en materia de prestaciones de dependencia. Previsión que contiene dos aspectos que interesa señalar. Primero, ese apartado o), al establecer la competencia del orden social, distingue, de una parte, la competencia «en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo» y, de otra, «las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006», con lo que diferencia entre lo que tiene naturaleza de prestación de Seguridad Social y lo que se puede encuadrar en el concepto más amplio de protección social. Y, segundo, que la fórmula que utiliza la letra o) –esas prestaciones<sup>25</sup> tienen «a todos los efectos de esta ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social»– es indicativa de que la protección por dependencia no es concebida por el legislador propiamente como prestación de Seguridad Social. En efecto, la inclusión de estas cuestiones en el entorno del orden social se produce por asimilación (Molina Navarrete, 2012, p. 73), al equipararlas a las prestaciones de Seguridad Social a efectos meramente procesales.

A ello debe añadirse que el artículo 3 de la LRJS excluye del conocimiento del orden social, en su apartado g), «los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas» a salvo de los contemplados en la Ley 39/2006; por lo que residencia en el orden contencioso-administrativo todas las cuestiones acerca de la protección social pública, con excepción de los previstos en la Ley de atención a la dependencia.

La voluntad del legislador es, pues, clara: el examen de las cuestiones controvertidas sobre prestaciones por dependencia corresponde al orden social. No obstante, la referida atribución legal todavía no es efectiva, pues no entró en vigor, como el resto de la LRJS, el 11 de diciembre de 2011. La disposición final séptima de la LRJS dispuso que la entrada en vigor de la atribución de esta materia al orden social se fijaría en un momento posterior en virtud de una ley, cuyo proyecto debía remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de 3 años, que finalizaba en 2014, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias.

<sup>24</sup> También de la Orden TAS/2455/2007, de 7 de agosto, en cuyo artículo 31 se dice que «la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema podrá ser recurrida en alzada ante la Dirección General del IMSERSO».

<sup>25</sup> Al igual que la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad sobre la que puede versar la cuestión litigiosa, según la letra o) del artículo 2 de la LRJS.

Pero esa disposición final séptima introduce un elemento de duda acerca del alcance competencial de las cuestiones relativas al sistema de dependencia; al contemplar la demora de la entrada en vigor, dicha disposición la refiere a «la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006», por lo que parece que estaría afirmando que en materia de prestaciones derivadas de la Ley de dependencia pueden existir actos de las Administraciones públicas dictados en ejercicio de potestades y funciones «en materia de Seguridad Social» (letra s), distintos de los incluidos en el artículo 2 o) de la LRJS –prestaciones de dependencia–, que también quedarían incluidos en el conocimiento del orden social.

Por su parte, el apartado g) del artículo 3 no arroja luz sobre este asunto, puesto que deja al margen del orden social la impugnación «de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2». La inclusión en este apartado de la letra s) del artículo 2 lleva a pensar que el legislador ha querido dejar patente que más allá de que las cuestiones prestacionales del sistema de dependencia no deban considerarse procesalmente prestaciones de asistencia y protección social públicas, tampoco los actos no prestacionales del sistema de dependencia (de la letra s) podrían considerarse procesalmente «actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas».

Dicho esto, no llega bien a comprenderse por qué los actos no prestacionales de la letra s) del artículo 2 se incluyen en la disposición final séptima en referencia a la «materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006». Es posible que el legislador haya querido reconducir al orden social no solo el conocimiento de actuaciones relacionadas con el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones, sino también otras actuaciones. No creemos, pese a las dudas planteadas, que de la redacción de la disposición final séptima deba forzosamente derivarse que litigios relativos a intervenciones administrativas en materia de dependencia sobre participación institucional, financiación o autorizaciones, deban terminar siendo resueltos por el orden social (Del Valle de Joz, 2017, pp. 167 y ss.).

A pesar de la indicación del legislador de que las cuestiones vinculadas a la dependencia deben ser conocidas por el orden social, la situación transitoria ha generado que en este periodo (entre leyes) siguieran planteándose dudas respecto de la competencia correspondiente. Teniendo en cuenta la letra de la ley (disp. final séptima LRJS y art. 28 Ley de dependencia), se convino que la jurisdicción concedora, en esos momentos, sería la contencioso-administrativa<sup>26</sup>; pero la decisión no estuvo exenta de cierta polémica.

El TS puso orden en esta situación con varios pronunciamientos, como las SSTs de 14 de enero de 2014 (rec. 1115/2013), 12 de marzo de 2014 (rec. 1474/2013) y 17 de marzo de 2014 (rec. 1272/2013), en los que declaró que la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se suscitaban en relación con la Ley 39/2006, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, correspondían al orden contencioso-administrativo. En cuanto a las cuestiones

<sup>26</sup> Critica esta opción, Olarte Encabo (2014, pp. 167 y 170).

que pudieran plantearse con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, seguirían siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que se cumplieran las previsiones establecidas en la disposición final séptima de la citada ley, momento a partir del cual pasarían a ser competencia de la jurisdicción social. El resultado final de este proceso será la equiparación en la norma de la valoración y prestaciones en materia de dependencia, teniendo la misma consideración que las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social (Moreno Pérez, 2014, p. 263).

Frente a la opinión judicial mayoritaria de que competía al orden contencioso el conocimiento de las cuestiones sobre dependencia ha habido alguna otra que ha mostrado su discrepancia, como la expuesta en el voto particular a la STS de 14 de mayo de 2014 (rec. 1286/2013), que se manifestó a favor del conocimiento por el orden social, por entender que se trataba de prestaciones muy similares, en sentido jurídico material, a las de Seguridad Social.

En conclusión, las cuestiones que se susciten con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS siguen siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que se cumplan las previsiones establecidas en la conocida disposición final, momento a partir del cual pasarán a ser competencia de la jurisdicción social.

Consideramos de interés en este punto hacer una mención a la situación en la que se encuentra la encomienda de la disposición final séptima de la LRJS. No ha sido hasta abril de 2022<sup>27</sup>, cuando se ha podido atisbar, por fin, una respuesta a la remisión normativa prevista en dicha disposición. Se trata del proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público que ha sido remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes. Parece que el texto del proyecto va a permitir desbloquear la atribución a todos los efectos a la jurisdicción social de los asuntos ligados a la Ley 39/2006 sea cual sea la fase de procedimiento (valoración de grado, dictamen, provisión de servicio o prestación). A tal fin, prevé la modificación del apartado o) del artículo 2 de la LRJS para aclarar la extensión a la totalidad de aspectos relacionados con el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. De este modo, todas las especialidades procedimentales aplicables a los procesos sobre prestaciones de la Seguridad Social resultarán también plenamente aplicables a los litigios derivados del reconocimiento y prestaciones de la Ley de dependencia. La redacción del proyecto deja claro que la competencia que asume en esta materia el orden jurisdiccional social es completa, extendiéndose no solo a las prestaciones y servicios que lleva aparejada la situación de dependencia, sino también a su mismo reconocimiento. Se indica, por último, en el proyecto de ley que la disposición final séptima de la LRJS quedará derogada en su apartado segundo<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Referencia del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2022.

<sup>28</sup> La entrada en vigor de la medida coincidirá con la de la propia Ley de eficiencia procesal (prevista a los 3 meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado).

### 3.4. Prestaciones autonómicas de protección social

En este terreno de la protección social pública que estamos tratando, procede señalar la incorporación en el espacio de conocimiento de la jurisdicción social de una materia que ha pasado bastante desapercibida y que consideramos de notable interés por las consecuencias prácticas que puede acarrear. La Ley del ingreso mínimo vital, 19/2021, de 20 de diciembre, introdujo una modificación en la letra o) del artículo 2 de la LRJS que amplía más aún la competencia del orden social, en la línea de la tendencia extensiva que inició la propia LRJS en 2011.

Originariamente esa letra contemplaba, como materias cuyo conocimiento correspondía al orden social, los conflictos sobre prestaciones de Seguridad Social, la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social, las cuestiones litigiosas relativas al grado de discapacidad y las prestaciones derivadas de la Ley de dependencia –atribución diferida en el tiempo, como se ha visto–. El inciso que ha integrado la disposición adicional novena de la Ley 19/2021 es el referido a que los órganos jurisdiccionales del orden social han de conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia que afecte:

[...] a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias<sup>29</sup>.

Con una simple lectura puede apreciarse que la redacción transcrita no está exenta de problemas. El más notorio es el que tiene que ver con las prestaciones a las que se hace referencia. No se alcanza bien a saber si se trata, por un lado, de prestaciones de protección social destinadas a garantizar respaldo económico suficiente y, por otro lado, a aquellas prestaciones que tienen por finalidad evitar que los destinatarios se lleguen a encontrar en situación de exclusión social; o bien, si el legislador está pensando en las prestaciones que tienen conjuntamente una doble finalidad: garantía de medios económicos para cubrir las necesidades esenciales y, a su vez, prevención del riesgo de exclusión social (Vaquer Caballería, 2022, p. 134). Las consecuencias de decantarse por una u otra opción son de gran trascendencia, sobre todo en lo tocante al incremento de asuntos que pasarían a someterse a la jurisdicción social. En efecto, si se acogiera la primera interpretación, múltiples litigios sobre medidas de carácter asistencial con escasa conexión con la materia laboral o de Seguridad Social entrarían en el ámbito de conocimiento

<sup>29</sup> Esta ampliación de materias cuyo conocimiento se atribuye al orden social no había sido incluida en el Real Decreto-Ley 20/2020, de 20 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, sino que fue incorporada, con posterioridad, al texto que se tramitó como ley.

de los jueces sociales (piénsese, por ejemplo, en prestaciones que proporcionan apoyo a personas ancianas, a menores, a personas con discapacidad o a víctimas de violencia de género), lo que a su vez provocaría que dejaran de juzgar tales causas los jueces que naturalmente conocen de las actuaciones de las Administraciones sometidas a derecho administrativo en materia de asistencia social.

Para arrojar luz sobre el sentido que el legislador quiso dar a esta previsión normativa puede acudir al razonamiento en el que se basó la enmienda<sup>30</sup> que propuso este nuevo contenido. En su virtud, el ámbito de la protección social en la que quedan imbricadas tanto las prestaciones de Seguridad Social no contributivas –entre ellas, claro está, el ingreso mínimo vital–, como las prestaciones autonómicas de asistencia social, establecidas en el ejercicio de su competencia exclusiva, justifica la vis atractiva de la jurisdicción social. Sobre todo, si se tiene en cuenta que:

[...] una misma persona podrá ser beneficiaria del ingreso mínimo vital y de la prestación autonómica de análoga naturaleza, sustentadas ambas en requisitos similares, por lo que desde una estricta lógica jurídica no resulta conveniente que las cuestiones litigiosas que afecten a las mismas se ventilen en dos distintos órdenes jurisdiccionales.

Reitera con ello el argumento ya acogido por la LRJS de que debe evitarse el peregrinaje judicial a que se obliga al justiciable cuando legítimamente cuestiona actuaciones administrativas que traen causa de unos mismos hechos, responden a una misma finalidad y pueden residenciarse en dos distintas Administraciones públicas, o incluso en una sola, pero ejercitando potestades públicas que encuentran soporte en normativas diversas.

El instrumento mencionado apela, también, para justificar la referida incorporación, a que el principio de seguridad jurídica exige tratar de eludir el riesgo de que una misma realidad sea objeto de diferente apreciación según el orden jurisdiccional que la conozca. Como tiene dicho reiteradamente el TC (STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3.º): «una misma realidad no puede existir y dejar de existir dependiendo del órgano judicial y en función de las distintas reglas de distribución de competencia orgánicas, funcionales y de orden jurisdiccional».

Según estos razonamientos se asimilarían las prestaciones asistenciales, como las rentas mínimas autonómicas, al ingreso mínimo vital, que ha sido configurado por el legislador como una prestación no contributiva de la Seguridad Social. Así, las rentas mínimas de las comunidades autónomas se integran en la red de protección del sistema de garantía de ingresos como instrumentos de lucha contra la pobreza y la exclusión social, con el doble objetivo de proporcionar un ingreso económico periódico e insertar laboral y/o socialmente a personas que se encuentran en riesgo de exclusión social. Por su parte, el

<sup>30</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de junio de 2021 (pp. 218 y 219).



ingreso mínimo vital es una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de personas que carecen de recursos económicos básicos para cubrir sus necesidades básicas. Pero, pese a que se acoge esa asimilación entre ambas prestaciones por cumplir las mismas finalidades, no parece que pueda llegar a aceptarse tanto como que se trata de «una misma realidad», porque si así fuera estarían todas esas prestaciones integradas en el marco de la Seguridad Social o bien en el de la asistencia social; a no ser que se asuma que se han constituido dos prestaciones con idéntico fin, de competencia estatal, una, y de competencia autonómica, otra.

Por tanto, ante el dilema de si se atribuye al orden social el conocimiento de las medidas autonómicas destinadas al aseguramiento de recursos económicos para cubrir las necesidades básicas de quien se encuentre en situación de carencia de rentas, así como también de aquellas otras que tengan por fin la prevención del riesgo de exclusión social; o, en cambio, solo de las medidas autonómicas que acumulativamente cumplan el doble objetivo de garantizar los medios económicos para atender las necesidades básicas y prevenir el riesgo de exclusión, consideramos que debe acogerse la segunda interpretación. A pesar de la tendencia a la ampliación de las materias que conoce el orden social, no parece que la primera opción manifieste la voluntad del legislador, porque de ella se derivaría el traslado en bloque al orden social de la conflictividad que surgiera en el ámbito de los servicios sociales –de competencia autonómica–.

Cabe añadir que el legislador no ha querido, desde luego, residenciar todas las cuestiones relativas a las prestaciones de los servicios sociales en el orden social de la jurisdicción. Si eso hubiera querido, habría suprimido el inciso final del artículo 3 g) de la LRJS, que dicta que el orden social no conocerá de las impugnaciones de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2. Así, debe entenderse que las cuestiones referidas a prestaciones autonómicas de protección social que no estén destinadas a garantizar recursos económicos suficientes y prevenir el riesgo de exclusión social siguen al margen del orden social de la jurisdicción, en virtud del referido artículo 3.

#### **4. Los actos de derecho administrativo sancionador en el terreno laboral y de Seguridad Social**

Bien sabido es que el artículo 3 de la LRJCA admite que puede corresponder a cualquier otro orden jurisdiccional el conocimiento de cuestiones relacionadas con la actividad de la Administración pública, y que el artículo 2 de la LRJS expresamente dirige al orden social el conocimiento de los actos y resoluciones de determinados organismos de la Administración en materia laboral, sindical y de Seguridad Social; ello con el conocido propósito de conseguir una atribución competencial plena a la jurisdicción social de todas las

actuaciones administrativas en materia laboral y de Seguridad Social, con la salvedad de aquellas que puedan estar excepcionadas de manera específica<sup>31</sup>.

Aun teniendo esto en cuenta, ha podido apreciarse alguna dificultad respecto de la delimitación competencial en relación con las sanciones administrativas impuestas por la autoridad laboral de conformidad con la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. En relación con esto, conviene distinguir, de un lado, aquellas sanciones referidas a aspectos laborales y, de otro, las que se producen en el ámbito de la Seguridad Social.

a) En el marco de las sanciones que se refieren a aspectos laborales se planteó no hace mucho el problema de determinar el orden competente para conocer de la impugnación de una sanción impuesta por la contratación de trabajadores extranjeros sin que se hubiera obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo. El ATS (Sala Especial) de 8 de julio de 2019 (rec. 2/2019) analizó si en ese caso se estaba en puridad ante una resolución en materia de extranjería, cuyo conocimiento correspondía al orden contencioso, o afectaba en realidad a materia laboral, por lo que debía encontrar acomodo en el orden jurisdiccional social. La decisión se apoyó en la letra n) del artículo 2 de la LRJS, que contempla la impugnación de resoluciones y actos administrativos de autoridad laboral en el ejercicio de la potestad sancionadora que le corresponde en materia laboral y sindical –también, como se sabe, la impugnación de actos dictados por la autoridad laboral en los procedimientos de suspensión y extinción colectiva del contrato de trabajo y la de cualquier otro acto de las Administraciones públicas sujeto al derecho administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical (excepto en aquellos supuestos en los que la competencia esté expresamente atribuida a otro orden jurisdiccional)–.

Debía, pues, determinarse si la sanción impugnada se enmarcaba o no en la materia laboral a la que hace referencia la letra n) del artículo mencionado. Partiendo del hecho de que la tipificación de la infracción en la normativa de extranjería y la que es propia del orden social permitía atribuirle una naturaleza jurídica híbrida, se decidió que la resolución sancionadora impugnada era subsumible en la materia laboral por considerar que se estaba sancionando la contratación de personas trabajadoras sin la correspondiente autorización, por lo que entraba de lleno en el territorio competencial del orden social definido en la disposición citada.

<sup>31</sup> En palabras de la exposición de motivos, se concentra en el orden social:

[...] por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales. La mayor nitidez del contorno competencial de la jurisdicción requería de una expansión para unificar el conocimiento de los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social.

Se mantiene, en cambio, la competencia del orden contencioso respecto de determinados actos administrativos en materia de Seguridad Social más directamente vinculados con la recaudación de las cuotas y demás recursos de la misma y la actuación de la TGSS.

Debía finalmente comprobarse si el conocimiento de la referida actuación administrativa podía estar excluida del conocimiento del orden social por el artículo 3. La letra g) de ese precepto relaciona los actos administrativos que han de ser impugnados ante el orden contencioso-administrativo y, entre ellos, no se encuentra la imposición de sanciones en materia laboral, sino fundamentalmente los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, completamente ajenos a la cuestión debatida.

b) En segundo lugar, por lo que hace a la impugnación de sanciones que se imponen en el entorno de la Seguridad Social cabe primeramente recordar que esta materia ha estado tradicionalmente escindida en lo que a la atribución de competencia jurisdiccional se refiere. La ya aludida división entre lo prestacional y lo recaudatorio –que se deriva de los arts. 2 o) y 3 g) LRJS– en dos órdenes jurisdiccionales distintos alcanza también a la actividad sancionadora, de modo que las sanciones que tienen relación con la cotización o los actos de encuadramiento quedarían al margen del orden social. La cuestión ha sido, en un pasado no muy lejano, bastante controvertida por el complejo juego competencial de las dos jurisdicciones que están implicadas. La LRJS (art. 2 s) ya determinó que el orden social tenía competencia para conocer de la impugnación de las sanciones administrativas por incumplimientos de las obligaciones en materia de Seguridad Social, con excepción de las actas de liquidación y las actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas (art. 3 g) LRJS)<sup>32</sup>. El impago de cuotas o la infracción por falta de alta se integraban entre esas excepciones.

La regulación de los artículos 2 y 3 de la LRJS sobre esta materia no es suficientemente clarificadora, lo que ha generado que surjan algunos conflictos jurídicos, si bien puede observarse que el análisis realizado por los tribunales ha seguido la tendencia de interpretar restrictivamente las competencias del orden contencioso (Pérez Guerrero, 2015, p. 268).

La Sala de lo Social del TS dictó hace un tiempo una sentencia, STS de 22 de julio de 2015 (rec. 4/2012)<sup>33</sup>, que supuso un cambio en el criterio seguido hasta ese momento, conforme al cual la jurisdicción social era incompetente para conocer de la imposición de una sanción por falta de ingreso de cotizaciones debidas a la Seguridad Social al estimarse que la constituía una manifestación de gestión recaudatoria. Según la pauta de la sala, corresponde al orden social –no, al contencioso–, con base en el apartado s) del artículo 2 de la LRJS, la impugnación de sanciones administrativas por impago de cuotas a la Seguridad Social, cuando el acta de infracción no esté vinculada con un acta de liquidación de cuotas. La razón es que en esos casos se impugna una actuación administrativa recaída en un procedimiento sancionador y no en un procedimiento de liquidación de

<sup>32</sup> Vid. Gil Villanueva (2012).

<sup>33</sup> Previamente el ATS (Sala Especial) de 24 de septiembre de 2014 (rec. 16/2014) ya había declarado que la sanción impuesta por una infracción consistente en no haber dado de alta al trabajador cuando dicha infracción no lleva aparejada una liquidación de cuotas no estaba incluida en la excepción del artículo 3 f) antiguo (3 g) actual) de la LRJS, por lo que debía ser conocida por el orden social de la jurisdicción.

cuotas. Esta doctrina se ha ido consolidando y recientemente ha sido reiterada por SSTS como las de 20 de noviembre de 2018 (rec. 2/2018), 8 de octubre de 2019 (rec. 2/2017), 22 de mayo de 2020 (rec. 3/2019) y 19 de enero de 2021 (rec. 3/2020) y consolidada por SSTS (Contencioso-Administrativo) como la de 11 de mayo de 2021 (rec. 654/2021) o la de 12 de mayo de 2021 (rec. 7461/2019)<sup>34</sup>.

En definitiva, el criterio competencial que ha sido asumido por el Alto Tribunal en materia de sanciones en el ámbito de la Seguridad Social puede resumirse como sigue: corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las actas de liquidación de cuotas o actas de infracción vinculadas a liquidación de cuotas y, en cambio, al orden social, el conocimiento de las actas que incluyan sanciones por falta de inscripción o alta –aunque exista un nexo con los actos de encuadramiento, recaudación o cotización– y de las resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical.

## 5. La libertad sindical en el ámbito de la Administración pública: conflictos de funcionarios frente a su sindicato y del sindicato frente a la Administración

La LRJS dispone en su artículo 2 f) que el orden social ha de conocer de demandas en materia de libertad sindical y derecho de huelga<sup>35</sup> frente a actuaciones de las Administraciones públicas «referidas exclusivamente al personal laboral», por lo que extramuros de dicho orden queda la tutela de la libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos, personal estatutario de instituciones sanitarias y restante personal de las Administraciones públicas regido por normas administrativas, según confirma el artículo 3 c) de la LRJS; en esos supuestos, la tutela compete al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción. También parece –a diferencia, como se verá, de lo que se ha previsto en materia de prevención de riesgos laborales– que, en caso de coexistencia de personal laboral con funcionarios, la actuación sindical conjunta debe ser conocida por el orden contencioso<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Se declaró incompetente la Sala Tercera del TS –STS (Contencioso-Administrativo) de 23 de mayo de 2017 (rec. 4227/2015)–, siguiendo la doctrina ya sentada, para conocer de la impugnación de una sanción administrativa como consecuencia de un acta de infracción en materia de Seguridad Social en que se sancionaba la falta de ingreso de las cuotas aun habiendo presentado los documentos de cotización, pero sin formalización de acta de liquidación conjunta (García Ortega, 2019, p. 121).

<sup>35</sup> Ninguna mención se hace, sin embargo, a las competencias para conocer de la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas de estos sujetos en el desarrollo de la prestación de servicios. *Vid.* Lousada Arochena (2012, p. 21).

<sup>36</sup> Como confirma la STS de 11 de mayo de 2022 (rec. 270/2021), sobre una conducta vulneradora de libertad sindical, en su vertiente negociación colectiva, cuando afecta conjuntamente a personal laboral y a funcionarios. *Vid.* López Aniorte (2013).

La atribución competencial al orden social se extiende, además, según la letra f) del artículo 2 de la LRJS, a las:

[...] controversias entre dos o más sindicatos, o entre estos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños.

Entre la problemática que se ha suscitado acerca del conocimiento de conflictos sobre libertad sindical en el entorno de la Administración conviene señalar dos cuestiones de interés que se han planteado en fechas cercanas. Una, sobre el derecho de libertad sindical del personal funcionario frente al sindicato al que se encontraba afiliado y, otra, respecto de la libertad sindical del sindicato respecto de la Administración.

a) El orden al que correspondía conocer de la vulneración del derecho de libertad sindical de afiliados sindicales funcionarios frente a su sindicato ha sido objeto de debate en el seno del TS en el ATS (Sala Especial) de 17 de febrero de 2020 (rec. 9/2019). La controversia versaba sobre una contienda interna sindical en relación con el acuerdo adoptado por un sindicato de policías municipales acerca de la suspensión de los recurrentes como afiliados sindicales, el cese de los cargos que los demandantes venían ocupando en el citado sindicato y el nombramiento de una nueva sección sindical. Así, dado que no tenía por objeto la declaración de la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical frente a un empleador –la Administración pública–, no era posible aplicar el artículo 3 c) de la LRJS, que excluye la competencia del orden social sobre el asunto.

En realidad, la acción ejercitada solo tenía relación indirecta con el ejercicio del derecho de libertad sindical. El propósito de la demanda era la impugnación de determinadas decisiones de la dirección autonómica del sindicato totalmente ajenas a la Administración local para la que los demandantes desempeñaban sus labores funcionariales. De aquella no se deducía ninguna pretensión que tuviera relación con los órganos de la Administración pública empleadora de los actores ni se veía afectada en el litigio la condición funcional de los litigantes, pues la controversia se limitaba a la esfera de las relaciones entre los afiliados a un mismo sindicato y este, en definitiva, se circunscribía a conductas típicamente intrasindicales.

El objeto de la demanda no debía situarse, en consecuencia, en el ámbito de los artículos 2 f) y 3 c) de la LRJS, sino en el del artículo 2 k) de la LRJS, que atribuye al orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan en relación con el funcionamiento interno de los sindicatos «y las relaciones con sus afiliados».

b) Se ha puesto en cuestión, por otro lado, la competencia para conocer sobre la denegación por parte de la Administración de información solicitada por un sindicato para llevar a cabo las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa de los intereses económicos y sociales de quienes trabajan. En una ocasión, en referencia a plazas de personal

interino y, en otra, vinculada a expedientes temporales de regulación de empleo (ERTE) por causa de fuerza mayor asociada a la COVID-19 o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, conexas con la pandemia.

Tiempo atrás el TS se había cuestionado, en su Sentencia de 14 de junio de 2017 (rec. 130/2016), la competencia que correspondía respecto de la reclamación de un sindicato que exigía información sobre el personal funcionario de la Administración en el ámbito de una comisión de seguimiento del acuerdo sectorial sobre condiciones de trabajo del personal funcionario. Se postuló la tutela del derecho a la libertad sindical del sindicato en su vertiente del derecho a la información, que le era negada al no facilitársele por la empleadora la información solicitada. Lo que aquí se requería de la Administración eran datos acerca de una nueva relación de puestos de trabajo en la que se especificara el año de la oferta de empleo público a la que se encontraban vinculadas las diferentes plazas ocupadas por personal funcionario interino, materia que se entendió incardinada entre las atribuidas por los artículos 3 e) –pactos o acuerdos concertados por las Administraciones conforme al EBEP de aplicación al personal funcionario– y 2 f) de la LRJS, de forma clara, a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>37</sup>.

En un sentido distinto ha decidido recientemente la misma Sala Cuarta, en STS de 27 de enero de 2022 (rec. 78/2020), en un asunto que guarda similitud con aquel, en el que se ha declarado competente para resolver la pretendida vulneración del derecho a la libertad sindical ante la negativa de la Administración a responder a la petición de un sindicato de recibir información sobre datos relativos a las empresas que habían solicitado los expedientes referidos (su CIF, provincias de afectación, periodo temporal de duración del ERTE, sector productivo) y a las personas afectadas.

Se combatía aquí la actuación de la Administración de no facilitar al sindicato la información requerida y, considerando que dicha actuación no podía catalogarse claramente como acto administrativo de contenido laboral de los previstos en la letra n) del artículo 2 de la LRJS, se planteó si la tutela de la libertad sindical alcanzaba a la reclamación frente a la autoridad laboral. La respuesta se fundamentó en el hecho de que la reclamación debía entenderse basada en el ejercicio de la acción sindical. Dado que la petición estaba referida a materias propias de las relaciones laborales y se dirigía frente a la autoridad laboral competente, se concluyó que correspondía al orden social de la jurisdicción el conocimiento de la demanda por la que el sindicato reclamaba frente a la pasividad de la autoridad laboral, que no había atendido su solicitud de trasladar la información referente a los ERTE-COVID resueltos por la misma.

<sup>37</sup> Más adelante, la Sala Contencioso-Administrativa juzgó un problema vinculado a la libertad sindical en el ámbito del empleo público, respecto de las facultades sindicales de fiscalización y control por el sindicato de la regularidad de la conducta de un servicio autonómico de salud como empleador, en STS (Contencioso-Administrativo) de 9 de febrero de 2021 (rec. 1229/2020). La sentencia consideró que el sindicato no tenía derecho a una información detallada sobre las contrataciones laborales de la empleadora porque eso implicaba el acceso a datos personales sin consentimiento de los afectados; *vid.* Sempere Navarro (2021a).

En los casos expuestos, el sindicato reclamaba una determinada información a la Administración en virtud del derecho de libertad sindical que tiene reconocido constitucional y legalmente; sin embargo, el enfoque del tribunal en cada uno de ellos resultó razonablemente distinto. En el primero se atribuyó competencia al orden contencioso, porque el litigio se recondujo a un conflicto entre un sindicato y la Administración como empleadora de personal funcionario, al que afectaba la información requerida, mientras que en el segundo se reconoció competencia al orden social, por apreciar que se juzgaba un acto administrativo sometido a derecho administrativo en materia sindical.

## **6. La fijación de servicios mínimos y la afectación a funcionarios como criterios determinantes del orden competente en caso de huelga**

El enjuiciamiento de los conflictos que surgen cuando se produce una huelga compete en principio al orden social de la jurisdicción, a tenor de lo dispuesto por el artículo 2 g) de la LRJS. Pero en aquellas controversias en las que la Administración está implicada, la determinación del orden jurisdiccional competente se vuelve más compleja.

a) Una doble diferenciación está prevista en cuanto al conocimiento de los litigios sobre servicios mínimos en caso de huelga. De un lado, queda al margen del orden social, conforme al apartado d) del artículo 3 de la LRJS, el enjuiciamiento de los litigios sobre actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto conforme al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo<sup>38</sup>; esto es, sobre la decisión adoptada respecto del porcentaje de personal que debe atender dichos servicios mínimos. De otro lado, compete al orden social examinar el acto de designación concreta del personal laboral incluido en los servicios mínimos, como señala el artículo 2 g) de la LRJS.

La fijación de los servicios mínimos en caso de huelga que afecte a servicios esenciales para la comunidad ha de ser determinada por la autoridad gubernativa y las impugnaciones que se presenten contra la decisión que tome la misma se han de resolver ante la jurisdicción contencioso-administrativa; a la que corresponde declarar si tales servicios resultan abusivos o atentatorios contra el derecho fundamental –y, en su caso, ordenar la variación de su contenido o el cese de las medidas adoptadas gubernativamente y fijar una posible indemnización– (Quintana López y Rodríguez Escanciano, 2012, p. 118). Pero una vez fijados los servicios mínimos, la impugnación de los actos de designación de personal que debe atender a los mismos será competencia del orden social de la jurisdicción, siempre

<sup>38</sup> La Sala Cuarta también ha confirmado, entre otras, en STS de 4 de noviembre de 2021 (rec. 129/2021), que no le corresponde al orden social la impugnación de las resoluciones gubernativas que fijan servicios mínimos para una huelga.



que se trate de personas trabajadoras con contrato laboral –porque en caso contrario la competencia recaerá en el orden contencioso-administrativo–.

Cabe ilustrar como ejemplo de esa distribución competencial en relación con los servicios mínimos en ese primer estadio atinente a la cantidad de personal que ha de realizar dichos servicios, la STS (Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2021 (rec. 2208/2020), en la que se debía determinar si los médicos internos residentes podían ser incluidos o no en los servicios mínimos de la huelga que afectaba al personal sanitario. Para el tribunal, los centros a los que estaban vinculados laboralmente contaban:

[...] a efectos de prestar la asistencia sanitaria con la participación de los médicos internos residentes y que, por tanto, en caso de huelga –a la que, en cuanto trabajadores tienen derecho conforme al artículo 28.2 de la Constitución– se han de ver afectados por los servicios mínimos que se establezcan para preservar los niveles imprescindibles.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS era la que debía resolver el litigio y, a tal fin, declaró que el personal médico interno residente (MIR) podía ser incluido en los servicios mínimos que se establecieran en las huelgas de personal sanitario convocadas en el centro hospitalario al que estuviera vinculado contractualmente. La sentencia confirmó que la finalidad de la contratación de los MIR –que no es otra que la formación necesaria para la obtención de la especialidad– no obsta para obviar su condición de trabajadores vinculados con los centros sanitarios en virtud de un contrato laboral<sup>39</sup>.

b) Ha habido, por otra parte, alguna incertidumbre acerca del criterio de atribución competencial en situación de huelga en la que pueden verse afectados funcionarios o personal estatutario; nos referimos al supuesto de coexistencia de personal laboral y funcionario o personal estatutario en una huelga que se produzca en un centro público.

Ciertamente, el artículo 2 g) de la LRJS prescribe que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en procesos de conflicto colectivo, pero también lo es que el artículo 3 c) de la LRJS establece que no corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de la tutela del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos.

En el caso de una huelga que integraba al personal laboral y al funcionario (en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos), la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) consideró, en su Sentencia de 19 de octubre de 2018 (rec. 198/2018), que el orden social carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de esa medida de conflicto. Sobre todo, por apreciar que, en supuestos como ese en que «la

<sup>39</sup> Vid. Casas Baamonde (2022).

cuestión afecta tanto a personal funcionario como a personal laboral, debe prevalecer la aplicación del artículo 3 de la LRJS cuando se trata del conocimiento de cuestiones de naturaleza "mixta", como ya había señalado la STS de 21 de noviembre de 2017 (rec. 2267/2015). Esta decisión se apoyó también en el hecho de que, cuando la norma procesal laboral ha querido atribuir el conocimiento de una determinada materia que afecte a funcionarios públicos a la jurisdicción social, lo ha reconocido expresamente a modo de excepción de la regla general (prevención de riesgos laborales), algo que no ocurría en el supuesto que ahí se trataba.

Todo ello llevó a la AN a negar que el orden social tuviera competencia para analizar la legalidad o ilegalidad de la huelga respecto del personal laboral toda vez que, tratándose de una única huelga, su licitud o ilicitud debía ser analizada por los órganos de una única jurisdicción «en concreto, por aquella cuyos límites no resultan desbordados por la afectación de un colectivo respecto del que se carece de competencia» (FJ 2.º). En consecuencia y, pese al carácter «híbrido» de la cuestión, ante la afectación de la huelga a todo empleado público, incluido el funcionario público, la AN determinó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no del orden social (López Cumbre, 2018).

Sin embargo, en opinión del TS, expresada en su Sentencia de 8 de julio de 2020 (rec. 13/2019), en ese supuesto no se estaba ante un procedimiento de tutela, porque la empresa no era titular del derecho fundamental en juego y, por consiguiente, era imposible que accionara para la protección del mismo, que es a lo que atiende el procedimiento previsto para la tutela de derechos fundamentales en las normas procesales que dan desarrollo a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la CE. El Alto Tribunal entendió que se planteaba un conflicto colectivo que se enmarcaba en el artículo 2 g) de la LRJS y se regía por los artículos 153 y siguientes de la misma norma adjetiva. Lo que se valoró entonces fue una acción de la empleadora que no iba dirigida a impugnar un acto administrativo relacionado con la huelga, sino que, frente al sindicato convocante, perseguía obtener una declaración judicial que calificara la huelga. Para ello resultaba irrelevante cuál hubiera sido el grado de seguimiento de la misma y las concretas y particulares circunstancias de los que se hubieran sumado de modo efectivo a la huelga, siendo lo decisivo el análisis de la convocatoria en todos sus elementos, con independencia de las situaciones concretas en las que hubieran podido verse inmersos cada uno de los seguidores de la misma.

Se rechazó, finalmente, que existiera una vis atractiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo por la eventual incidencia de la convocatoria de huelga sobre personal funcionario y laboral; el argumento utilizado fue que ese criterio está plasmado de modo exclusivo en nuestro ordenamiento jurídico para el supuesto fijado en el artículo 3 e) de la LRJS, claramente inaplicable en este caso –ya que aquí no se trataba de impugnar, interpretar o aplicar acuerdo o pacto alguno de los que en él se indican, ni tampoco guardaba relación la litis con cuestiones relativas a la composición de las mesas de negociación–.

## 7. La competencia social cuasi plena en materia de prevención de riesgos laborales

Desde la aprobación de la LRJS, el conocimiento de la materia de prevención de riesgos laborales quedó asignado expresamente al orden social de la jurisdicción, aun cuando no se hubieran derivado daños concretos por tales incumplimientos –pues en esos casos no se trata de reparar una lesión causada, sino de evitar que esta se produzca–<sup>40</sup>. En efecto, el artículo 2 e) de la LRJS atribuye la competencia a la jurisdicción social para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia, respecto a todos sus empleados, bien sean estos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral. La norma señala que ese personal funcionario o estatutario puede ejercer sus acciones en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena.

En consecuencia, la jurisdicción social se constituye en el orden especializado, de manera exclusiva y excluyente, para el conocimiento unificado de las materias afectantes a riesgos laborales en sentido amplio –art. 2 e) LRJS–; así queda confirmado por las SSTs de 11 de octubre de 2018 (rec. 2605/2016), 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), 5 de mayo de 2021 (rec. 1634/2019)<sup>41</sup> y 19 de julio de 2021 (rec. 1182/2020)<sup>42</sup>.

Pese a la pacífica asunción del criterio del legislador, surgió la duda de si el orden social seguía siendo competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad planteadas por personas funcionarias derivadas de incumplimientos de las Administraciones públicas

<sup>40</sup> El propio preámbulo de la LRJS al referirse a la materia de prevención de riesgos laborales es claro cuando señala:

[...] esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no solo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria o laboral.

<sup>41</sup> *Vid.* Moreno Pérez (2021).

<sup>42</sup> El ATS (Sala Especial) de 6 de mayo de 2019 (rec. 22/2018) declaró la competencia de la jurisdicción social porque la demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, en la que alegaba que su incapacidad laboral transitoria procedió de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso, invocaba la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial. Para dicho auto esta invocación de la legislación de prevención de riesgos laborales conduce, a la vista de la exposición de motivos de la LRJS y, especialmente, de su artículo 2 e), a declarar la competencia de la jurisdicción social, aun cuando la afectada fuera una funcionaria.

en materia de prevención de riesgos laborales, incluyendo las indemnizaciones de daños y perjuicios. La respuesta la ofreció la STS de 10 de noviembre de 2021 (rec. 2061/2021), que confirmó que la reclamación de responsabilidad por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales es competencia del orden social de la jurisdicción aun cuando el demandante sea un funcionario. En ese caso resolvió un recurso de casación para la unificación de doctrina acerca de la reclamación por parte de una funcionaria de carrera de una indemnización por daños y perjuicios (incluyendo daños materiales y morales) ante la falta de adopción por el empleador (Ayuntamiento de Madrid) de medidas de prevención frente al acoso laboral. La Administración local defendía (art. 2 e) LRJCA) que la competencia para conocer del objeto litigioso correspondía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo al tratarse de un asunto en el que se dilucidaba una posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero finalmente, con base en el artículo 2 e) de la LRJS, el TS determinó que «la reclamación de responsabilidad por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales es competencia del orden social de la jurisdicción», incluyendo «las reparaciones de los daños causados por este concepto» incluso si el demandante es un funcionario público.

El TS estimó<sup>43</sup> el recurso pues entendió que, si la demanda reclamaba el cese de la conducta de acoso laboral que estaba sufriendo la demandante por incumplimiento, por la empleadora, de las normas en materia de prevención de riesgos laborales frente al acoso, era indudable que la materia entraba dentro de las competencias que tiene atribuidas el orden social, tal y como resulta del artículo 2 e) de la LRJS. Consideró que, al margen de que fuera o pudiera ser un tercero del ámbito laboral el acosador, lo que se estaba combatiendo era la falta de adopción de medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo frente al acoso, lo que era responsabilidad exclusiva del empleador (y que hacía que la reclamación se enmarcara en la competencia del orden jurisdiccional social).

En definitiva, el empresario (aunque sea una Administración pública) se erige como «deudor de seguridad», por lo que debe garantizar a sus trabajadores un entorno laboral libre de riesgos (físicos y psicosociales) hasta el punto de asumir una responsabilidad cuasi objetiva. En consecuencia, la persona trabajadora afectada puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios ante el orden social, en virtud del citado artículo 2 e) de la LRJS, que atribuye a este marco jurisdiccional la competencia plena en materia de prevención de riesgos laborales, tanto en la vertiente preventiva propiamente dicha como en la reparadora, «incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales», también en el sector público. La LRJS acoge que la prevención de riesgos laborales forma parte de una suerte de estatuto profesional común a todo trabajador, sin que los funcionarios se vean compelidos a utilizar una vía reparadora más compleja, cual es la de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Maneiro Vázquez, 2018; Rodríguez Escanciano, 2022).

<sup>43</sup> La STS de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/2020) ya se había pronunciado en el mismo sentido.

Partiendo de esa misma idea de que cuando la Administración pública actúa como empresaria es deudora de seguridad, la STS de 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018) declaró –en contra del criterio de la AN, que había reconocido competencia al orden contencioso por tratarse de actos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)– el carácter pleno de la competencia del orden jurisdiccional social respecto de la actuación del CGPJ en materia de prevención de riesgos laborales<sup>44</sup> que realiza, a modo de empresario, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de prevención de riesgos laborales –y no como actuaciones efectuadas en el ejercicio de las potestades y funciones que tengan la naturaleza de disposiciones de carácter general–. El orden social debía, por tanto, resolver la demanda de las asociaciones de jueces frente al CGPJ para que regulara la carga de trabajo de jueces y magistrados a efectos de salud laboral<sup>45</sup>; como también reconoció la STS de 29 de septiembre de 2021 (rec. 3/2020).

Por consiguiente, de la interpretación del TS expuesta se deriva que cuando las Administraciones públicas actúan como empleadoras (de personal funcionario, personal estatutario y personal laboral) asumen frente a sus empleados las mismas obligaciones que cualquier empresario frente a sus trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Y si, como consecuencia del incumplimiento de la Administración empleadora, el empleado sufre daño, el orden social es el competente.

Completa el panorama descrito un bloque de pronunciamientos recientes, que se han amparado en razones de justicia formal para establecer límites a la competencia del orden social (Molina Navarrete, 2018; Moreno Pérez, 2019, p. 247). La Sala Social del TS ha entendido que, si el funcionario elige el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, aunque invoque la violación de normativa preventiva del acoso moral como riesgo profesional que es, estaría obligado a suscitar el litigio ante la jurisdicción contenciosa (art. 2 f) LRJS), lo que tiene como consecuencia que se vería excluido de la acción ante el orden social. En este sentido, la STS de 17 de mayo de 2018 (rec. 3598/2016)<sup>46</sup> –también la

<sup>44</sup> Los votos discrepantes de la sentencia aprecian, sin embargo, que debe aplicarse el artículo 636 de la LOPJ (modificado en 2013), según el cual los acuerdos del Pleno o de la Comisión Permanente del CGPJ (con independencia de la materia de la que traten) han de ser revisados, en caso de recurso, por una sección especial dentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativa del TS.

<sup>45</sup> Las asociaciones demandantes no compartían el criterio aplicado por el CGPJ para fijar la sobrecarga de trabajo de los miembros de la carrera judicial al evaluar su salud laboral. Solicitaban que en lugar de la entrada de asuntos se considerara la dedicación o el rendimiento para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la carrera judicial y, además, se tuvieran en cuenta circunstancias personales y del órgano; en este sentido, se requería que se regulara la carga de trabajo con carácter independiente a la regulación de la carga de trabajo a otros efectos (retributivo, disciplinario o de cualquier otra naturaleza). *Vid.* López Cumbre (2019).

<sup>46</sup> Doctrina reiterada en STS de 11 de mayo de 2022 (rec. 270/2021); confirma la competencia contencioso-administrativa en relación con una vulneración de libertad sindical por la Administración como empleadora que afectaba tanto a personal laboral como a funcionarios.

STS (Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2018 (rec. 810/2015)– afirmó la competencia del orden contencioso-administrativo, cuando la vulneración de derechos fundamentales del personal estatutario derivara en demanda por acoso, pidiendo la salvaguarda de su derecho fundamental, porque estaba igualmente bajo la esfera de la organización del mismo servicio de salud, el sujeto supuestamente causante de la situación de acoso, sin que se reclamara infracción alguna en materia de prevención de riesgos laborales<sup>47</sup>. La pretensión en estos casos se sitúa fuera del artículo 2 e) de la LRJS y dentro de la órbita del artículo 2 f) del mismo texto legal, que se circunscribe al personal laboral.

En sentencias posteriores, como las SSTS de 17 de febrero de 2021 (rec. 129/2020) y de 18 de febrero de 2021 (rec. 105/2020) –en las que se resolvieron demandas de derechos fundamentales a la vida y la salud vinculados a la prevención de riesgos laborales al amparo del art. 2 e) LRJS–, el tribunal ha declarado que si bien la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo cuando los actos o decisiones de las Administraciones públicas afectan a derechos fundamentales (en concreto a los derechos de libertad sindical y huelga) del personal funcional y estatuario, ello es así, salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena<sup>48</sup>. Así, el criterio que mantiene el TS como elemento determinante de la atracción de la competencia del orden social de la jurisdicción es el relativo a que se reclame o no la aplicación de la legislación de prevención de riesgos en el trabajo.

Se confirma, con ello, la vis atractiva del orden social de la jurisdicción respecto de las pretensiones actuadas en materia de prevención de riesgos laborales con independencia de la naturaleza laboral, funcional o estatutaria del vínculo que liga a los afectados con la parte demandada. Ello es así cuando en la demanda se invoca (junto a la tutela de los derechos fundamentales) la legislación de prevención de riesgos laborales<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> En esta línea, en la que no se examina el artículo 2 e) de la LRJS, el Auto de la AN de 20 de mayo de 2020 (rec. 123/2000) y los AATS (Contencioso-Administrativo) de 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) y de 20 de abril de 2020 (rec. 91/2020).

<sup>48</sup> En ese sentido también las SSTS de 10 de noviembre de 2021 (rec. 2061/2019) y de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/2020) que razonan lo siguiente:

[...] si la demanda reclama el cese de la conducta de acoso laboral que está sufriendo la demandante por incumplimiento por la empleadora de las normas en materia de prevención de riesgos laborales frente al acoso, es indudable que la materia entra dentro de las competencias que este orden social de la jurisdicción tiene atribuidas, tal y como resulta del art. 2 e) de la LRJS, en tanto que se está combatiendo la falta de adopción de medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo frente al acoso, al margen de que sea o pudiera ser un tercero del ámbito laboral el acosador ya que, lo que se está demandando son otras obligaciones, las específicas en materia de prevención de riesgos, propias y de la exclusiva responsabilidad del empleador, que es lo que enmarca la reclamación dentro de la competencia de nuestro orden jurisdiccional.

<sup>49</sup> *Vid.* Monereo Pérez (2021).

De estas sentencias se deduce que el apartado e) del artículo 2 de la LRJS otorga competencia al orden social para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, lo que no excluye las reclamaciones que se puedan canalizar por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales (art. 2 f) LRJS), que, si son invocadas por personal funcionario o estatutario, debe ser conocida por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.

## 8. Recapitulación. Una combinación de criterios dirimientes en continua mutación

La distribución competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción varió de forma significativa tras la entrada en vigor de la LRJS y lo ha seguido haciendo de manera más discreta pero también intensa –más de lo que a primera vista podría parecer– en los últimos años. Así ocurrió inicialmente con la atribución de conocimiento al orden social de las actuaciones de la Administración pública «realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones» en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo. Y, también, con los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores por cuenta ajena a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social, si bien, cuando afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcionario o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo, «salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena».

Más recientemente, otras modificaciones legales han incidido de forma notable en la configuración de la distribución competencial. Por un lado, se ha atribuido al orden social el enjuiciamiento de las prestaciones autonómicas de protección social que acumulativamente cumplan el doble objetivo de garantizar los medios económicos para atender las necesidades básicas y prevenir el riesgo de exclusión; o las medidas de apoyo a la situación de dependencia que, pese a que estaba previsto que fueran examinadas por el orden social, precisan para ello de un proceso de adaptación legislativa que se ha dilatado, si bien parece que está llegando a su fin. Pero, por otro lado, el examen de los actos previos a la contratación de personal laboral en la Administración se ha asignado expresamente al orden contencioso, contrapesando la tendencia hacia la ampliación del ámbito de conocimiento del orden social.

En general, con estas modificaciones, el social se ha ido convirtiendo en el orden especializado para conocer las materias de carácter sociolaboral, cumpliendo el propósito declarado en la exposición de motivos de la LRJS; si bien el orden contencioso mantiene aquellas que se encuentran vinculadas a la labor de la Administración como empleadora de personal funcional, las que afectan a actos de encuadramiento de la Seguridad Social y algunas otras particulares, como acabamos de comprobar.



Pese a la claridad del presupuesto apuntado, subsisten zonas de inseguridad jurídica en la delimitación de las materias atribuidas a cada uno de los órdenes mencionados: sigue siendo difícil la tarea de encaje de determinadas actuaciones en las que interviene la Administración, faltando muchas veces certeza acerca de qué actos deben ser examinados por el orden social y cuáles han de residenciarse en el contencioso. Los criterios que utiliza el legislador son múltiples y diversos: primero combina el objetivo con el subjetivo y después, en ocasiones, los desplaza por parámetros particulares de oportunidad o economía procesal. La labor de la jurisprudencia resulta, por tanto, esencial para poner orden en este panorama tan complejo.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (2017). Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 10, 201-216. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/157>
- Bucys, M. (2 de enero de 2020). Acceso al empleo público y competencia del orden social: a propósito de la STSJ Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018. Elderecho.com. <https://elderecho.com/acceso-al-empleo-publico-y-competencia-del-orden-social-a-proposito-de-la-stjs-comunidad-valenciana-de-20-de-diciembre-de-2018>
- Casas Baamonde, M. E. (2022). Huelga en servicios esenciales: los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00303](https://doi.org/10.55104/RJL_00303)
- Cruz Villalón, J. (2000). Viejos y nuevos conflictos en las fronteras entre la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa. En M. R. Alarcón Caracuel y M. M. Mirón Hernández (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (pp. 55-92). Marcial Pons.
- Esteve Segarra, M. A. (2016). La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de la impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo. *Revista de Información Laboral*, 8.
- Falguera Baró, M. A. y Ollé Sesé, V. (Dirs.). (2021). *Practicum Proceso laboral 2021*. Thomson Reuters.
- Folguera Crespo, J. A. (2011). *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social*. Lex Nova.
- García Murcia, J. (2021). Reflexiones preliminares y acotación del objeto de estudio. En J. García Murcia y M. A. Castro Argüelles (Dirs.), *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (pp. 13-40). Reus.
- García Ortega, J. (2019). Impugnación de sanción administrativa impuesta por el Consejo de Ministros por falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social: tipo sancionador y causas exculpatórias de la responsabilidad. Comentario a la STS (Social) núm. 969/2018, de 20 de noviembre (impugnación de actos de la Administración núm. 2/2018). *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 21, 115-133. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/381>

- Gil Villanueva, M. (2012). Consecuencias de la nueva Ley de la jurisdicción social en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 10, 85-118.
- González de Patto, R. M. (2011). *La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia en el marco de la reforma del proceso social*. Bomarzo.
- Lasaosa Irigoyen, E. (2013). La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 159.
- López Anierte, M. C. (2013). La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción? *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 103, 37-61.
- López Cumbre, L. (27 de noviembre de 2018). *El orden social no es competente cuando la huelga puede afectar a funcionarios*. GA\_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-orden-social-no-es-competente-cuando-la-huelga-puede-afectar-a-funcionarios/>
- López Cumbre, L. (2019). Salud laboral en la judicatura. ¿Competencia del orden social o del orden contencioso? *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00060](https://doi.org/10.55104/RJL_00060)
- Lousada Arochena, J. F. (2012). *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*. Bomarzo.
- Maneiro Vázquez, Y. (2018). La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 138, 517-546.
- Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (2022). *Derecho del trabajo* (30.ª ed.). Tecnos.
- Molina Navarrete, C. (2012). *Análisis de la nueva Ley de la jurisdicción social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (26 de julio de 2018). *Incomprensible y erráticamente, la Sala Social del TS rechaza tutelar al funcionariado frente al riesgo laboral de acoso si también invocan derechos fundamentales: ¿para qué se hizo la reforma, entonces?* CEF.-Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/comentario-sts-544-2018-acoso-laboral-personal-estatutario-tutela-derechos-fundamentales-competencia-orden-contencioso-administrativo.html>
- Monereo Pérez, J. L. (2021). Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la pandemia Covid-19. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00228](https://doi.org/10.55104/RJL_00228)
- Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A. V., Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J. (2010). *Curso de procedimiento laboral* (8.ª ed.). Tecnos.
- Moreno Pérez, J. M. (2014). La convulsa ubicación de competencias en materia de prestaciones por dependencia en el periodo de entre leyes: Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social; y la Ley por nacer. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 124, 259-268.
- Moreno Pérez, J. M. (2019). Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de la competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones. Auto núm. 12/2019 del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 6 de mayo (Conflicto art. 42 LOPJ núm. 22/2018). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 149, 243-250.

- Moreno Pérez, J. M. (2021). De la recta interpretación del art. 2 e) de la LRJS y de la inequívoca jurisprudencia de la Sala Cuarta al respecto. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:487). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 305-311.
- Nores Torres, L. E. (1 de junio de 2014). *La competencia para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, en particular, los relacionados con las bolsas de trabajo*. Elderecho.com. <https://elderecho.com/la-competencia-para-resolver-los-conflictos-del-personal-laboral-al-servicio-de-las-aa-pp-en-particular-los-relacionados-con-las-bolsas-de-trabajo-2>
- Olarte Encabo, S. (2014). El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materia de prestaciones de dependencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 372, 167-170.
- Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, J. M. (2021). *Derecho del trabajo* (29.ª ed.). Ramón Areces.
- Pérez Guerrero, M. L. (2015). Distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de impugnación de sanciones administrativas por impago de cuotas de la Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 131, 259-271.
- Quintana López, T. y Rodríguez Escanciano, S. (2012). Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 26, 77-138.
- Rodríguez Escanciano, S. (2022). Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos en las Administraciones públicas. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00305](https://doi.org/10.55104/RJL_00305)
- Roqueta Buj, R. (2009). La dependencia: concepto, valoración y reconocimiento. En R. Roqueta Buj (Coord.ª), *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de dependencia* (pp. 141-196). Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2009). La nueva protección de la dependencia: naturaleza. En R. Roqueta Buj (Coord.ª), *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de dependencia* (pp. 29-57). Tirant lo Blanch.
- Segoviano Astaburuaga, M. L. y Maurandi Guillén, N. A. (2011). Ámbito del orden jurisdiccional social. En J. A. Folguera Crespo, F. Salinas Molina, M. L. Segoviano Astaburuaga y J. Agustí Julià (Coords.), *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social* (pp. 39-91). Lex Nova.
- Sempere Navarro, A. V. (2021a). Fricciones entre acceso a información por parte del sindicato y protección de datos. *Revista de Jurisprudencia Social*, 4. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00234](https://doi.org/10.55104/RJL_00234)
- Sempere Navarro, A. V. (2021b). Límites a la autotutela de la TGSS respecto de altas indebidas. *Revista de Jurisprudencia Social*, 9. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00283](https://doi.org/10.55104/RJL_00283)
- Valle de Joz, J. I. del. (2017). *Seguridad Social y proceso*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Vaquero Caballería, M. (2022). El ingreso mínimo vital desde la óptica del derecho público: sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 115-142. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_5\\_2022\\_733](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_5_2022_733)

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

**Margarita Miñarro Yanini** (autora de contacto)

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

*Universitat Jaume I (Castelló, España)*

[myanini@dr.uji.es](mailto:myanini@dr.uji.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén (España)*

[cmolina@ujaen.es](mailto:cmolina@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

## Extracto

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

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

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

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



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

Margarita Miñarro Yanini  
Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

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

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

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



## Sumario

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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





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

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

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

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

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

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

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

**1.** En esta segunda glosa de nuevas controversias de derecho social vivo, seguimos en el ámbito de las garantías de los derechos fundamentales a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de género ex **artículo 14 de la CE**, pero ahora nos adentramos por sendas que abre en su rama de derecho de la seguridad social y respecto a las mujeres. A diferencia de las personas trans, las mujeres no son un colectivo vulnerable, sino más de la mitad de la población, de ahí la trascendencia sistémica de la cuestión social que ahora referimos. Justamente, uno de los retos más trascendentales, y más complejos, del derecho de la seguridad social en general, y del derecho de pensiones en particular, es la corrección de la profunda «brecha de género» que existe en este ámbito. Una nueva fractura entre la norma (igualdad) y la realidad (desigualdad y discriminación) en parte derivada de las brechas laborales (retributivas, sobre todo<sup>2</sup>, pero no solo, también ocupacionales), en parte fruto de la desatención del propio sistema de protección social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

De ahí la importancia de los nuevos artículos 224 ter y 224 quater del TRLC: nombramiento de «experto» (el lenguaje inclusivo de género sigue pendiente) para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva en situaciones de riesgo de «insolvencia probable» (antes pues que un riesgo inminente de insolvencia). Asimismo, el nuevo artículo 224 bis del TRLC contempla una alternativa a aquella figura enajenadora profesional que, a falta de previsión legal específica de esta, había sido usada en ciertos casos de gestión o administración concursal: solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas<sup>6</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

*Corpus iuris civilis, Digesta*

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

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

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

El precepto duró poco. [...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por supuesto, en el derecho vivo, asistimos a un extraordinario florecimiento de una serie de derechos fundamentales, clásicos (por ejemplo, libertad de expresión y el derecho a la crítica satírica<sup>7</sup>, garantía de indemnidad, etc.) o modernos (derecho a la protección de datos) que en otro momento no han tenido la dimensión garantista que adquieren en esta nueva época, expandiendo la tutela real frente al despido (readmisión obligatoria) y, al tiempo, la tutela reparadora reforzada (una indemnización adicional, de reparación íntegra y finalidad disuasoria ex [art. 183 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–). La ampliación de su ámbito aplicativo es una vía de ir acotando espacios antes dominados, de derecho o *de facto*, por la tutela obligacional (garantismo débil) propia de la improcedencia, para reintegrarlos a la tutela real vía calificación de nulidad<sup>8</sup>. Pero creemos más relevante para ilustrar este proceso de ampliación de fronteras de la nulidad, a costa de la simple improcedencia, el ejemplo que proporciona (al modo de la ciencia jurídica tópica: parte de la retórica clásica –aristotélica– entendida como arte de descubrir argumentos con que abordar y resolver cuestiones de derecho para la vida que son esencialmente problemáticas; [Viehweg](#)) el análisis de una «novela»: la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

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

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

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



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

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

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

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

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

La sentencia de unificación resolvió la cuestión relativa a la calificación que se debe dar a la extinción del contrato de trabajo de una empleada de hogar que, estando embarazada en el momento del cese (sin conocimiento de la empleadora), ve extinguida su relación, comunicándosele por SMS, estando de baja por incapacidad temporal al sufrir una caída mientras hacía su trabajo, el desistimiento de la relación. El debate se resuelve a favor de la calificación de nulidad, por razones de legalidad ordinaria (inobservancia de requisitos exigidos por el desistimiento<sup>9</sup>; aplicación supletoria, de conformidad con los arts. 3 b) y 11.1 RD 1620/2011, las normas de despido del ET, incluyendo el [art. 55.5 b\) ET](#) –en los mismos términos el [art. 53.4 b\) ET](#) sobre nulidad objetiva del despido de las trabajadoras–; interpretación expansiva del [RDL 6/2019](#), pese a no ser de aplicación por razones temporales), así como por una interpretación en clave de género (FJ 4.º, punto 3). Sin embargo, en este caso, no hubo readmisión obligatoria, sí indemnización adicional, por cuanto la sentencia de suplicación recurrida (STSJ del País Vasco) valoró la imposibilidad de esa readmisión en tales casos, estableciendo la indemnización propia del despido improcedente más una indemnización adicional. El TS puntualizó que, dada la ausencia de recurso por la defensa de la trabajadora (que mostró su conformidad con la triple respuesta indemnizatoria en suplicación social: salarios de tramitación –[STS 77/2020, de 29 de enero](#)–, indemnización común de despido improcedente, indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales), esa cuestión quedaría firme y, en consecuencia, no hay aún unificación de doctrina al respecto, predominando en la doctrina de suplicación la respuesta indemnizatoria (estabilidad obligacional reforzada) frente a la de estabilidad real (readmisión obligatoria).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

### III. Epílogo

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

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

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

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

–¿Los preceptos del derecho son...?

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

[...]

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

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

# Del extraordinario poder de las magistradas/os de los juzgados de lo social a través de su convicción fáctica

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 325/2022, de 6 de abril**

**Ana Isabel Zapirain Bilbao**

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

*Universidad del País Vasco (EHU/UPV) (España)*

[anaisabel.zapirain@ehu.eus](mailto:anaisabel.zapirain@ehu.eus) | <https://orcid.org/0000-0002-2315-8164>

## Extracto

Las tradicionales peculiaridades de la justicia social se mantienen y defienden hoy en día a través de, entre otras herramientas procesales y procedimentales, la ausencia del ordinario recurso de apelación. Se confía en la decisión emitida en la instancia y, de su mano, el extraordinario recurso de suplicación solo admite la revisión de los hechos declarados probados por los juzgados de lo social a la vista de pruebas documentales y periciales practicadas. El concepto de documento evoluciona sin parar con las tecnologías; sin embargo, la doctrina judicial social restringe su ampliación sacrificando quizás, en ocasiones, la justicia material.

**Palabras clave:** recurso de suplicación; revisión de hechos probados; prueba documental electrónica; reproducción de la palabra, la imagen o el sonido; convicción fáctica.

Recibido: 17-05-2022 / Aceptado: 24-05-2022

**Cómo citar:** Zapirain Bilbao, A. I. (2022). Del extraordinario poder de las magistradas/os de los juzgados de lo social a través de su convicción fáctica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 325/2022, de 6 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 192-196.



# Of the extraordinary power of the judges of the social courts through their factual conviction

Commentary on Supreme Court Ruling 325/2022, April 6

Ana Isabel Zapirain Bilbao

## Abstract

The traditional peculiarities of social justice are maintained and defended today through, among other procedural and procedural tools, the absence of the ordinary appeal. The decision issued in the instance is trusted and, by its hand, the extraordinary appeal only admits the revision of the declared facts proven by the social courts in view of the documentary and expert evidence practiced. The concept of document evolves non-stop with technologies; however, the social judicial doctrine restricts its expansion, perhaps sacrificing, on occasion, material justice.

**Keywords:** petition resource; review of proven facts; electronic documentary evidence; reproduction of the word, image or sound; factual conviction.

**Citation:** Zapirain Bilbao, A. I. (2022). Of the extraordinary power of the judges of the social courts through their factual conviction. Commentary on Supreme Court Ruling 325/2022, April 6. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 470, 192-196.

## 1. Marco normativo

La brevedad de los tres apartados del [artículo 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), relativo al objeto del recurso de suplicación, y que sustenta la tipología de los posibles motivos en el escrito de interposición, se ha visto y ve concretada por una detallada doctrina judicial de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y, antaño, por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo. Su evolución es necesariamente constante, sin perjuicio de que en determinados aspectos se reitere e invoque por más de una década.

Como se ha recordado en el extracto de este comentario, es el apartado b) del precepto el que abre paso a la posible revisión de los hechos que declaran probados los juzgados de lo social en sus sentencias dictadas en la instancia o en única instancia. Su corsé principal se ciñe a pruebas documentales y periciales practicadas y, de ambos medios de prueba, es la documental la que mayores debates suscita. La regulación de la prueba documental en la ley procesal social solo se rubrica en su [artículo 93](#) y de su contenido es fácil deducir que forzosamente ha de acudir a la [Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC), puesto que aquel solo atiende a la dinámica de su práctica y posible consecuencia en el juicio oral. Es bien sabido que la Ley de procedimiento laboral fue pionera, entre las normas rituarías vigentes entonces, al incluir en su artículo 90.1 –hoy con el [mismo ordinal en la LRJS](#)– los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos como medio de prueba.

Ya hace más de dos décadas, la LEC amplió, por fin, sus tipificados medios de prueba con los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso ([art. 299.2](#)), y abrió la puerta a cualquier otro «medio» (mejor fuente) que aportase certeza sobre hechos relevantes, para su admisión por el tribunal como prueba ([art. 299.3](#)).

Los [artículos 382 a 384 de la LEC](#) se ocupan de su regulación, y tanto las reproducciones como los instrumentos de archivo se valorarán por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

## 2. Supuesto de hecho: síntesis del relato fáctico para la norma del caso

La actora, tras varios contratos temporales en la empresa demandada –no constan los puestos que ocupó–, firmó contrato indefinido a jornada completa como directora, que se sometió a 3 meses de periodo de prueba. Sin haber finalizado el último y disconforme con sus retribuciones, mantuvo una conversación telefónica con el gerente, aportada al juicio oral –no consta reproducida en la sentencia del juzgado de lo social–, que culminó manifestando aquel: «pues entonces en febrero terminamos» (HP 7.º). Unos días después la empresa comunicó a la trabajadora su desistimiento de la relación laboral.

Impugna la extinción como despido y solicita su declaración de nulidad por lesión [ex artículo 24 de la Constitución española](#) en su vertiente de garantía de indemnidad. Su fundamento indiciario, potencialmente inconstitucional, se satisfizo con la grabación de la conversación. El juzgado no apreció indicio suficiente y, por tanto, no aplicó la carga de la prueba en la demandada ex artículos [96.1](#) y [181.2](#) de la LRJS. Así que la empresa defendió la desconexión de su decisión con una represalia «afirmando que no estaba conforme con el trabajo desarrollado por la actora como directora y se le ofreció quedarse realizando otros servicios» (FD 2.º). Desestimada la demanda y recurrida la sentencia, la sala de suplicación, tras dar favorable acogida al segundo motivo sobre revisión fáctica, sustituyó el hecho probado correspondiente por la transcripción literal de la grabación que la actora aportara al juicio oral. Con lo que básicamente, sin dudar del valor documental de la grabación, que califica de «documento hábil» que da una versión más completa de la conversación «que la reducida versión judicial» (FD 4.º), estima el recurso y declara la nulidad del despido.

## 3. La doctrina judicial: brevario de razones para el fallo

La decisión unificadora se restringe, como señala con nitidez, a «determinar si una prueba de grabación de sonido [...] puede servir [...] para fundamentar la revisión de los hechos probados» (FD 1.º). Tras anticipar que la doctrina de la sentencia de contraste ([Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, rec. 786/2012](#)) es la correcta e invocar otras resoluciones de la propia Sala Cuarta, niega «a las grabaciones el valor de documento hábil a efectos de modificación de hechos probados». La razón es una, clara, precisa y acorde literalmente con las normas de aplicación, sin necesidad de otra argumentación: la grabación de audio de una conversación, medio de reproducción de la palabra en soporte electrónico, es un medio de prueba, pero no es prueba documental. Por tanto, no habilita la revisión de hechos probados ex [artículo 193 b\) de la LRJS](#).

Llama, no obstante, la atención que la sala, inmediatamente antes de esta afirmación definitiva y categórica, se detiene brevemente en recordar la diferencia entre fuente y medio de prueba. Distinción que, si bien nunca está de más, en este caso parece innecesaria. Y,

a continuación, parece querer mostrar que no mantiene una posición hermética en el concepto legal de prueba documental con la [Sentencia 706/2020, de 23 de julio](#), que reconoció tal valor a un correo electrónico concreto. En fin, a algunas se nos antoja leer entre líneas: «todavía no». Y es que, desde la doctrina académica, ya se valoraba, incluso antes de la LEC, que estos medios de reproducción de la imagen y el sonido superan con creces a la prueba testifical por no precisar de la intermediación y poder ser examinados por el juzgado de instancia y la sala de suplicación cuantas veces lo estimen, a más de complicar su posible manipulación (prueba de autenticación).

#### 4. Trascendencia de la decisión más allá del caso: «todo por escrito», y ya se verá

Probablemente la trabajadora, sin asesoramiento profesional, se precipitó al reivindicar insistentemente ser remunerada conforme a «pacto» y jornada real realizada, antes de culminar y superar su periodo de prueba. De otro modo, y si realmente este fue el motivo que llevó a la empresa a desistir de sus servicios, se le hubiese complicado su decisión extintiva.

Con todo, y aun reconociendo las bondades del extraordinario sistema de recursos devolutivos del orden social, no puede obviarse que la parte trabajadora sigue encontrando mayor dificultad en el acceso a ciertas fuentes y, sobre todo, medios de prueba. Los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, y, con ellos, de archivo y reproducción de datos, se tipifican como medio de prueba (arts. [90 LRJS](#) y [382 LEC](#)), pero no legalmente documental. Así que, siempre que sea posible, debe abanderarse ese típico consejo de «todo por escrito». La Sala Cuarta en absoluto es ajena a los avances tecnológicos y con ellos a los nuevos soportes electrónicos, y mantiene un concepto amplio de documento relativizando siempre su valoración en cada caso. No obstante, la cuestión que se quiere subrayar se refiere a la inevitable subjetiva percepción de quienes juzgan, por cuanto ante un mismo resultado fáctico arrojado por un medio de prueba, incluso, indiscutiblemente documental, hay quien le otorga la condición de indicio inconstitucional, y hay quien no. Así que siendo solo competencia de los juzgadores/as de instancia alcanzar la convicción fáctica respecto a la contienda, su poder puede calificarse de extraordinario en la decisión definitiva y firme.

# Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

**Laura Ayuso Baena**

**Laura de Nicolás Moreno**

**Juan Francisco Martínez Fernández-Miranda** (autor de contacto)

*Personal funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos  
de la Administración de la Seguridad Social (España)*

## Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social, efectuada por la Resolución de la Subsecretaría del entonces Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 20 de noviembre de 2020 (BOE de 9 de diciembre). En el mismo se lleva a cabo un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de las respuestas a tales cuestiones, siguiendo la legislación vigente en la fecha de la realización del examen, que tuvo lugar el 8 de septiembre de 2021.

**Palabras clave:** técnicos de la Administración de la Seguridad Social; caso práctico.

Recibido: 11-05-2022 / Aceptado: 30-06-2022

**Cómo citar:** Ayuso Baena, L., De Nicolás Moreno, L. y Martínez Fernández-Miranda, J. F. (2022). Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Caso práctico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 197-235.

# Higher Body of Technicians of Social Security Administration

Laura Ayuso Baena

Laura de Nicolás Moreno

Juan Francisco Martínez Fernández-Miranda (autor de contacto)

## Abstract

In this practical case is reproduced the statement of assumption referred to the activity of the technicians of the Social Security Administration that was proposed as the third exercise in the competition for admission to the Higher Body of Technicians of Social Security Administration, made by Resolution of November 20, 2020, of the Undersecretariat (BOE of December 9, 2020). It is an analysis of the questions arising from the proposed case in made jointly with a law-based solution, following the legislation in force on the date of the exam, as of September 8, 2021.

**Keywords:** technicians of the Social Security Administration; case study.

**Citation:** Ayuso Baena, L., De Nicolás Moreno, L. y Martínez Fernández-Miranda, J. F. (2022). Higher Body of Technicians of Social Security Administration. Practical case. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 197-235.

## Enunciado

Lucía nace en un pueblo de Asturias el día 25 de febrero de 1963 en el seno de una familia humilde con muy pocos recursos (60 % del salario mínimo interprofesional –SMI– en cómputo mensual). A los 7 años contrae la polio y le provoca una parálisis en su pierna izquierda que arrastra ya toda su vida.

Mientras Lucía cursaba sus estudios de Bachillerato, con 17 años de edad, fallece el padre con 68 años, pensionista de jubilación desde los 65 años con derecho a pensión mínima y única fuente de ingresos de la familia integrada por el matrimonio (ambos de la misma edad), su hija Lucía y Paulina (la hermana mayor del padre fallecido que vivía con el matrimonio y a cargo de aquel desde siempre).

Al concluir el Bachillerato y superar la EVAU, Lucía obtiene una beca por sus elevadas notas y reducidos ingresos de su familia (pensión mínima de viudedad de su madre) y se matricula en una doble licenciatura de Derecho y ADE, obteniendo la graduación en junio de 1987.

Sus resultados académicos le facilitan inmediatamente su independencia con su incorporación a un despacho de abogados de nueva creación como socia fundadora junto con otro compañero, Manuel; distribuyéndose la participación en el negocio en un 45 % para ella y el 55 % restante para él. Ambos cumplen escrupulosamente con sus obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social. El despacho genera importantes ingresos que se reparten conforme a su participación en el capital social. A los 3 años inician una relación como pareja de hecho debidamente inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Asturias que da sus frutos con el nacimiento de sus gemelos, Diego e Iván, el día 18 de enero de 1995. La relación de pareja se proyecta a lo largo del tiempo hasta que en 2011 Manuel sufre un accidente de tráfico y fallece.

Por su parte, Lucía, a pesar de las secuelas de la polio con un 35 % de discapacidad que arrastra desde niña, permanece al frente del despacho, aunque en 2003, con 40 años de edad, se le manifiesta el síndrome pospolio que eleva su discapacidad hasta el 49 % en cuestión de 6 meses.

A pesar de su estado de salud, la disminución paulatina de sus ingresos durante los años siguientes la lleva a aceptar una oferta de trabajo en una empresa editorial de la región, Editora Marítimo-Terrestre, SL. Durante los siguientes años ejerció su actividad por cuenta propia, a la vez que alcanzó un puesto de gerente en la citada empresa.



La editorial prevé entrar en una fase de pérdidas por falta de competitividad debido a que algunos de sus competidores directos utilizan sistemas de reproimpresión y composición tecnológicamente más avanzados. El 30 de junio de 2019, la representación empresarial llega a un acuerdo con la mayoría del comité de empresa para la extinción de relaciones laborales. Se prevén despidos y bajas incentivadas para trabajadores mayores de 53 años. Un grupo de trabajadores de 53 y 54 años llega a un compromiso privado con la empresa para que la misma se haga cargo de las cuotas de sus convenios especiales, en caso de suscribirlos, extinguiendo sus relaciones laborales. Los trabajadores mayores de 55 años –entre ellos Lucía– son despedidos y la mayoría pasa a percibir la prestación de desempleo. El 30 de julio de 2020, la empresa les remite formulario para la suscripción del correspondiente convenio especial, salvo a Patricia, representante sindical que ha impugnado su despido; Ángel, que al mes de su extinción solicitó la totalización del percibo de la prestación de desempleo para iniciar una actividad por cuenta propia, y Lucía. El 1 de septiembre de 2020, don Herminio, también afectado por el despido colectivo, es declarado en situación de incapacidad permanente. A partir de ese momento, la empresa registra ante la autoridad laboral las oportunas solicitudes de convenio especial –salvo en el caso de los cuatro trabajadores citados–, pidiendo el aplazamiento de las cuotas a su cargo en 6 anualidades y presentando como garantía una hipoteca inmobiliaria.

Desde 2018 se han producido varias actuaciones inspectoras en la empresa. Con motivo de un accidente laboral sufrido por Emilia, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) propuso que se declarase la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. Poco después, en una visita de control de empleo realizada a un edificio en construcción propiedad de la editorial, el inspector comprobó que Marcelo, contratado por la empresa Mármoles, SL, subcontratista de la encargada de la construcción, Fomenta, SA, no había sido dado de alta, por lo que la ITSS levantó dos actas de infracción, una a la empresa Fomenta, SA, por no comprobar el alta del citado trabajador y otra por falta de alta y cotización a la empresa Mármoles, SL. Dichas actas han sido confirmadas administrativamente.

Un mes después, en una nueva visita al centro de trabajo efectuada el 12 de abril de 2018, la ITSS requirió documentación y comprobó que diversas personas trabajaban como diseñadores gráficos, programadores de aplicaciones y editores, encadenando desde 2015 diversos contratos de arrendamiento de servicios y cobrando a través de facturas, figurando en alta como trabajadores autónomos. El inspector actuante levanta el 10 de julio de 2018 acta de liquidación y acta de infracción por los mismos hechos. El 15 de julio de 2018 se notifica el acta a la empresa y a los representantes de los trabajadores. El 20 de julio de 2018, la empresa presenta alegaciones y solicita la suspensión del procedimiento administrativo e inicio del procedimiento de oficio ante la autoridad judicial. El 30 de diciembre de 2020, tras agotarse el cauce judicial y realizarse los trámites oportunos, se dictan providencias de apremio en cuantía total de 156.500 euros. A esta deuda hay que añadir otra providencia de apremio de 82.000 euros por el importe del capital coste, intereses de capitalización y recargo.

La empresa solicitó aplazamiento ofreciendo como garantía un aval bancario, por importe de 50.000 euros, y la constitución de una hipoteca inmobiliaria unilateral a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) sobre un inmueble valorado en 1.000.000 de euros, propiedad de Almazara, SL, empresa controlada por los mismos administradores de la deudora.

Desde finales de 2019, la empresa se encontraba en insolvencia y fue declarada en concurso el 15 de enero de 2021. La Unidad de Recaudación Ejecutiva competente instó la ejecución del aval bancario, a lo que la entidad financiera garante se opuso alegando que la empresa deudora se encontraba en concurso. El 30 de mayo de 2021 se celebró subasta del inmueble hipotecado, siendo el tipo de licitación de 1.000.000 de euros. Se recibió una oferta por importe de 260.000 euros, declarándose la adjudicación definitiva a favor del licitador, don Esteban.

El administrador concursal presentó recurso solicitando la nulidad de la subasta ante la situación de concurso de la deudora. Los representantes de la empresa apremiada, a las 48 horas de la adjudicación, presentaron un tercero que ofertaba el 75 % del tipo de licitación, mejorando, por tanto, el importe obtenido en la subasta.

En cuanto a Lucía, logró mantener su actividad como abogada hasta que, en junio de 2020, con motivo de la paralización de actividad producida por la pandemia, se ve obligada a cerrar el despacho. En marzo de 2021 su delicada situación de salud se complica al contraer el virus y fallece.

## Preguntas

**1.** Describa de forma breve y concisa las prestaciones que se generan por las distintas situaciones y vicisitudes que atraviesan los protagonistas de este relato relacionados con la vida de Lucía con indicación de la norma y disposición aplicables; clase de prestación, requisitos; fecha de efectos..., y todo como si a lo largo de todo el periodo en que se desarrolla la historia hubiera estado en vigor la normativa actual.

**2.** Respecto a las modalidades de convenio especial aludidas en el caso, analice su tipología, responsables del pago; duración de los convenios; posibilidad de actualización de bases de cotización; procedencia o no de que Patricia, Ángel, Lucía y Herminio queden excluidos de la suscripción de los convenios especiales, y actuaciones procedentes. Indíquese también si puede concederse en este caso fraccionamiento de las cuotas a cargo de la empresa.

**3. En relación con las actuaciones de la ITSS, señale:**

- a) Participación de la ITSS en el procedimiento de responsabilidad en el recargo de prestaciones. Vías de impugnación de la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que ha establecido la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente laboral de Emilia. Procedimiento recaudatorio.
- b) Actuaciones administrativas y cauces de impugnación administrativa y, en su caso, procesal que se podrían producir tras la notificación a Fomenta, SA, del acta de infracción por falta de comprobación.
- c) En el caso de las actas de liquidación e infracción por los mismos hechos, ¿es suficiente la solicitud de la empresa editora para que se presente el procedimiento de oficio? Diga en qué jurisdicción se tramita este procedimiento. En caso de que la resolución del citado procedimiento fuera favorable a la Administración, ¿cuáles serían los trámites siguientes hasta la emisión de la providencia de apremio? Señale las vías de impugnación administrativa y jurisdiccional ante la resolución que confirma las actas de liquidación e infracción conjuntas. ¿Qué posibilidades de éxito tendría una impugnación de la providencia de apremio alegando la caducidad del procedimiento sancionador?

**4.** En cuanto al aplazamiento de cuotas, teniendo en cuenta que la deuda perseguida ascendía a 238.500 euros, razónese si, en cualquier caso, era ineludible la constitución de garantías y si la actuación del órgano de concesión del aplazamiento fue correcta.

**5.** Con posterioridad a la declaración de concurso se realizan dos actuaciones dirigidas al cobro de la deuda: la ejecución de un aval solidario otorgado por la entidad financiera BS y la ejecución, a través del procedimiento de apremio, de la hipoteca unilateral constituida a favor de la TGSS por Almazara, SL. Comente la procedencia de estas actuaciones. Analice la pertinencia del recurso de la empresa deudora contra la adjudicación a favor de don Esteban y la pretensión del administrador concursal.

- **Razone las respuestas con sucinta referencia a la normativa que considere aplicable al caso. En esta prueba se valorará el rigor analítico, el conocimiento teórico y práctico de las materias expuestas, la capacidad de síntesis y exposición escrita, así como las conclusiones expuestas.**
- **Las preguntas números 1 y 3 tienen una ponderación de 5 puntos y 2 puntos sobre 10, respectivamente. Las restantes preguntas se valorarán a razón de 1 punto sobre 10.**

## Solución

**1.** Describa de forma breve y concisa las prestaciones que se generan por las distintas situaciones y vicisitudes que atraviesan los protagonistas de este relato relacionados con la vida de Lucía con indicación de la norma y disposición aplicables; clase de prestación, requisitos; fecha de efectos..., y todo como si a lo largo de todo el periodo en que se desarrolla la historia hubiera estado en vigor la normativa actual.

A partir de los datos proporcionados en el enunciado, se dispone a hacer una relación de las prestaciones otorgadas a cada protagonista de la historia en orden de aparición en el relato relacionado con la vida de Lucía.

En primer lugar, se tratarán las prestaciones concedidas a la protagonista, Lucía, quien a los 7 años contrajo la polio que deriva en una discapacidad del 35 %, lo que supone que la misma podría tener acceso a la **prestación de asignación económica por hijo a cargo menor de 18 años con discapacidad superior al 33 %**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* Reglamento de prestaciones familiares de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, artículos comprendidos del 9 al 18; texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), artículos 351 a), 352 y 356, redacción dada por el Real Decreto-Ley 30/2020.
- *Clase de prestación:* prestación económica familiar –asignación económica por hijo a cargo menor de 18 años con discapacidad superior al 33 %–, modalidad no contributiva.
- *Requisitos:* al ser una prestación económica que se concede a una persona que no es la causante de dicha prestación, es decir, a sus progenitores o a quien ostente la patria potestad, se deben diferenciar, por un lado, los requisitos de los sujetos causantes –en el presente caso, de Lucía– y, por otro, de los beneficiarios de la prestación –sus progenitores–.

De modo que los requisitos a cumplir para Lucía, causante, son:

- Ser hija menor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, en este caso, del 35 %.
- La necesidad de residencia legal en territorio nacional, mediante la inscripción en el padrón municipal. No obstante, según la instrucción 2.2.1 y 2.3, Circular 4/2006, del INSS, sería suficiente con la presentación del documento nacional de identidad en vigor.

- Convivir y depender económicamente del beneficiario –entendiéndose por dependencia económica: cuando el causante conviva con el beneficiario, salvo prueba en contrario–, por lo que se desprende se cumple dicha condición.

Mientras que los requisitos a cumplir por los progenitores son los siguientes:

- Residir legalmente en territorio español.
  - Tener a su cargo hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción afectados de un grado de discapacidad igual o superior al 33 % o mayores de edad si están afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 65 % y residentes en territorio español.
  - Los progenitores, adoptantes o quienes hubiesen adoptado al menor no han de tener derecho a prestaciones de naturaleza en cualquier otro régimen de protección social.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo a cargo surte efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud. Dicha prestación se mantiene hasta que la menor cumpla los 18 años de edad, ya que Lucía presenta una discapacidad inferior al 65 %, motivo de extinción de la misma.
  - *Fecha de efectos económicos de la prestación:* la cuantía anual de las asignaciones económicas por hijo a cargo se devenga en función de las mensualidades a las que dentro de que cada ejercicio económico tenga derecho el beneficiario. Así pues, la TGSS realiza el pago. El abono, con carácter general, se realiza de forma semestral y se efectúa por semestre vencido. A excepción de los supuestos de asignaciones referidas para mayores de 18 años afectados por una discapacidad igual o superior al 65 %, en los que el pago tiene una periodicidad mensual y se realiza por mensualidad vencida.
  - *Cuantía total:* 1.000 euros al año.

Por otra parte, al indicar el enunciado la escasez de recursos económicos de la familia –60 % del SMI, 950 € a fecha del examen<sup>1</sup>, se analiza si podrían acceder al subsidio del ingreso mínimo vital (IMV).

<sup>1</sup> SMI: 1.000 euros en la legislación vigente, SMI aprobado por el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* LGSS, artículos 42.1 c), 72.2 ñ), 109.3 b) 6.ª; el Reglamento por el que se establece el IMV, aprobado por el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, modificado posteriormente por el Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, por el que se aprueban medidas sociales en defensa del empleo y por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico<sup>2</sup>.
- *Clase de prestación:* el IMV es una prestación de modalidad no contributiva de la Seguridad Social cuya finalidad es otorgar una ayuda económica y lograr la inclusión social de personas o unidades familiares de muy escasos recursos económicos.
- *Requisitos:* a la hora de conceder el IMV, cabe diferenciar los beneficiarios y los titulares del derecho:
  - Así, pueden ser beneficiarios de esta prestación las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. Considerándose por unidad de convivencia la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por matrimonio o por pareja de hecho, o por vínculo hasta el 2.º grado de consanguinidad, afinidad y adopción –tal y como sucede en la descripción de los hechos–.
  - En cuanto a los titulares, serán aquellos que cumplan las siguientes condiciones:
    - Tener capacidad jurídica, solicitar la prestación y percibirla en nombre propio o de la unidad de convivencia, en este último caso, la persona titular asume la representación de la citada unidad.
    - Tener cumplidos 23 años de edad.
    - En el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudiesen ostentar la condición de titular de la prestación, se considerará a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia.

Por consiguiente, cualquiera de los dos progenitores o la hermana del padre de la protagonista podrían ser titulares de este IMV.

Ahora bien, una vez indicadas las personas que pueden ser beneficiarias, todas ellas deben cumplir los siguientes requisitos cuando presenten la solicitud, mantenerlos

---

<sup>2</sup> En la actualidad, Ley 19/2021, de 28 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

en el momento en el que se dicte la resolución y durante todo el tiempo de percepción de la prestación:

- Tener residencia legal y efectiva en España, y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante, al menos, el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.
- Encontrarse en vulnerabilidad económica por carecer de ingresos, rentas o patrimonio insuficientes.

Al presentar la familia, en su conjunto, unos ingresos económicos inferiores al 60 %, en cómputo mensual del SMI, se presume que cumple con la vulnerabilidad económica, entendiéndose por esta cuando:

- El promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables del conjunto de los miembros de la unidad de convivencia correspondientes al ejercicio anterior sea inferior, al menos, a 10 euros a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en esta modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia. No computándose como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por comunidades autónomas.
  - No ser titular de un patrimonio, valorado en un importe igual o superior a 37.218,72 euros al año para una unidad de convivencia formada por 3 adultos y 1 menor.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el derecho a la prestación nace a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de la presentación de solicitud y se mantiene mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y, por tanto, se cumplan con los requisitos y obligaciones.
  - *Cuantía total:* con carácter mensual, la prestación del IMV que corresponde a la unidad de convivencia viene determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada (para este caso, 3 adultos y 1 menor: 10.714,48 € anuales) y el conjunto de todas las rentas e ingresos de los miembros que componen dicha unidad de convivencia siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros al mes.

Por otra parte, como consecuencia del fallecimiento del padre de Lucía, a los 68 años de edad, quien tiene reconocida la pensión mínima de jubilación, se causan las siguientes prestaciones para sus familiares:

1. Prestaciones por muerte y supervivencia, donde se distingue, en primer lugar, el **auxilio por defunción** otorgado a la mujer del fallecido, madre de Lucía, quien se presume que ha soportado los gastos del sepelio, según el orden de prelación del reconocimiento.



- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículos 216.1 a) y 218 de la LGSS.
- *Clase de prestación:* prestación de modalidad contributiva con la finalidad de paliar los gastos de sepelio.
- *Requisitos:* estar en alta o situación asimilada al alta o ser la persona pensionista de jubilación de nivel contributivo –como es en el caso presente–. Mientras que el beneficiario será o es quien haya soportado los gastos del sepelio. Salvo prueba en contrario se presume que dichos gastos los ha soportado, por este orden, el cónyuge superviviente, la hija y los parientes del fallecido que conviviesen habitualmente con él.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el reconocimiento se realizará tras la recepción de la solicitud, siendo el plazo de prescripción de la misma de 5 años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante del subsidio.
- *Cuantía total:* una cifra a tanto alzado de 46,50 euros.

Por otra parte, la madre de Lucía podría percibir la **pensión de viudedad**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículos 219 y siguientes de la LGSS; el Reglamento de mejora de las pensiones de viudedad, aprobado por el Real Decreto 1795/2003; el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre; la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la Seguridad Social; y el artículo 7 de la Orden de 31 de julio de 1972 por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del régimen general de la Seguridad Social.
- *Clase de prestación:* pensión de modalidad contributiva con carácter vitalicio e imprescriptible.
- *Requisitos:* al ser el padre de Lucía pensionista de jubilación a nivel contributivo, cumple con uno de los requisitos para poder generar pensión de viudedad.

Por su parte, la madre de Lucía, al ser cónyuge supérstite y cumplir con el requisito imprescindible de existencia previa de vínculo matrimonial, será beneficiaria de la pensión de viudedad generada como consecuencia del fallecimiento.

- *Fecha de efectos de la prestación:* los efectos económicos de la prestación de viudedad serán a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que la solicitud sea presentada dentro de los 3 meses siguientes. En otro caso, se devenga con una retroactividad máxima de 3 meses a la fecha de la solicitud.

- **Cuantía total:** al tratarse de una pensión económica del sistema de la Seguridad Social se calcula en torno a una base reguladora a la que se le aplica un porcentaje.

Así pues, al tratarse del fallecimiento de un pensionista de jubilación, la base reguladora será la misma que sirvió para calcular su pensión. En este caso, la cuantía de la pensión se incrementa mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven.

A esta base reguladora habría que aplicarle el porcentaje del 70 %, al cumplirse los siguientes requisitos:

- La pensión de viudedad constituye la única o principal fuente de ingresos. Se entiende cumplido este requisito cuando el importe anual de la pensión calculada con el porcentaje del 52 %, incluidos los complementos a mínimos que correspondan, sea igual o superior al 50 % del total de ingresos en cómputo anual.
- Los rendimientos anuales del pensionista «por todos los conceptos, incluida la pensión» no superen el límite de 18.877,60 euros al año, esto es, la cuantía resultante de sumar al límite que, en cada ejercicio económico, esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual que, en cada ejercicio económico, corresponda a la pensión mínima de viudedad con cargas familiares.
- El pensionista de viudedad tenga cargas familiares. Considerándose como carga familiar:
  - La convivencia con hijos menores de 26 años o mayores con discapacidad igual o superior al 33 %.
  - Los rendimientos de la unidad familiar incluido el pensionista divididos entre el número de miembros que la componen no superen, en cómputo anual, el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

Asimismo, al ser beneficiaria de una pensión de viudedad y tener a Lucía, hija de la misma con el fallecido, tiene derecho al **complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género** de 27 euros al mes, de conformidad con el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

En la misma línea, al ser el fallecido padre de Lucía, esta tendría acceso a la **pensión de orfandad** al cumplirse los siguientes criterios:

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 224 de la LGSS; artículo 37 del Decreto 3158/1966; Orden de 13 de febrero de 1967.
- *Clase de prestación:* pensión de modalidad contributiva.
- *Requisitos:* al ser el padre de Lucía pensionista de jubilación a nivel contributivo y ser esta menor de 21 años, cumple con los requisitos para su acceso.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el reconocimiento será a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que la solicitud sea presentada dentro de los 3 meses siguientes. En otro caso, se devengará con una retroactividad máxima de 3 meses a la fecha de la solicitud.

La pensión se mantendrá, al estar Lucía estudiando y no efectuar un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al SMI, hasta que ella cumpla 25 años de edad. Si el cumplimiento de los 25 años se produce durante el transcurso del curso escolar, la pensión se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.

- *Cuantía total:* del mismo modo que para la pensión de viudedad, se aplicará a la base reguladora, anteriormente explicada para el cálculo de la pensión de viudedad, el porcentaje del 20 %.

Al percibir el fallecido el importe mínimo reconocido para una pensión de jubilación contributiva, se aprecia que la pensión de orfandad requerirá de un complemento a mínimos que eleve la pensión de orfandad a la cuantía mínima reconocida para ese año (210,80 € al mes).

Por su parte, la hermana del padre fallecido, Paulina, causaría derecho a la **pensión en favor de familiares**, ya que como se indica en el enunciado convive con el matrimonio y está a cargo de aquel desde siempre.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 226.2 de la LGSS; artículo 40 del Decreto 3158/1966; artículo 22 de la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967.
- *Clase de prestación:* pensión contributiva de muerte y supervivencia para hijos o hermanos de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente.
- *Requisitos:* Paulina ha de reunir las siguientes condiciones especiales:
  - Haber convivido con el causante y a su cargo.
  - Ser soltera, viuda, separada judicialmente o divorciada –al indicarse que vive al cargo del matrimonio, se deduce que dicha condición queda cumplida–.
  - Ser mayor de 45 años –que acredita, al señalarse que es mayor que su hermano, pensionista de jubilación–.

- Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- Carecer de medios propios de vida.

Además de tales condiciones especiales, Paulina también ha de cumplir los requisitos comunes a todos los beneficiarios de pensiones en favor de familiares:

- Convivencia con el causante y a sus expensas con 2 años como mínimo de antelación a su fallecimiento.
  - No tener derecho a otra pensión pública.
  - Carencia de medios de subsistencia (ingresos en cómputo anual inferiores o iguales al importe del SMI, también en cómputo anual).
  - Que no queden familiares con obligaciones o posibilidad de prestar alimentos según la legislación civil. Aquí, Paulina no contaría con el apoyo de otros familiares para que le prestasen alimentos según lo previsto en los artículos 142 y 143 del Código Civil.
- *Fecha de efectos de la prestación:* los efectos económicos de la pensión en favor de familiares serán a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que la solicitud sea presentada dentro de los 3 meses siguientes. En otro caso, se devenga con una retroactividad máxima de 3 meses a la fecha de la solicitud.
  - *Cuantía total:* para dicha pensión, habría que aplicar el 20 % de la base reguladora resultante de la pensión de viudedad, anteriormente mencionada.

En concreto, para dicha situación, al haber una pensión de viudedad concedida al 70 % de la base reguladora, tras cumplir con los requisitos mencionados, junto a una pensión de orfandad, del 20 % de la base reguladora; el límite máximo, excepcionalmente, asciende al 118 y no al 100 %. Por ende, Paulina tendría derecho al importe de la pensión señalada.

2. Lucía también goza de la protección concedida a través del **seguro escolar**, el cual otorga los siguientes beneficios:

### 2.1. Infortunio familiar.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* Orden de 17 de julio de 1953 de la Jefatura del Estado, sobre el establecimiento del seguro escolar en España; Orden de 11 de agosto de 1953 por la que se aprueban los estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar; Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto, por el que se fija la cuantía del seguro escolar.

- *Clase de prestación:* prestación contributiva obligatoria del seguro escolar.
- *Requisitos:* para ser una persona protegida, como es el caso de Lucía, se debe reunir:
  - Ser estudiante, española, menor de 28 años, que esté cursando estudios específicos, entre los que se encuentra el Bachillerato.
  - Haber abonado la cuota del seguro escolar –hecho que se realiza junto con la matrícula escolar–.
  - Al tratarse de una prestación derivada de infortunio familiar no es necesario acreditar que haya transcurrido un periodo mínimo de 1 año desde que el estudiante se matriculó por primera vez en cualquier centro de enseñanza de los comprendidos en dicho seguro.

Así, esta protección se concede por el fallecimiento del padre de Lucía, considerado el cabeza de familia, quien aporta ingresos a la economía familiar.

- *Fecha de efectos de la prestación:* las prestaciones por infortunio familiar tienen un plazo de solicitud de 5 años desde el hecho causante con una retroactividad máxima de 3 meses. Esta solicitud puede presentarse en cualquier Centro de Atención e Información de la Seguridad Social y al tratarse de una prestación económica será resuelta por la Dirección Provincial del INSS donde se haya presentado. Respecto a los efectos económicos, se devengará desde el día 1 del mes siguiente a aquel en el que se produzca el hecho causante.
- *Cuantía total:* 86,55 euros anuales, que es el importe reconocido a una persona de una familia no numerosa. Se abonará durante el número de años que le falten a Lucía para acabar, normalmente y sin repetir curso, su carrera. Una vez reconocida la prestación, se comprobará anualmente la persistencia de la situación económica y que ha habido el adecuado aprovechamiento académico.

2.2. Asimismo, Lucía podría solicitar el **préstamo al honor de ayuda al graduado y al estudiante**, una vez finalizados los estudios con 24 años, que consiste en préstamos al honor en los 3 años siguientes a la finalización de su carrera, que debe amortizar en los 6 años siguientes. Todo ello de acuerdo con la Orden de 11 de agosto de 1953.

Tal y como indica el relato de los hechos, Lucía y Manuel, ambos socios fundadores de un despacho de abogados, tienen la posibilidad de elegir al inicio de su actividad su encuadramiento, de conformidad con la disposición adicional decimoctava de la LGSS, en la

redacción dada por la Ley 11/2020 y en la disposición adicional quinta de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2007, de 11 de julio (LETA).

De modo que pueden escoger entre quedar comprendidos en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) o en una mutualidad alternativa de previsión social para abogados (Mutualidad General de la Abogacía).

No obstante, en este caso, se presume que ambos quedan encuadrados en el RETA de acuerdo con el artículo 305.2 b) de la LGSS.

Posteriormente, el 18 de enero de 1995, ambos son padres de Diego e Iván –gemelos–, por lo que dicha circunstancia dará lugar a las siguientes prestaciones:

#### 1. Nacimiento y cuidado del menor para Lucía y Manuel.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 26.2 de la LETA; artículos 177 a 182 y 318 de la LGSS; artículos 2, 3, 22, 23 y 26 del Real Decreto 295/2009; Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
- *Clase de prestación:* prestación económica de modalidad contributiva del sistema de Seguridad Social, que comprende: el parto y el cuidado de los menores de 12 meses con respecto a la madre biológica y el progenitor distinto a la madre biológica.
- *Requisitos:* los trabajadores por cuenta propia tienen derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor con la misma extensión, términos y condiciones que las previstas para los trabajadores encuadrados en el régimen general de Seguridad Social, es decir, deberán:
  - Estar en alta en el RETA.
  - Tener un periodo mínimo de carencia reconocido en función de la edad de los beneficiarios. Lucía, en el momento del nacimiento de los menores, tiene una edad superior a 26 años y suponiendo que su pareja de hecho, Manuel, tiene la misma edad, ambos deben acreditar: 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al inicio del descanso o 360 días a lo largo de toda la vida laboral.

Además, al estar comprendidos los progenitores en el RETA, es imprescindible para el abono y reconocimiento de la prestación que ambos se hallen al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social. En caso contrario, sería de aplicación el mecanismo de invitación al pago, desarrollado en el

artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, por el cual se puede abonar la deuda pendiente en el plazo improrrogable de 30 días naturales.

No obstante, si se abonase con posterioridad, sería de aplicación una reducción del 20 % al importe de la prestación.

- *Fecha de efectos de la prestación:* desde el momento del inicio del descanso, siempre que haya mediado la solicitud correspondiente por parte de los interesados. A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos, el director provincial del INSS dictará resolución expresa y la notificará en el plazo de 30 días contados desde la recepción de la solicitud.

En cuanto a la *duración* de la prestación, la misma comprende: 16 semanas, con carácter general, para cada progenitor de forma individual e intransferible. Las primeras 6 semanas deben disfrutarse de forma obligatoria, a jornada completa e ininterrumpida, inmediatamente después del nacimiento. Mientras que las 10 semanas restantes podrán distribuirse a voluntad de los progenitores en periodos semanales, a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que los menores cumplan 12 meses de edad.

A lo anterior cabría sumar 1 semana más para Lucía y Manuel, al tratarse de un parto de gemelos. Por lo tanto, el periodo de descanso será equivalente a 17 semanas para cada uno de ellos.

- *Cuantía total:* consiste en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora cuya cuantía diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas al RETA, durante los 6 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, entre 180 días.

Del mismo modo, al ser parto múltiple, se concede un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo igual a la cuantía que corresponda percibir por el primero durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Es beneficiario quien lo sea de la prestación económica por nacimiento y cuidado del menor. Eso sí, aunque ambos progenitores pueden ser beneficiarios, el subsidio solo podrá percibirlo uno de ellos que, en caso de parto, lo determinará la madre biológica.

## 2. Derivado del parto de Diego e Iván, Lucía o Manuel tienen derecho a la **prestación por parto múltiple**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículos 351 c), 359 y 360 de la LGSS; artículos 23, 24, 25 y 26 del Real Decreto 1335/2005, por el que se regulan las prestaciones familiares en la Seguridad Social.



- *Clase de prestación*: prestación familiar no contributiva del sistema de Seguridad Social.
- *Requisitos*:
  - Residir legalmente en territorio español.
  - No tener derecho ni Lucía ni Manuel a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier régimen público de la Seguridad Social.
  - Que haya parto múltiple igual o superior a 2 hijos.
- *Fecha de efectos de la prestación*: la presentación de la solicitud deberá realizarse ante el INSS. El mismo tendrá el plazo de 45 días para la resolución del expediente. Considerándose desestimada por silencio negativo la ausencia de resolución expresa en este plazo.
- *Cuantía total*: consiste en un pago único cuya cuantía es para 2 hijos nacidos: 4 veces el SMI (cuantía para el año 2021: 3.800 €). En el supuesto de que en ambos progenitores concurren los requisitos para tener la condición de beneficiario, el derecho solo puede ser reconocido a uno de ellos.

En otro orden de cosas, Manuel sufre un accidente de tráfico en 2011 y, como consecuencia del mismo, fallece. De ello se desprenden las siguientes prestaciones de muerte y supervivencia:

1. El **auxilio por defunción** otorgado a la mujer del fallecido, Lucía, quien se presume que ha soportado los gastos del sepelio, según el orden de prelación del reconocimiento. Salvo prueba en contrario, será: en primer lugar, el cónyuge o pareja de hecho superviviente, en segundo lugar, los hijos y, en tercer lugar, los parientes del fallecido que conviviesen habitualmente con él.
  - *Indicación de la norma y disposición aplicables*: artículos 216.1 a) y 218 de la LGSS.
  - *Clase de prestación*: prestación de modalidad contributiva con la finalidad de paliar los gastos de sepelio.
  - *Requisitos*: estar en alta el sujeto causante –como está Manuel en el RETA–.
  - *Fecha de efectos de la prestación*: el reconocimiento se realizará tras la recepción de la solicitud, siendo el plazo de prescripción de la misma de 5 años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante del subsidio.
  - *Cuantía total*: una cifra a tanto alzado de 46,50 euros.

## 2. Por otra parte, Lucía sería causante de la **pensión de viudedad**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables*: artículos 219 y siguientes de la LGSS y el Reglamento de mejora de las pensiones de viudedad aprobado por el Real Decreto 1795/2003; el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre; la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la Seguridad Social; y el artículo 7 de la Orden de 31 de julio de 1972, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del régimen general de la Seguridad Social.
- *Clase de prestación*: pensión de modalidad contributiva con carácter vitalicio e imprescriptible.
- *Requisitos*: al estar Manuel en alta en la Seguridad Social y tratarse de un accidente no laboral, no se le exige periodo mínimo de carencia para causar derecho a la pensión de viudedad.

Por su parte, Lucía, al ser pareja de hecho con el fallecido, debe cumplir una serie de requisitos diferentes al matrimonio. Estos son:

- Estar inscrito en el registro de pareja de hecho 2 años antes del hecho causante –requisito que cumplen desde 1995–.
- Acreditar mediante el correspondiente certificado de empadronamiento una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida inferior de 5 años.
- Dependencia económica con el fallecido –que se considera cumplida cuando los ingresos del superviviente no superen los siguientes límites:
  - Que los ingresos del superviviente en el año anterior al fallecimiento hayan sido inferiores al 50 % de la suma de los propios y del causante habidos durante ese mismo periodo de tiempo.
  - No obstante, si superando el porcentaje correspondiente, en el momento del hecho causante, los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a: 1,5 veces el importe del SMI vigente al momento del fallecimiento. Este límite se incrementará en

0,5 veces dicha cuantía por cada hijo tenido en común con derecho de pensión de orfandad. Por lo tanto, debería tener unos ingresos inferiores a 2,5 veces el SMI<sup>3</sup>.

Por consiguiente, presumiendo cumplidas estas condiciones, Lucía tiene derecho a la pensión de viudedad, siempre que no contraiga nuevas nupcias ni constituya pareja de hecho.

- *Fecha de efectos de la prestación:* los efectos económicos de la prestación de viudedad serán a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que la solicitud sea presentada dentro de los 3 meses siguientes. En otro caso, se devenga con una retroactividad máxima de 3 meses a la fecha de la solicitud.
- *Cuantía total:* al tratarse de una pensión económica del sistema de la Seguridad Social se calcula en torno a una base reguladora a la que se le aplica un porcentaje.

A la vista de los datos proporcionados, la base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 28 las sumas de las bases de cotización de Manuel durante un periodo ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. A esta base reguladora habría que aplicarle el porcentaje del 52 %.

Asimismo, al ser beneficiaria de una pensión de viudedad y tener 2 hijos, se le añade a la pensión reconocida el **complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género** de 27 euros al mes por cada hijo, es decir, 54 euros al mes, de conformidad con el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

3. A su vez, Diego e Iván tendrán acceso a la **pensión de orfandad** al acreditar:

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 224 de la LGSS; artículo 37 del Decreto 3158/1966; Orden de 13 de febrero de 1967.
- *Clase de prestación:* pensión de modalidad contributiva.
- *Requisitos:* al encontrarse el fallecido en alta en el RETA y ser los hijos menores de 21 años, ambos reúnen las condiciones.

<sup>3</sup> A día de hoy los requisitos referentes a la dependencia económica con el fallecido han sido suprimidos por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, que ha modificado el artículo 221 de la LGSS.

- *Fecha de efectos de la prestación:* el reconocimiento será a partir del día siguiente al del hecho causante siempre que la solicitud sea presentada dentro de los 3 meses siguientes. En otro caso, se devengará con una retroactividad máxima de 3 meses a la fecha de la solicitud.

La pensión se mantendrá hasta que cumplan 25 años de edad, siempre que sean estudiantes, y no efectúen trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, que dé lugar a unos ingresos superiores al SMI, en cómputo anual. En donde la pensión se mantendría hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.

- *Cuantía total:* del mismo modo que para la pensión de viudedad, se aplicará a la base reguladora, anteriormente explicada, para el cálculo de la pensión de viudedad, el porcentaje del 20 % para cada uno de ellos.

Continuando con lo acontecido en el supuesto, durante el año 2003, aumenta la discapacidad de Lucía del 30 al 45 %. Sin embargo, al no indicarse en el supuesto que esto altere o tenga incidencia en su capacidad laboral, no se puede determinar si tiene derecho alguno a las prestaciones que quedan contempladas en el sistema de Seguridad Social para dicha contingencia.

Más adelante, se indica que en la empresa Editora Marítimo-Terrestre, SL, en la que trabaja Lucía –quien, en ese momento, se encuentra en régimen de pluriactividad–, tiene lugar un despido colectivo, lo que genera los siguientes escenarios:

#### 1. Trabajadores afectados por el despido que causan derecho a la **prestación por desempleo**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículos 262 a 304, título III, de la LGSS; Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.
- *Clase de prestación:* prestación económica de modalidad contributiva.
- *Requisitos:* para tener derecho a la prestación por desempleo se deben reunir:
  - Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.
  - Tener cubierto el periodo mínimo de cotización de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.
  - Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación

adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 de la LGSS.

- No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el periodo de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.
  - Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el derecho a la prestación nace desde el momento en que se produce el hecho causante de la misma. No obstante, se requiere la solicitud por parte del interesado. Si dicha solicitud se efectúa dentro del plazo de los 15 días hábiles siguientes a la situación legal de desempleo, el reconocimiento del derecho opera a contar desde el día de producción de esta situación. Si no, el interesado pierde los días de prestación que medien desde la fecha en que se produjo la situación legal y la de la solicitud.

En lo que respecta a la *duración* de la prestación, oscila en función del tiempo cotizado dentro de los 6 años inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con una duración mínima de 120 días si se tiene el periodo mínimo de 360 días; y un máximo de 720 si se tienen más de 2.160 días cotizados.

- *Cuantía total:* consiste en una base reguladora calculada en el promedio de las bases por las que se haya cotizado por la contingencia de desempleo durante los últimos 180 días dentro del periodo de 6 años sin incluir el concepto de horas extraordinarias. A cuyo resultado se aplica el porcentaje del 70 % durante los primeros 180 días de percepción y del 50 % a partir del día 181. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de los topes máximos y mínimos en función de la situación de cada beneficiario.
2. Lucía, con base en los artículos 33 de la LETA y 282.4 de la LGSS, no puede acceder a la prestación de desempleo, ya que su percibo es incompatible con la realización del trabajo por cuenta propia.
  3. Herminio es declarado en situación de incapacidad permanente –en este caso, partimos de la presunción de que la incapacidad es declarada *a posteriori* del despido–. Por lo que, en primer lugar, tendría acceso a la prestación por desempleo y, una vez se le reconozca la condición de pensionista de incapacidad, podrá optar entre seguir percibiendo la prestación hasta su agotamiento o la pensión que le corresponda, de conformidad con el artículo 16 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

4. Ángel, quien solicita la totalización del percibo de la prestación por desempleo para iniciar una actividad por cuenta propia, debe cumplir con:
- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 296.3 de la LGSS; artículo 34 de la LETA y Real Decreto 1044/1985.
  - *Clase de prestación:* prestación económica de modalidad contributiva.
  - *Requisitos:* el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) puede abonar el valor actual, total o parcial, del importe de la prestación de nivel contributivo a Ángel, al constituirse como trabajador autónomo, y así encontrarse en una de las situaciones recogidas reglamentariamente.
  - *Fecha de efectos de la prestación:* el SEPE ha de dictar resolución en el plazo de 15 días desde el reconocimiento de la prestación por desempleo. Concedido el pago único y percibido su importe, se produce la extinción de la prestación por desempleo.
  - *Cuantía total:* se abona como pago único la cuantía de la prestación por desempleo, calculada en días completos, de la que se deduce el importe relativo al interés legal del dinero.

Por otra parte, ante el estallido de la pandemia de la COVID-19, Lucía se ve obligada a cerrar su despacho de abogados. Como consecuencia del cierre, podrá solicitar la prestación extraordinaria por cese de actividad derivada del coronavirus por suspensión total de la actividad o la pensión de jubilación anticipada excepcional de personas con discapacidad.

En relación con el cese de actividad extraordinario, incluido en el paquete de medidas económicas sanitarias y sociales:

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 5 del Real Decreto-Ley 2/2021, redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, en su disposición transitoria segunda.
- *Clase de prestación:* prestación extraordinaria de modalidad contributiva.
- *Requisitos:*
  - Estar afiliado y en alta en el RETA.
  - Hallarse al corriente del pago en las cuotas de la Seguridad Social. En caso contrario, sería de aplicación el mecanismo de invitación al pago, desarrollado en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, para que abone la deuda pendiente en el plazo improrrogable de 30 días naturales.

- *Fecha de efectos de la prestación:* el derecho a la prestación nace desde el día siguiente a la adopción de la medida de cierre de actividad adoptada por la autoridad competente. El reconocimiento de la prestación debe solicitarse dentro de los primeros 21 días naturales siguientes a la entrada en vigor del acuerdo o resolución del cierre de la actividad. Si se presenta fuera del plazo indicado, el derecho a la prestación se inicia el día de la solicitud.
- *Cuantía total:* será del 50 % de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desarrollada. Asimismo, al ser un cese extraordinario, interesa destacar que los días consumidos no se restan de los días de cese ordinario a los que podría causar derecho.

Ahora bien, al tener Lucía –a fecha de junio de 2020– 57 años de edad y el 49 % de grado de discapacidad, por el síndrome pospolio, podría causar derecho a la **jubilación anticipada excepcional de personas con discapacidad**.

- *Indicación de la norma y disposición aplicables:* artículo 206 de la LGSS; disposición adicional decimoctava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley general de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 %.
- *Clase de prestación:* pensión de modalidad contributiva.
- *Requisitos:* para poder acceder a esta pensión se deben cumplir:
  - Tener una edad igual o superior a 56 años y acreditar una discapacidad del 45 % que determine de forma generalizada y apreciable una reducción de su esperanza de vida.
  - Ser trabajadora de cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social, como es el caso de Lucía, al estar de alta en el RETA.
  - Acreditar a lo largo de su vida laboral un tiempo de trabajo efectivo equivalente a 15 años.
  - Estar afectado por una discapacidad, entre las que se encuentran las secuelas de polio o síndrome pospolio, listada en el artículo 2 f) del Real Decreto 1851/2009.
- *Fecha de efectos de la prestación:* el derecho a la pensión de jubilación contributiva es imprescriptible, por lo que se puede presentar la solicitud para su reconocimiento en cualquier momento.

No obstante, los efectos económicos de su reconocimiento están vinculados al hecho causante. Si se solicita dentro de los 3 meses siguientes al hecho causante,



los efectos económicos se producen desde el día siguiente al cierre del despacho. Por el contrario, si Lucía lo solicita transcurridos más de 3 meses desde la fecha del hecho causante, los efectos económicos tendrán una retroactividad máxima de 3 meses a contar desde la solicitud.

- *Cuantía total*: el importe se calcula aplicando a una base reguladora un porcentaje en función de los años cotizados. Con la particularidad de que, para este tipo de jubilación anticipada, los años restantes que le falten a la persona para cumplir la edad ordinaria de jubilación (según la disposición transitoria séptima LGSS, 65 años si cumple con 37 años de cotización, y 65 años y 10 meses si tuviera menos años cotizados) se computan como cotizados. Así pues, para 2021, la base reguladora se calcula tras dividir los últimos 276 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre 322 meses, de acuerdo con la disposición transitoria octava de la LGSS. Las bases de cotización del periodo de referencia que corresponde a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante se computan en su valor nominal, y las restantes bases de cotización se actualizan de acuerdo con la evolución del índice de precios de consumo<sup>4</sup>.

Ahora bien, si existiesen lagunas de cotización, estas no se completan como en el régimen general –donde las 48 mensualidades inmediatamente anteriores se computan en equivalencia al 100 % de la base mínima; mientras que las restantes se integran aplicando el 50 % a esa base mínima–; sino que tales meses quedan al descubierto y, sin embargo, sí que se computan como divisor.

Calculada la base reguladora, el porcentaje a aplicar estará en función de los años cotizados de Lucía. Por los primeros 15 años se otorgará un porcentaje del 50 %, y por cada mes adicional de cotización se incrementará entre los meses 1 y 106 el 0,21 % y por los 146 meses siguientes el 0,19 %. Todo ello de conformidad con el artículo 210 y la disposición transitoria novena de la LGSS.

Cabe destacar que al ya tener esta reconocido el complemento para la reducción de la brecha de género en la pensión de viudedad, indicada anteriormente, no se le reconocerá otro en la pensión de jubilación.

Finalmente, Lucía fallece en marzo de 2021, lo que dará derecho al auxilio por defunción a quien haya soportado los gastos del sepelio, en los mismos parámetros previamente señalados.

A tal efecto, los hijos supervivientes no causarían derecho a la pensión de orfandad puesto que, a la fecha del fallecimiento, los mismos poseen una edad de 26 años, superior, en todo caso, a la edad fijada en el artículo 224 de la LGSS.

<sup>4</sup> Para 2022 se exigen 65 años de edad y 37 años y 6 meses o más cotizados o, en su caso, 66 años y 2 meses de edad y menos de 37 años y 6 meses cotizados para acceder a la pensión de jubilación; en donde la base reguladora se calcula dividiendo los últimos 288 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre 336 meses

**2.** Respecto a las modalidades de convenio especial aludidas en el caso, analice su tipología, responsables del pago; duración de los convenios; posibilidad de actualización de bases de cotización; procedencia o no de que Patricia, Ángel, Lucía y Herminio queden excluidos de la suscripción de los convenios especiales, y actuaciones procedentes. Indíquese también si puede concederse en este caso fraccionamiento de las cuotas a cargo de la empresa.

En relación con los datos proporcionados para cada sujeto, a continuación, se indicará la modalidad del convenio especial, la tipología, los responsables del pago, la duración del mismo, así como la actualización de las bases de cotización y las actuaciones procedentes.

De modo que diferenciaremos dos tipos de convenios especiales, según la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social:

- El convenio especial de carácter ordinario, en este caso, aplicable a los trabajadores de 53 y 54 años afectados por el despido colectivo.
- El convenio especial en su modalidad singular para despidos colectivos que incluyan a trabajadores con 55 o más años, de empresas no sujetas a procedimientos concursales.

En primer lugar, el convenio de los trabajadores de 53 y 54 años, que alcanzan el compromiso privado con la empresa, para que la misma se haga cargo de las cuotas de sus convenios especiales, ya que según el artículo 2 a) de la citada orden pueden suscribir tal convenio: quienes sean trabajadores o asimilados que causen baja en el régimen de la Seguridad Social, donde estuviesen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de realizar la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro régimen del sistema de la Seguridad Social.

A su vez, para suscribir este convenio especial se necesita cumplir con los siguientes requisitos:

- Solicitar la suscripción ante la Dirección Provincial de la TGSS o Administración de la Seguridad Social correspondiente al domicilio del solicitante en el plazo de 1 año (contado a partir del día siguiente a la fecha de efectos de la baja en el régimen de Seguridad Social donde estuviese encuadrado).
- Tener cubierto, en el momento de la solicitud, un periodo de 1.080 días de cotización al sistema de la Seguridad Social en los 12 años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen de la Seguridad Social de que se trate.

Respecto de la tramitación, para solicitar la suscripción del convenio especial se deberá solicitar por el modelo oficial, establecido al efecto ante la Dirección Provincial de la TGSS o Administración de la misma, correspondiente al domicilio del solicitante.

En relación con la formalización, la TGSS deberá resolver dicha solicitud en el plazo de 3 meses por la notificación correspondiente. La falta de resolución expresa tiene como efecto la estimación de la solicitud por silencio administrativo, de acuerdo con el artículo 4 de esta orden y el artículo 129 de la LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

Así, el convenio se formaliza mediante la firma del contrato dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de notificar su procedencia. Se entiende caducado cuando transcurra dicho plazo sin que se produzca su firma por causa imputable al interesado.

Por su parte, los efectos principales que tiene la suscripción del convenio son:

- Considerar a estos trabajadores en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen de la Seguridad Social. Esto conlleva la cobertura dispensada de las prestaciones por incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, y asistencia sanitaria derivadas de contingencias comunes.
- La obligación de cotizar, desde la fecha de efectos de la suscripción del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo. Con carácter general, corresponde la obligación de abonar el importe de la cuota al suscriptor del convenio.

No obstante, podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial o las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente dicha obligación. Para ello, deberán contar con la autorización expresa de los trabajadores, empresarios o asimilados. En tales casos y a los solos efectos de facilitar la liquidación y cumplimiento de la obligación de cotizar en virtud del convenio especial, la Dirección Provincial de la TGSS o Administración de la misma correspondiente dará traslado de una copia de dicho convenio especial a la persona física o jurídica que sustituya al empresario o al trabajador o asimilado en el cumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas respectivas, según la redacción dada en el artículo 8 de la presente orden. Aplicable al caso presente al acordar el empresario con los trabajadores el pago de las cuotas del convenio especial.

De ahí que, como consecuencia de la suscripción del convenio, haya que abonar una cuota, resultante de aplicar a la base de cotización elegida según el artículo 6 de la orden el tipo único de cotización vigente en el régimen general de la Seguridad Social, que para 2021 se mantiene en el 28,3 %. El resultado obtenido se multiplica por el coeficiente reductor, establecido anualmente por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, aplicable en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial.

Por consiguiente, las bases mensuales de cotización pueden ser elegidas por el interesado de entre las siguientes:

- a) La base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado o en el régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante 24 meses, consecutivos o no, en los últimos 5 años.
- b) La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los 12 meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima a que se refiere el apartado c) siguiente.

De tener acreditado un periodo de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados.

- c) La base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el RETA.
- d) Una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a lo dispuesto en los apartados a), b) y c) anteriores.

En atención a la posibilidad de actualización de las bases de cotización se determinará cada vez que, durante el periodo de vigencia del convenio especial, la base mínima de cotización en el RETA sea modificada. Así, se incrementará en el mismo porcentaje que se haya aumentado aquella base mínima o, en su caso, en el porcentaje superior que tenga derecho a elegir el representado, hasta que la cuantía de la base sea como máximo la base máxima de su grupo de cotización.

Por otro lado, quienes hayan optado por cualquier base superior a la base mínima en el RETA pueden solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada a la de alta por la suscripción del convenio especial, se incremente automáticamente su base de cotización en el mismo porcentaje en que se aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del régimen en el que hubiese suscrito el citado convenio.

Estas opciones de modificación o incremento de las bases de cotización deben solicitarse expresamente antes del 1 de octubre de cada año. La nueva base surte efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la solicitud.

Respecto a la duración del convenio, la obligación de cotizar y la protección dispensada se mantendrán hasta la suspensión o extinción del mismo, de acuerdo con el artículo 10 de la orden ministerial.

- Se suspende durante los periodos de actividad, continua o discontinua, del trabajador cuando los mismos determinen su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a este sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial.
- Se extingue por:
  - Realización de una actividad cuya base de cotización sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial.
  - Adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o incapacidad permanente.
  - Por falta de abono de las cuotas correspondientes a 3 mensualidades consecutivas o 5 alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor.
  - Por fallecimiento o decisión del interesado.

En paralelo, los trabajadores mayores de 55 años suscriben la modalidad singular de convenio especial para despidos colectivos que incluyan a trabajadores con 55 o más años, conforme a las normas generales, citadas anteriormente, teniendo en cuenta las siguientes especialidades recogidas en el artículo 20 de la orden ministerial:

- El empresario debe solicitar la suscripción del convenio especial durante la tramitación del despido colectivo, pero se especifica que, en todo caso, también hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado.
- Las cotizaciones abarcan desde la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributiva y la fecha en la que el trabajador cumple la edad ordinaria de jubilación en los términos siguientes:
  - Las cotizaciones por el referido periodo se determinan aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos 6 meses de ocupación cotizada el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deduce la cotización «a cargo del SEPE» correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio por desempleo cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación.
  - Las cotizaciones correspondientes al convenio van a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se reduce hasta los 61 años.

- A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, las aportaciones al convenio especial son obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación o hasta la fecha en que acceda a la pensión de jubilación anticipada.

A continuación, se desarrolla la procedencia, o no, de si los siguientes sujetos quedan excluidos de la suscripción de los convenios especiales y las actuaciones procedentes:

- Patricia, representante sindical que impugna el despido, estará conforme a lo dispuesto en el artículo 56, apartado 4.º, del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por el Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre: «4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada». Por consiguiente, al optar por la readmisión, no procede la suscripción del convenio especial.
- Ángel, menor de 55 años de edad, quien solicita la totalización de la prestación por desempleo para la realización de una nueva actividad por cuenta propia, no cumple con la condición de trabajador que puede suscribir un convenio especial, al no quedar comprendido en alguno de los supuestos del artículo 2 de la orden ministerial.
- Para Lucía, quien es mayor de 55 años y queda encuadrada en pluriactividad, las cuotas coincidentes del convenio con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplican al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador.

En el supuesto de que la empresa no cumpla con la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos anteriormente, de acuerdo con el artículo 59.1 del ET, para los supuestos de despido colectivo será considerado como infracción muy grave en materia de Seguridad Social siguiendo lo establecido en el artículo 23.1 i) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

Por otro lado, si el empresario no procede a la solicitud del convenio especial, Lucía podrá solicitar el convenio especial dentro de los 6 meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido.

En este supuesto, el convenio especial será suscrito por Lucía y la TGSS. Recibida la solicitud, la TGSS concederá trámite de audiencia al empresario para que, en el plazo de 10 días, realice las alegaciones que estime pertinentes.

Una vez finalizado dicho trámite de audiencia, se procederá a la firma del convenio, del que se dará traslado al empresario junto con la notificación del importe total de las cuotas que debe ingresar a su exclusivo cargo.

- Herminio, quien se encuentra declarado en situación de incapacidad permanente. Ante la falta de datos, presumiendo que esta ha sido declarada con anterioridad a la suscripción del convenio especial, cabe mencionar dos escenarios: si esta fuese parcial o de grado superior.

Con la primera, Herminio podría suscribir el convenio especial al ser una situación compatible. Por el contrario, si tuviese una incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, no podría suscribir dicho convenio.

En respuesta al fraccionamiento de las cuotas a cargo de la empresa, para el caso del convenio especial para mayores de 55 años, existe la posibilidad de ingresar las cotizaciones en la TGSS de manera fraccionada garantizando el importe mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS, en los términos que dicte el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de acuerdo con el artículo 20.3 de la orden ministerial.

### 3. En relación con las actuaciones de la ITSS, señale:

a) Participación de la ITSS en el procedimiento de responsabilidad en el recargo de prestaciones. Vías de impugnación de la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que ha establecido la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente laboral de Emilia. Procedimiento recaudatorio.

Dado el relato de hechos enunciado, respecto a la participación de la ITSS en el procedimiento de responsabilidad en el recargo de las prestaciones, cabe indicar en primer lugar que es competencia de la Dirección Provincial del INSS correspondiente declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo, así como determinar el porcentaje en que hayan de incrementarse las prestaciones económicas, de acuerdo con el artículo 1.1 e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y con el artículo 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.



Así pues, este proceso administrativo debe estar instado por el informe propuesta de la ITSS, la cual está legitimada para iniciar este proceso administrativo y proponer el porcentaje de incremento que estime procedente aplicar, tal y como indica el artículo 164 de la LGSS.

Este informe propuesta recoge los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar.

En cuanto a las vías de impugnación de la resolución emitida por la Dirección Provincial del INSS será a través de la figura de la reclamación previa ante el superior jerárquico que dictó la resolución, poniendo fin a la vía administrativa, en un plazo de 30 días, a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se vaya a impugnar. Posteriormente, se concede un plazo de 45 días para resolver por parte del órgano competente. En caso de que la respuesta fuese negativa o, transcurrido este plazo, se entenderá desestimada por silencio administrativo, se abre un plazo de 30 días para presentar una demanda ante el juzgado de lo social. Todo ello de acuerdo con los artículos 71, 72, 73 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Una vez establecida la responsabilidad empresarial, quien tiene competencia para iniciar el procedimiento recaudatorio es la TGSS, de conformidad con el artículo 21 de la LGSS. De modo que en este proceso la resolución emitida por el INSS declara la procedencia del recargo y, a su vez, identifica a sus responsables, comunicándolo así a la TGSS una vez que sean firmes en vía administrativa con indicación expresa del momento en que se ha notificado para que esta recaude su importe.

En el caso de Emilia, dependiendo de la prestación que se le reconozca, hay dos escenarios posibles de recaudación:

- Si los recargos recaen sobre pensiones, como es el caso de la incapacidad permanente, la TGSS tiene que calcular con carácter previo a su recaudación el importe del capital-coste y emitir después una reclamación de deuda por dicho importe más los intereses de capitalización que procedan hasta la fecha de emisión de dicha reclamación. Los intereses de capitalización que se devengan desde ese día hasta el de su pago se liquidan y adicionan por el sujeto responsable de este, para el caso presente la empresa Mármoles, SL.
- Por otro lado, si los recargos son prestaciones que no tienen el carácter de pensión, como sucede en la incapacidad temporal, la TGSS recauda directamente el importe de dichos recargos sin necesidad de cálculos previos.

El plazo reglamentario de ingreso de dicho recargo se inicia el día siguiente de la notificación por la TGSS de la reclamación de deuda del capital-coste o del importe correspondiente a otras prestaciones y finaliza el último día hábil del mes siguiente al de su notificación.

b) Actuaciones administrativas y cauces de impugnación administrativa y, en su caso, procesal que se podrían producir tras la notificación a Fomenta, SA, del acta de infracción por falta de comprobación.

Según la situación descrita, el acta de impugnación es notificada a Fomenta, SA, al ser la empresa principal de esta actividad, incluida en el sector de la construcción. Por consiguiente, existe responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado con la subcontrata Mármoles, SL, de acuerdo con el artículo 42 del ET y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción<sup>5</sup>.

Del artículo 42 del ET se desprende que Fomenta, SA, debería haber comprobado que Mármoles, SL, estuviese al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, a través de solicitar la certificación negativa por descubiertos en la TGSS. De ahí la justificación de que Fomenta, SA, sea responsable solidaria de Mármoles, SL, al no cumplir con el citado requisito administrativo. Esta responsabilidad se dilatará durante los 3 años siguientes a la terminación de su encargo, en atención a las obligaciones referidas a la Seguridad Social, durante el periodo de vigencia de la contrata. Mientras que las obligaciones de naturaleza salarial tendrán un periodo de 1 año, desde la finalización del encargo.

En relación con las actuaciones administrativas necesarias para llevar a cabo el acta de infracción, así como los plazos pertinentes, serán los descritos por el siguiente esquema, al amparo de lo previsto en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, y en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas:

- Las actas de infracción deben ser notificadas al presunto sujeto responsable en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir del término de la actuación inspectora.
- Recibida el acta de infracción, el sujeto responsable puede formular alegaciones en el plazo de 15 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación del acta acompañadas de la prueba que estime pertinente ante el órgano instructor del expediente, y en caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción puede ser considerada propuesta de resolución.
- Una vez presentadas las alegaciones, estas pueden ser presentadas con o sin nuevos hechos. En caso de que hubiera nuevos hechos, se dará audiencia al interesado en un plazo de 8 días, tras estos se otorga un plazo de 3 días para que presente

<sup>5</sup> Modificado por el artículo 1.5 del Real Decreto-Ley 32/2021, 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.

alegaciones el interesado. Por otra parte, si existen alegaciones del interesado sin alegar nuevos hechos, el inspector de Trabajo y Seguridad Social debe realizar un informe en plazo de 15 días. Ambas situaciones ponen fin a la tramitación.

- Finalizada la tramitación, en el plazo de 10 días se emite resolución, la cual se notifica en un plazo de 10 días dando lugar al ingreso voluntario de la sanción en un plazo de 30 días o, por el contrario, se podrá interponer recurso de alzada en el caso de no estar de acuerdo con la resolución emitida, en un plazo de 1 mes.

En orden a los cauces de impugnación, como se ha indicado previamente, el interesado puede ingresar voluntariamente la sanción o impugnar la resolución a través del recurso de alzada presentado ante el superior jerárquico competente. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución es de 3 meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, el recurso se puede entender desestimado a los solos efectos de permitir a los interesados interponer demanda ante la vía jurisdiccional competente.

Es competencia del orden social conocer de las impugnaciones de sanciones administrativas por impago de cuotas de Seguridad Social u otras infracciones de normas en materia de Seguridad Social cuando no se encuentren coordinadas con actas de liquidación, como en el supuesto presente donde no se especifica que sean simultáneas. Por el contrario, la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal y como recogen los artículos 1, 8, 9 y 14 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el artículo 3 f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

c) En el caso de las actas de liquidación e infracción por los mismos hechos, ¿es suficiente la solicitud de la empresa editora para que se presente el procedimiento de oficio? Diga en qué jurisdicción se tramita este procedimiento. En caso de que la resolución del citado procedimiento fuera favorable a la Administración, ¿cuáles serían los trámites siguientes hasta la emisión de la providencia de apremio? Señale las vías de impugnación administrativa y jurisdiccional ante la resolución que confirma las actas de liquidación e infracción conjuntas. ¿Qué posibilidades de éxito tendría una impugnación de la providencia de apremio alegando la caducidad del procedimiento sancionador?

Para que se pueda iniciar el procedimiento de oficio, regulado en los artículos 149 y 150 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, por la autoridad laboral es preciso que la resolución administrativa que se dicte como consecuencia del acta sea recurrible en vía contencioso-administrativa y no en vía social. El juez de lo social debe examinar previamente si la competencia para conocer de recurso contra la futura resolución administrativa está residenciada en vía contencioso-administrativa o social, porque solamente en el primer caso debe admitir la tramitación de este tipo de proceso de oficio. Por consiguiente, aplicado al caso que nos atañe, no sería suficiente con la solicitud de la empresa editora.

De modo paralelo, los trámites a seguir hasta la emisión de la providencia de apremio serán:

- Elevación a definitiva del acta de liquidación por acto administrativo de la Dirección General de la TGSS o de la Dirección Provincial, tras el plazo de alegaciones y la audiencia correspondiente en su caso.
- Resolución en plazo de 6 meses antes de que se produzca la caducidad del expediente.
- Contra la resolución cabe recurso de alzada ante el superior jerárquico que la dictó. Suspendiéndose durante 15 días el procedimiento recaudatorio si se hubiese garantizado con aval suficiente o consignado el mismo. Pone fin a la vía administrativa y son susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Los importes de la resolución sean, o no, objeto de recurso deben hacerse efectivos a la TGSS, hasta el último día del mes siguiente a su notificación.

Si no ingresa en dicho plazo, se procede automáticamente a la emisión de la providencia de apremio por parte de la TGSS. Salvo que se garantice con aval bancario o se consigne su importe en la misma.

Por su parte, las vías de impugnación administrativa se inician con el recurso de alzada interpuesto contra la providencia de apremio, enunciado en el artículo 38.3 de la LGSS, en el plazo de 1 mes desde la notificación de la providencia de apremio. En función del artículo 86 del Reglamento general de recaudación, si se interpone recurso de alzada contra la providencia de apremio por las causas tasadas (pago; prescripción; error material o aritmético; condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento; falta de notificación de la reclamación de deuda, cuando esta proceda, del acta de liquidación o de las resoluciones que las mismas o las autoliquidaciones de cuotas originen), se suspenderá automáticamente y sin necesidad de garantía alguna el procedimiento hasta la notificación de la resolución del mismo y desaparece la posibilidad de presentar oposiciones al apremio, que no sean por las causas tasadas, en función de la Sentencia 234/2018, de 13 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada.

Por otra, la vía de impugnación jurisdiccional, una vez agotada la vía administrativa, al tratarse de un acta de liquidación e infracción por los mismos hechos, cabría presentar recurso contencioso-administrativo ante dicha vía jurisdiccional.

Con respecto a la posibilidad de éxito de la impugnación de la providencia de apremio alegando la caducidad del procedimiento sancionador, interesa destacar que no se puede alegar la caducidad como causa motora de la interposición del recurso de alzada contra la providencia de apremio, pero sí la prescripción de la deuda. Por lo tanto, no tendrá éxito dicha impugnación por esta vía.

Así, el Real Decreto 1125/2001, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en su disposición adicional única, afirma que el plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores y liquidatarios es de 6 meses. Transcurridos los cuales, sin que hubiese recaído resolución, se produce la caducidad del expediente.

No obstante, la caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador no impide la iniciación de uno nuevo, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, en función de la Sentencia 9569/2001, de 5 de diciembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**4. En cuanto al aplazamiento de cuotas, teniendo en cuenta que la deuda perseguida ascendía a 238.500 euros, razónese si, en cualquier caso, era ineludible la constitución de garantías y si la actuación del órgano de concesión del aplazamiento fue correcta.**

Respecto a la constitución de garantías, era evitable, puesto que, a partir de la resolución de la TGSS de 6 de abril de 2020, se pueden conceder aplazamientos sin la constitución de las mismas cuando sea el importe de la deuda inferior a 250.000 euros, siempre y cuando se hubiese ingresado, al menos, un tercio de su importe antes de que hubieran transcurrido 10 días desde el momento de la notificación de la concesión del aplazamiento. Y el aplazamiento no sea superior a 2 años. Como es el caso concerniente, al ser una deuda de 238.500 euros.

La actuación del órgano de concesión del aplazamiento será correcta cuando concurren las siguientes circunstancias, conforme al artículo 23 de la LGSS y los artículos 31 a 36 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social:

- El acto administrativo rogado deberá ser solicitado por el responsable o deudor del importe, debiéndose incluir toda la deuda a la fecha de la petición, con independencia de que se encuentre en periodo voluntario o ejecutivo de recaudación. En todo caso, deberá solicitarse en el modelo oficial ante la Dirección Provincial o Administración de la TGSS.
- Que la situación económico-financiera o concurrentes impidan efectuar el ingreso de los débitos y sean apreciadas discrecionalmente por el órgano de recaudación.
- Que la duración máxima del aplazamiento sea de 5 años, ahora bien, salvo que concurren causas de carácter extraordinario debidamente acreditadas donde el órgano competente para resolver pueda elevar al director general de la TGSS propuesta favorable para la concesión de otro periodo superior y este dicte la correspondiente resolución.

- Que sea una deuda aplazable, es decir, todas las deudas con la Seguridad Social –incluyendo los recargos por faltas de medidas de seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso para que sea objeto de aplazamiento debe garantizarse con un aval–. A excepción de aquellas cuotas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, como se desprende del caso.

Solicitado el aplazamiento, la TGSS ha de dictar resolución en el plazo máximo de 3 meses, contados desde el día de su presentación, en caso contrario, se entendería desestimada.

La resolución de la TGSS debe indicar: la cuantía total y periodo de la deuda aplazada –la duración y vencimiento del aplazamiento–, el plazo del que dispone para la constitución de las garantías y el cumplimiento de las demás condiciones que se establezcan.

Como regla general, la denegación de las solicitudes se produce en los siguientes supuestos:

- Cuando el solicitante haya incurrido en reiterados incumplimientos de aplazamientos anteriores.
- Cuando en el momento de la solicitud ya está autorizada la enajenación de bienes embargados.
- Así como cuando el importe de la deuda aplazable no supere el doble del SMI.

Dicha resolución, siguiendo lo establecido en la Resolución de la TGSS de 6 de abril de 2020, ha de ser dictada por los subdirectores provinciales de Procedimientos Especiales o, en otro caso, los subdirectores provinciales de Recaudación Ejecutiva o de Gestión Recaudatoria, según determine el respectivo director general de la TGSS, al ser el importe de la deuda aplazada inferior a 300.000 euros.

Por consiguiente, si la actuación del órgano de concesión se ha realizado en los términos establecidos previamente, se entenderá que ha actuado de forma correcta.

**5.** Con posterioridad a la declaración de concurso se realizan dos actuaciones dirigidas al cobro de la deuda: la ejecución de un aval solidario otorgado por la entidad financiera BS y la ejecución, a través del procedimiento de apremio, de la hipoteca unilateral constituida a favor de la TGSS por Almazara, SL. Comente la procedencia de estas actuaciones. Analice la pertinencia del recurso de la empresa deudora contra la adjudicación a favor de don Esteban y la pretensión del administrador concursal.

A partir de la declaración de concurso y las dos actuaciones que están dirigidas al cobro de la deuda, cabe destacar que:

En relación con la **ejecución del aval solidario** otorgado por la entidad financiera BS, al estar esta en concurso, habrá que atender al artículo 50 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social; a los artículos 52 y 142 a 144 de la Ley concursal; y al artículo 27 de la LGSS. Así pues, la TGSS se persona en el procedimiento comunicando a la Administración concursal los créditos de que es titular, mediante la correspondiente certificación administrativa.

Dependiendo de la situación en que se encuentre el procedimiento recaudatorio contra el deudor concursal, la TGSS podrá actuar de una u otra forma. En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal, que indica que:

- Declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra los bienes o derechos de la masa activa. Las actuaciones que se hallen en tramitación quedan en suspenso desde la fecha de declaración de concurso. Siendo nulas cuantas actuaciones se hayan realizado desde ese momento.
- Si el juez del concurso declara que un bien o derecho embargado no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pueden proseguirse las actuaciones y procedimientos de ejecución laboral y los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo sea anterior a la fecha de declaración del concurso.

Según las normas de recaudación, si en la fecha de declaración del concurso no se ha dictado providencia de apremio, se continúa el procedimiento recaudatorio hasta su notificación, suspendiéndose cualquier otra actuación ejecutiva posterior a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal.

Ahora bien, si se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se continúa el procedimiento recaudatorio hasta el cobro forzoso de la deuda. Suspendiendo, a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal, la enajenación de aquellos bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Por su parte, para la **ejecución de la hipoteca unilateral** constituida a favor de la TGSS por Almazara, SL, existen normas específicas para la ejecución de garantías reales, recogidas en los artículos que abarcan del 145 al 151 de la Ley concursal.

Como regla general, desde la declaración del concurso, los titulares de derechos reales de garantía, acreedores concursales o no, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos, y las actuaciones ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedan suspendidas, aunque ya estén publicados los anuncios de subasta. Para iniciar la ejecución deben acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación haya sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para su continuidad.

Como consecuencia de lo citado en el precepto 117.2 i) del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social sobre el anuncio de subasta, se afirma que en la «Exhortación al deudor del derecho que le asiste a presentar tercero que mejore las posturas hechas en el acto de la subasta, conforme al apartado 5 del artículo 120, en el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la fecha de su celebración». Así pues, al indicar en el enunciado del caso que los representantes de la empresa apremiada a las 48 horas de la adjudicación presentaron a un tercero que ofertaba el 75 % del tipo de licitación, cumpliría con lo dispuesto en el artículo 120, apartado 5, del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, donde se indica que:

En caso de que no se hubieran realizado posturas verbales, el secretario expondrá ante la mesa y en voz alta las posturas que se hubiesen realizado por escrito, observándose las siguientes reglas para la adjudicación de los bienes subastados:

- a) Se aprobará el remate en favor de la mejor postura, cuando esta supere el 60 % del tipo de la subasta o cuando, siendo inferior, cubra al menos el importe de la deuda, incluyendo recargos, intereses y costas causadas. En este último caso y tratándose de bienes inmuebles, no procederá su adjudicación cuando la mejor postura sea inferior al 25 % del tipo de subasta.
- b) También podrá aprobarse el remate en favor de una mejor postura inferior al 60 % y que no cubra el importe adeudado, siempre que supere al menos el 25 % del tipo de subasta, mediante resolución motivada del director provincial de la TGSS.
- c) Si coincidieran como mejor postura varias de las ofertadas, se dará preferencia en la adjudicación a la registrada en primer lugar.
- d) Si la mejor postura fuera inferior al 75 % del tipo de subasta y no cubriera el importe de la deuda, el deudor podrá presentar a un tercero que la mejore al menos hasta dicho límite y que acredite el ingreso íntegro del importe ofrecido en el plazo de 3 días hábiles; en este caso, se aprobará el remate en favor del tercero.

En conclusión, se otorgaría la adjudicación del inmueble subastado a favor de la empresa deudora en detrimento de la anterior adjudicación concedida a don Esteban.





# El papel del capital social de los grupos de investigación en su rendimiento científico: la importancia de compartir el conocimiento

**Claudia Benítez Núñez** (autora de contacto)

Personal investigador en formación. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)  
[claudia.benitez@ulpgc.es](mailto:claudia.benitez@ulpgc.es) | <https://orcid.org/0000-0001-9144-5299>

**Paola García Sánchez**

Profesora en la Universidad del Atlántico Medio (Las Palmas de Gran Canaria, España)  
[paola.garcia@ulpgc.es](mailto:paola.garcia@ulpgc.es)

**Nieves Lidia Díaz Díaz**

Titular de universidad. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)  
[nieves.diaz@ulpgc.es](mailto:nieves.diaz@ulpgc.es) | <https://orcid.org/0000-0002-8752-6157>

**Petra de Saá Pérez**

Catedrática de universidad. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)  
[petra.desaaperez@ulpgc.es](mailto:petra.desaaperez@ulpgc.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3945-5454>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Luisa Salanova Soria, doña Carmen Castro Casal, doña Antonia Mercedes García Cabrera, doña Ana María Lucía Casademunt, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña María Eugenia Sánchez Vidal.

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

## Extracto

Analizar el rendimiento de los investigadores/as académicos, así como los factores que influyen en él, sigue siendo relevante, especialmente en el contexto español, debido al proceso de cambio en el que se ha visto inmerso el sistema universitario del país. El objetivo de este trabajo es analizar el papel del capital social de los grupos de investigación y su efecto en la productividad científica. Para ello se llevó a cabo un estudio empírico en el que participaron 283 académicos y académicas pertenecientes a 87 grupos de investigación de una universidad española. Los resultados revelan que la existencia de un alto nivel de capital social de los grupos de investigación influye directa y negativamente en la productividad científica. Sin embargo, nuestros hallazgos también muestran que dicho efecto está mediado de manera positiva y significativa cuando se comparte conocimiento, lo que pone de manifiesto la importancia de compartir el conocimiento entre los miembros del equipo para que el capital social redunde en una mejora de la productividad científica. Así pues, con este estudio se evidencia la importancia de que los grupos de investigación se configuren no solo como redes de colaboración, sino también como equipos intensivos en conocimiento.

**Palabras clave:** capital social; capital estructural; capital relacional; capital cognitivo; compartir conocimiento; grupos de investigación; rendimiento científico.

Recibido: 04-05-2021 / Aceptado: 10-09-2021

**Cómo citar:** Benítez Núñez, C., García Sánchez, P., Díaz Díaz, N. L. y De Saá Pérez, P. (2022). El papel del capital social de los grupos de investigación en su rendimiento científico: la importancia de compartir el conocimiento. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 237-262.



# The role of social capital's academic research groups in their scientific performance: the importance of knowledge sharing

Claudia Benítez Núñez

Paola García Sánchez

Nieves Lidia Díaz Díaz

Petra de Saá Pérez

## Abstract

Analysing the performance of academic researchers, as well as the factors that influence it, continues to be relevant, especially in the Spanish context, due to the process of change in which the university system has been immersed. The aim of this paper is to analyse the role of social capital in research groups and its effect on scientific productivity. For this purpose, an empirical study was carried out with the participation of 283 academics belonging to 87 research groups in a Spanish university. The results reveal that the existence of a high level of social capital in research groups directly and negatively influences scientific productivity. However, findings also show that this effect is positively and significantly mediated when knowledge is shared, which highlights the importance of sharing knowledge among team members to ensure social capital results in improved scientific productivity. Thus, this study shows the importance of research groups being configured not only as collaborative networks, but also as knowledge-intensive teams.

**Keywords:** social capital; structural capital; relational capital; cognitive capital; knowledge sharing; academic research groups; scientific performance.

**Citation:** Benítez Núñez, C., García Sánchez, P., Díaz Díaz, N. L. y De Saá Pérez, P. (2022). The role of social capital's academic research groups in their scientific performance: the importance of knowledge sharing. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 237-262.



## Sumario

1. Introducción
  2. Marco teórico
    - 2.1. El capital social y el rendimiento científico
    - 2.2. El capital social y el efecto de compartir conocimiento
  3. Metodología
    - 3.1. Muestra
    - 3.2. Variables
    - 3.3. Modelo econométrico
  4. Resultados
    - 4.1. Estadísticos descriptivos
    - 4.2. El capital social y el rendimiento científico de los grupos de investigación
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La investigación universitaria ha adquirido un papel fundamental en el desarrollo de la sociedad actual debido a que el conocimiento se ha convertido en un activo estratégico clave. Por ello, las universidades se están actualizando y adaptando sus estructuras de investigación a los nuevos tiempos, con el fin de mejorar el rendimiento de los investigadores/as y poder hacer frente a las demandas sociales (Castro Ceacero e Ion, 2018). En este sentido, y como consecuencia de la proliferación de los *rankings* de clasificación y de los cambios en los patrones de financiación de la investigación, las instituciones de educación superior han comenzado a prestar más atención a la calidad y cantidad de la investigación generada (Brew *et al.*, 2016). El sistema universitario español se ha visto inmerso en un proceso de cambio durante las últimas décadas, estableciendo mecanismos competitivos para repartir los recursos y sistemas para evaluar el rendimiento científico individual (Albert *et al.*, 2016). De esta manera, se han desarrollado sistemas de incentivos y nuevos procesos de evaluación de la investigación más estrictos y rigurosos que han permitido aumentar el rendimiento científico, las oportunidades de trabajo y el impacto social de la investigación, como respuesta a la inversión pública en materia de investigación cada vez más competitiva (Albert *et al.*, 2018).

Por tanto, el aumento en la competitividad y la elevada presión para mejorar los servicios que ofrecen las universidades, entre ellos la investigación, han propiciado que se ponga un mayor énfasis en las actividades relacionadas con la gestión del conocimiento (García Sánchez *et al.*, 2019). Las universidades son entornos intensivos en conocimiento, ya que presentan un papel central en la creación del mismo a través de la investigación, y en la difusión a través de la publicación de artículos o trabajos (Fullwood *et al.*, 2012), lo que implica la necesidad de prestar atención a la gestión del conocimiento en el contexto académico. Este proceso requiere que se comparta conocimiento, puesto que de esa manera se facilitaría la colaboración y aumentaría el rendimiento científico (Martín Alcázar *et al.*, 2020). Así, a través de la colaboración entre los académicos/as y ese comportamiento de compartir conocimientos, los investigadores e investigadoras promueven la creación de nuevas teorías e ideas. Sin embargo, siguiendo a Tan (2016), parece que las universidades continúan necesitando comprender la importancia que tiene analizar la gestión del conocimiento y en particular aquellos «estudios que hayan utilizado el análisis de las redes sociales para explorar las características de la estructura social de la colaboración científica y su impacto en la *performance*» (González Brambila *et al.*, 2013, p. 1.556), lo que se puede traducir en una lenta absorción de las iniciativas que promuevan la gestión del conocimiento en sus instituciones (Tan, 2016).

Según Siadat *et al.* (2012, p. 849), en la economía basada en el conocimiento:

[...] el papel del capital social ha adquirido relevancia, llegándose a considerar incluso más importante que el capital físico o humano, ya que las redes de comunicación de masas son elementos integradores entre las personas y las organizaciones y sin el capital social resulta complicado desarrollarse cultural y económicamente.

En tal sentido, los estudios sobre la colaboración en la investigación y el desarrollo de redes han aumentado en los últimos años, así como el interés por utilizar herramientas que permitan evaluar y analizar la colaboración científica y su impacto en la productividad (Rodríguez Miramontes y González Brambila, 2016). En esta línea, el estudio del papel del capital social ha adquirido una gran relevancia, ya que las redes de comunicación o colaboración son nexos de unión entre el personal y las instituciones que pueden contribuir a mejorar la gestión del conocimiento y el rendimiento científico (García Sánchez *et al.*, 2019). Específicamente en el contexto universitario, su importancia es clave ya que los académicos/as que presentan un capital social alto se muestran más abiertos a compartir sus conocimientos, generando de esa manera beneficios no solo para sus currículums personales, sino también para sus organizaciones (Santos y Oliveira, 2021). Este enfoque supone que las universidades no deben centrarse únicamente en la valoración de resultados finales, sino también en los procesos que permitan alcanzar mejores resultados.

En el ámbito científico existen una serie de mecanismos que propician el capital social a través del desarrollo de redes de comunicación y la transferencia de conocimientos, como los congresos, seminarios o reuniones, pero, sobre todo, los grupos de investigación (González Brambila *et al.*, 2013). Los grupos de investigación se pueden considerar equipos intensivos en conocimiento, en los que el rendimiento depende de la circulación de ideas e información entre sus miembros, por lo que es necesario que las relaciones establecidas dentro del grupo favorezcan la puesta en común del conocimiento individual (Chung y Jackson, 2012). Por tanto, los grupos de investigación se convierten en un contexto idóneo para el desarrollo del capital social, ya que permiten considerar los recursos que se movilizan a través de las interacciones entre los investigadores/as con el objetivo de maximizar el rendimiento científico. De esta manera, el estudio del efecto que las relaciones desarrolladas ejercen sobre sus resultados de investigación es un tema de interés, ya que en el capital social es relevante tener muchos vínculos, de manera que los científicos y las científicas más prestigiosos no solo publican más, sino que también pertenecen a más redes de colaboración (González Brambila *et al.*, 2013).

Sobre la base de estas consideraciones, el objetivo de este trabajo es analizar el capital social de los grupos de investigación dentro del contexto académico y su efecto sobre el rendimiento científico. Además, se profundiza en el papel que presenta el capital social para compartir conocimiento y si este último es el impulsor de un mayor rendimiento científico. En concreto, se analiza cómo el capital social de un total de 87 grupos de investigación de

una universidad española conformados por 283 miembros influye en el rendimiento científico, medido en términos de número de artículos publicados, así como también se analiza el efecto mediador de compartir conocimiento. De esta manera, el presente trabajo contribuye al análisis del efecto conjunto de las tres dimensiones que conforman el capital social (estructural, relacional y cognitiva) sobre el rendimiento científico, en línea con lo sugerido por otros autores (Chung y Jackson, 2012; González Brambila *et al.*, 2013). Una segunda contribución del trabajo es el análisis del papel mediador que presenta el conocimiento compartido en el grupo de investigación; siguiendo la corriente de trabajos que revelan que los resultados obtenidos al analizar la relación entre el capital social y el rendimiento no son concluyentes puesto que no se han considerado los efectos indirectos mediados por otras variables (Hsu y Hung, 2013; Maurer *et al.*, 2011). Finalmente, se ha seleccionado la universidad como un contexto idóneo para analizar el capital social, la gestión del conocimiento y el rendimiento científico, ya que los grupos de investigación se caracterizan por establecer redes con la finalidad de desarrollar colaboraciones y son intensivos en conocimiento. Así, estudios que analicen la colaboración en la investigación se han convertido en esenciales, debido al creciente interés por utilizar herramientas para estudiar y evaluar la colaboración entre el personal académico y su impacto en la productividad de los mismos (Rodríguez Miramontes y González Brambila, 2016). Además, existe una investigación limitada sobre el intercambio de conocimientos en el contexto de las instituciones de educación superior (Al Kurdi *et al.*, 2020) y sobre los estudios que examinan este fenómeno desde una perspectiva del capital social (González Brambila, 2014; Rotolo y Messeni Petruzzelli, 2013). Finalmente, este trabajo no solo es de utilidad para la gestión de instituciones de educación superior, sino también para aquellas organizaciones intensivas en conocimiento e innovadoras, ya que se profundiza en el análisis de cómo influye el tipo de relaciones sociales en el logro de resultados.

En aras de alcanzar los objetivos propuestos, este trabajo se ha estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, se presenta el marco teórico en el que se desarrolla la literatura sobre el capital social y compartir conocimiento. La metodología se describe en la tercera sección, donde se detallan la muestra utilizada, las variables y el procedimiento estadístico desarrollado. En el siguiente apartado se presentan los resultados empíricos y finalmente las conclusiones del estudio junto con las implicaciones prácticas y las futuras líneas de investigación.

## 2. Marco teórico

### 2.1. El capital social y el rendimiento científico

Según Nahapiet y Ghoshal (1998, p. 243), el capital social se considera como «la suma de los recursos actuales y potenciales arraigados, disponibles y derivados de la red de relaciones poseídas por un individuo o unidad social», de manera que, en el contexto universitario, el estudio del capital social de los grupos de investigación debe enfocarse, por un lado,

en la descripción del patrón de la red que vincula a los investigadores/as y, por otro lado, en el contenido de dichas relaciones, que refleja la capacidad para intercambiar conocimiento entre sus miembros. En este sentido, y atendiendo a la definición de capital social, se establecen tres dimensiones que lo componen: la dimensión estructural, la dimensión relacional y la dimensión cognitiva, considerando que «las tres están interrelacionadas y proporcionan la base para la transferencia de conocimientos» (Martín Alcázar *et al.*, 2020, p. 5). La dimensión estructural se refiere al tipo de vínculos que mantienen los investigadores/as entre sí, destacando la importancia de la existencia de una relación frecuente y duradera entre las partes (Coleman, 1988). Por su parte, la dimensión relacional hace referencia al contenido afectivo y emocional desarrollado en las relaciones que presentan las personas integrantes del grupo de investigación. Dentro de esta dimensión, Nahapiet y Ghoshal (1998) propusieron la confianza, las normas, las obligaciones y la identificación como aspectos claves. Así, la confianza ha ocupado un papel central en la investigación previa (Chung y Jackson, 2012), ya que, sin una razón de confianza, el compromiso mutuo, las relaciones y la cooperación no podrían existir (Jolae *et al.*, 2013), lo que la convierte en un aspecto fundamental a efectos de compartir conocimiento (Hu y Randel, 2014). Este término se define como «la buena disposición en la interpretación de las acciones y motivos de otros» (Uzzi, 1997, p. 43). Por tanto, la confianza puesta en los otros investigadores/as del grupo es un comportamiento que indica que tienen la seguridad de que sus compañeros y compañeras no utilizarán el conocimiento compartido con fines oportunistas (Tan, 2016). Finalmente, la dimensión cognitiva incluye los aspectos o recursos que mejoran la interpretación y el significado de las relaciones que tienen lugar entre las partes, lo que permite la transferencia de conocimientos (Martín Alcázar *et al.*, 2020).

Siguiendo a Santos y Oliveira (2021), las organizaciones deben prestar especial atención al capital social de los individuos, ya que aquellos que presenten un capital social alto pueden compartir más conocimiento. Entre el personal académico está extendida la idea de que la colaboración y el desarrollo del capital social es deseable, puesto que se han encontrado evidencias empíricas de la existencia de una relación entre la colaboración y la productividad científica (González Brambila *et al.*, 2013). Para los investigadores/as, alcanzar altos niveles de productividad es esencial para sus carreras y esperan tener cierto impacto en la comunidad que les otorgue reconocimiento. Esa red que se desarrolla a través de las publicaciones puede proporcionar a sus miembros un capital de propiedad colectiva que se traduce en el resultado de un capital social alto (Li *et al.*, 2013). Siadat *et al.* (2012) han descubierto que la creación de conocimiento está influenciada de manera positiva por el capital social y, más específicamente, Rodríguez Miramontes y González Brambila (2016) aseguran que el impacto de las citas y las publicaciones están positivamente influenciados por la dimensión estructural del capital social, afirmando que, a través de la comunicación, es más probable que las personas integrantes del equipo alcancen los objetivos y mejoren el rendimiento. Por otro lado, González Brambila *et al.* (2013) han descubierto que la dimensión relacional del personal científico importa para la calidad de la investigación, pero no para la producción, mientras que la dimensión cognitiva ayuda a la producción y no al impacto de la publicación. Así, sus resultados sugieren que los esfuerzos relacionales son importantes para el impacto, pero no en términos de producción.



Sobre la base de lo expuesto anteriormente y con el fin de analizar la relación entre un capital social alto y el rendimiento científico se plantea la siguiente hipótesis:

**Hipótesis 1:** «El capital social incide de forma positiva en el rendimiento científico de los grupos de investigación».

## 2.2. El capital social y el efecto de compartir conocimiento

El valor del capital social como recurso estratégico para maximizar los resultados no puede ser considerado únicamente como la cantidad de relaciones sociales que mantienen los investigadores/as, sino que debe incluir también los recursos que pueden ser movilizados a través de ellas (García Sánchez *et al.*, 2019). En el caso de las universidades el recurso más valioso que poseen es el conocimiento, y la producción y la difusión del mismo se han convertido en un factor crucial (González Brambila, 2014).

Siguiendo a Nonaka y Takeuchi (1995), el poder del conocimiento aumenta o mejora cuando se comparte, ya que cuando el personal difunde sus habilidades, conocimientos y experiencias el rendimiento mejora y las organizaciones se vuelven más innovadoras (Al Kurdi *et al.*, 2020). En este sentido, «compartir conocimiento» se define como «el proceso bidireccional por el que los miembros del grupo intercambian información, ideas, sugerencias y experiencias» (Tangaraja *et al.*, 2016, p. 659), produciéndose dicho intercambio cuando los individuos contribuyen a la aplicación del conocimiento y de la innovación (Ballesteros Rodríguez, De Saá Pérez *et al.*, 2020). Así, Chow y Chan (2008) aseguran que las personas empleadas de una organización deben compartir sus conocimientos, ya que se ha convertido en una necesidad competitiva. Sin embargo, es complicado garantizar esa transferencia puesto que el conocimiento se desarrolla y almacena dentro de estas. En el contexto académico, Saad y Haron (2013) han enumerado tres categorías del conocimiento que el personal académico puede intercambiar, diferenciando entre el conocimiento institucional, social y codificado. El conocimiento institucional hace referencia al conocimiento vinculado a las actividades claves que las instituciones de educación superior desarrollan, distinguiendo entre los conocimientos disciplinares y los conocimientos operativos. Por su parte, el conocimiento social incluye el conocimiento relacionado con la cultura, la ética, las normas y los valores compartidos. Por último, el conocimiento codificado se refiere a aquel conocimiento que se comparte en formato electrónico o escrito (Saad y Haron, 2013, pp. 441-442).

En el contexto académico se considera que las personas integrantes de los equipos de investigación son una comunidad que comparte recursos con el fin de desarrollar actividades de investigación (García Sánchez *et al.*, 2019) y la decisión de promover el intercambio de conocimientos puede facilitar la colaboración y el aumento del rendimiento (Martín Alcázar *et al.*, 2020). En este sentido, la transición que ha tenido lugar en las universidades hacia la investigación en equipo ha cambiado la forma en la que se debe gestionar el conocimiento,

de manera que no debe ser una actividad puntual, sino que debe institucionalizarse como un proceso continuo (Ballesteros Rodríguez, De Saá Pérez *et al.*, 2020). Así, la interacción social ayuda a mejorar la actitud de las personas hacia el intercambio de conocimientos (Jolae *et al.*, 2013), por lo que el capital social puede ayudar a los grupos de investigación a obtener y desarrollar los conocimientos necesarios. Según Hu y Randel (2014), el capital social cognitivo se relaciona con el intercambio de conocimientos tácitos, manifestando la importancia de un lenguaje y unos valores compartidos para fomentar el intercambio de conocimiento. Por otro lado, el capital social relacional estaría relacionado con el intercambio de conocimientos explícitos, a través de la confianza. Sin embargo, dada la competitividad en el entorno académico, los investigadores/as pueden evitar compartir conocimiento, aunque este problema puede resolverse mediante la interacción constante que permite establecer vínculos basados en la confianza (Martín Alcázar *et al.*, 2020), ya que, sin confianza, los académicos/as no tienen la seguridad de que los que buscan el conocimiento no lo explotarán en su propio beneficio (Tan, 2016). De este modo, los vínculos fuertes del personal científico están asociados con la superación de las barreras a la transferencia de conocimiento (Filiery y Algezauy, 2014), ya que la existencia de confianza mejora la capacidad de integración del conocimiento entre las personas integrantes del grupo e influye de forma positiva en la disponibilidad para compartir conocimiento (Hsu y Hung, 2013).

Según Rotolo y Messeni Petruzzelli (2013), mantener relaciones sociales fuertes, en términos de investigación, con quienes permitan la ampliación constante del propio conocimiento facilita la oportunidad de obtener un mayor impacto en los resultados científicos. Así, los académicos/as mantienen actitudes positivas hacia el intercambio de conocimientos, ya que esperan mejorar y aumentar sus oportunidades a través de la colaboración (Fullwood *et al.*, 2012). Siguiendo esta línea, González Brambila (2014) asegura que el número de vínculos mejora la productividad, por lo que las políticas científicas deberían fomentar tanto la colaboración interna del grupo como la colaboración con otras áreas de conocimiento.

En lo que respecta a los factores que se pueden establecer para fomentar el intercambio de conocimientos, según Martín Alcázar *et al.* (2020), se debe recomendar la implementación de prácticas de recursos humanos que fomenten la colaboración, ya que de este modo se podría aumentar el rendimiento científico. Las universidades deben ser conscientes y proporcionar las condiciones necesarias para gestionar el conocimiento de manera adecuada con el fin de promover que «los académicos confíen, trabajen juntos, estén motivados para compartir ideas y participen en debates» (Tan, 2016, p. 526). Así, el clima organizativo, el liderazgo y la cultura de la confianza son motivadores asociados a la intención de los académicos y las académicas a compartir conocimiento, aunque el liderazgo debe desempeñar un papel más importante de apoyo y promoción de las actividades que fomenten la colaboración (Al Kurdi *et al.*, 2020; Ballesteros Rodríguez, Díaz Díaz *et al.*, 2020), a través de incentivos o programas que fomenten la colaboración interna y externa. Autores como Tan (2016) también aseguran que existen factores internos al personal académico que fomentan el intercambio de conocimientos. En este sentido, las personas que presentan una mayor autoeficacia están más dispuestas a compartir su conocimiento (Tan, 2016, p. 528),

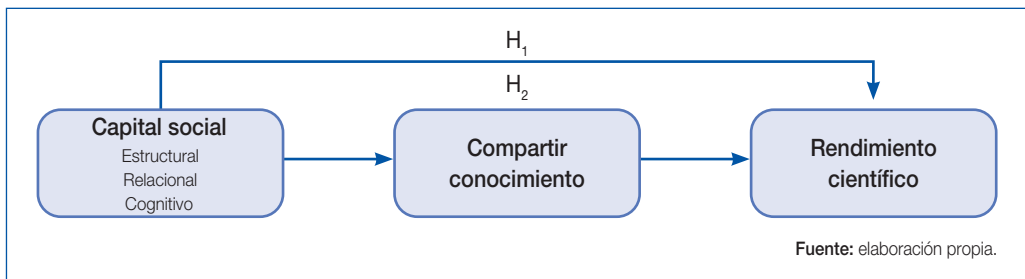
puesto que supondrán que su contribución aportará beneficios al resto y tendrá un impacto positivo en la sociedad. Además, la actitud que presente cada uno de los académicos/as respecto a la percepción positiva que supone compartir conocimientos tendrá un efecto significativo en la intención de compartirlo (Jolaee *et al.*, 2013).

Sobre la base de las consideraciones expuestas y con el fin de analizar el efecto de compartir conocimiento en la relación entre el capital social y el rendimiento científico, se plantea la siguiente hipótesis:

**Hipótesis 2:** «El capital social incide de forma positiva en el rendimiento científico de los grupos de investigación cuando se comparte el conocimiento».

Finalmente, en la figura 1 se resumen las hipótesis planteadas a lo largo de este trabajo.

Figura 1. Modelo propuesto



### 3. Metodología

#### 3.1. Muestra

Para alcanzar los objetivos propuestos se ha realizado un estudio empírico en una universidad española. La población objeto de estudio está compuesta por 157 grupos de investigación que incluyen a un total de 1.060 investigadores e investigadoras, pertenecientes a cinco áreas de conocimiento.

Los datos para determinar las variables de este estudio provienen de distintas fuentes de información. Las variables relativas al rendimiento científico y la composición de los grupos de investigación (e. g., género, doctores/as, tamaño del grupo) se han obtenido a través de la información facilitada por el Vicerrectorado de Investigación. Por otro lado, las variables

de capital social y conocimiento compartido en los grupos de investigación fueron obtenidas mediante una encuesta realizada a las personas integrantes de dichos grupos. El cuestionario final fue enviado por *e-mail* a todos los investigadores/as y con el fin de asegurar el mayor número de respuestas, se enviaron hasta tres recordatorios, de manera que a las personas que no habían respondido se les envió el cuestionario en papel. De esta forma, se obtuvo una participación de 320 investigadores e investigadoras que pertenecen a 118 grupos de investigación, lo que ha supuesto un índice de respuesta del 75,16 % respecto al total de grupos de investigación que conforman la población objeto de estudio. No obstante, 6 cuestionarios han sido eliminados, ya que presentaban información incompleta, y otros 31 también se han eliminado, puesto que la unidad de análisis de este trabajo es el grupo de investigación y se ha exigido la respuesta de al menos 2 informantes por cada grupo para su consideración, por lo que, si no se cumplía esta condición, los cuestionarios serían eliminados. Por tanto, la muestra final ha quedado conformada por un total de 283 miembros que pertenecen a 87 grupos de investigación.

Por otro lado, en lo que respecta a las respuestas obtenidas teniendo en cuentas las áreas de conocimiento, cabe destacar que la muestra es representativa de la población objeto de estudio, ya que el índice de respuesta coincide con la proporción de grupos pertenecientes a cada una de las áreas. En este sentido, un 26,44 % de los grupos pertenecen al área de Ciencias Sociales y Jurídicas, un 23 % corresponden a la de Arte y Humanidades, un 18,39 % al área de Ciencias de la Salud y, finalmente, un 16,09 % corresponden al área de Ingeniería y Arquitectura, y el mismo porcentaje al área de Ciencias.

## 3.2. Variables

### Rendimiento de los grupos de investigación

El rendimiento de los grupos de investigación se ha medido a través de dos variables: los artículos científicos y la productividad de los grupos.

#### *Producción científica*

La *producción científica* se ha medido a través del número total de artículos publicados por el personal que integra los grupos de investigación en revistas que estén incluidas en el *Journal Citation Report* durante el periodo de estudio.

#### *Productividad científica*

Con el objetivo de analizar la solidez de los resultados se ha utilizado la variable productividad científica (*productividad*) medida esta como la ratio del número total de artículos publicados por los investigadores e investigadoras del grupo de investigación en las revistas incluidas en el *Journal Citation Report* entre el número de miembros que componen cada grupo.

## Compartir conocimiento

La variable *compartir conocimiento* se ha medido a través de una escala elaborada a partir de los trabajos de Chow y Chan (2008) y Liu *et al.* (2011), en la que las personas encuestadas valoraban el nivel de conocimiento que se compartía en el grupo de investigación durante el periodo de estudio. La escala utilizada es de tipo Likert de 7 puntos, donde 1 es «totalmente en desacuerdo» y 7 «totalmente de acuerdo». La validez y fiabilidad del constructo ha sido comprobada a través de un análisis factorial confirmatorio. Todas las cargas factoriales son superiores a 0,7 y el valor del alpha de Cronbach de 0,957, quedando demostrada así la validez y fiabilidad de la escala (véase tabla 1).

Tabla 1. Análisis factorial confirmatorio para *compartir conocimiento*

Ítems	Comunalidad	Carga factorial	Alpha de Cronbach
En mi grupo de investigación compartimos los resultados de nuestra investigación (nuevos artículos, proyectos, etc.)	0,899	0,948	
En mi grupo de investigación siempre proporcionamos al resto del grupo nuestros trabajos y conocimientos de investigación	0,893	0,945	
En mi grupo de investigación compartimos nuestra experiencia investigadora	0,855	0,924	0,957
A menudo, en mi grupo de investigación realizamos sugerencias sobre los mejores métodos de investigación	0,740	0,860	
En mi grupo de investigación nos solemos informar si realizamos alguna actividad investigadora que puede facilitar el trabajo del resto	0,696	0,834	
Valor propio: 4,271 Porcentaje total de varianza explicada: 85,419% Kaiser-Meyer-Olkin: 0,898 Test de esfericidad de Barlett: 1.786,66***			

\*\*\*: significativo  $p < 0,01$ , \*\*:  $p < 0,05$ , \*:  $p < 0,10$

Fuente: elaboración propia.

## Capital social

El capital social de los grupos de investigación se ha medido a través de sus tres dimensiones: estructural (*fortaleza de los vínculos*), relacional (*confianza*) y cognitiva (*objetivos compartidos*), siguiendo la línea de investigaciones previas que apuestan por el estudio del concepto en su conjunto (e. g., Chung y Jackson, 2012). Así, la dimensión estructural se aproxima a través de la fortaleza de los vínculos existentes entre las personas integrantes del grupo de investigación. Esta variable se ha obtenido como la media de los vínculos individuales de las personas del grupo. La medida individual se calcula como el cociente entre el número de miembros pertenecientes al grupo con los/las que habitualmente trabaja el investigador o la investigadora entre el tamaño de este, tomando el valor de 1 cuando todas las personas del grupo de investigación se relacionan entre ellas y 0 en caso contrario. Esta variable es similar a la considerada en otros estudios (e. g., Chung y Jackson, 2012; Maurer *et al.*, 2011). La dimensión relacional se ha medido a través de una escala elaborada por Chow y Chan (2008), en la que los encuestados y encuestadas valoraban el nivel de confianza existente entre quienes integran su grupo de investigación (véase tabla 2). Por otro lado, la dimensión cognitiva del capital social se ha medido a través de una escala de tres ítems de estos mismos autores sobre los objetivos compartidos entre las personas del grupo. Las escalas utilizadas son de tipo Likert de 7 puntos (véase tabla 3). La validez y fiabilidad de ambos constructos quedan demostradas a través de un análisis factorial confirmatorio en el que todas las cargas son superiores a 0,8 para la confianza y de 0,7 para los objetivos compartidos, con un alpha de Cronbach de 0,961 y 0,935, respectivamente.

Tabla 2. Análisis factorial confirmatorio para la *confianza*

Ítems	Comunalidad	Carga factorial	Alpha de Cronbach
En mi grupo de investigación siempre podemos confiar en que el resto nos echará una mano si lo necesitamos	0,959	0,979	
En mi grupo de investigación siempre trataremos de ayudarnos si tenemos alguna dificultad	0,865	0,930	0,961
En mi grupo de investigación podemos siempre confiar en que el resto hará que nuestro trabajo sea más fácil	0,859	0,927	

Valor propio: 2,787

Porcentaje total de varianza explicada: 92,912 %

Kaiser-Meyer-Olkin: 0,762

Test de esfericidad de Bartlett: 1.108,138\*\*\*

\*\*\*: significativo  $p < 0,01$ , \*\*:  $p < 0,05$ , \*:  $p < 0,10$

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3. Análisis factorial confirmatorio para *objetivos compartidos*

Ítems	Comunalidad	Carga factorial	Alpha de Cronbach
Las personas de mi grupo de investigación y yo estamos de acuerdo en qué es lo importante en el trabajo investigador	0,791	0,889	
Las personas de mi grupo de investigación y yo compartimos las mismas ambiciones y visiones en el trabajo investigador	0,929	0,964	0,935
Las personas de mi grupo de investigación y yo siempre estamos entusiasmados para alcanzar las metas y misión del grupo	0,772	0,879	

Valor propio: 2,658

Porcentaje total de varianza explicada: 88,585 %

Kaiser-Meyer-Olkin: 0,749

Test de esfericidad de Barlett: 821,657\*\*\*

\*\*\*: significativo  $p < 0,01$ , \*\*:  $p < 0,05$ , \*:  $p < 0,10$

Fuente: elaboración propia.

Para determinar la configuración de capital social de los grupos de investigación se ha procedido a realizar un análisis clúster a partir de los valores de las tres variables o dimensiones del capital social (estructural, relacional y cognitivo). Con el fin de establecer el número apropiado de clústeres, se utilizó el índice de Calinski y Harabasz determinando que la solución óptima era clasificar a los grupos de investigación en dos clústeres, atendiendo al nivel alto o bajo del capital social de cada grupo. En este sentido, la variable independiente de este estudio (*configuración CS*) representa la pertenencia a un grupo de investigación con una configuración de capital social alta o baja, mediante una variable dicotómica que adopta el valor 1 en aquellos grupos que cuentan con mayores valores de capital social (vínculos fuertes, alta confianza y alto propósito común) y 0 en caso contrario.

La tabla 4 muestra los estadísticos descriptivos de las dimensiones del capital social para los dos grupos resultantes del análisis. De los datos se desprende que existen diferencias considerables en cuanto a las características de cada clúster. Así, el clúster 1, compuesto por 52 grupos, presenta una configuración de capital social baja con una fortaleza de los vínculos positiva, pero muy inferior a la del clúster 2, y con niveles de confianza y objetivos compartidos negativos. Por su parte, el clúster 2 se compone de 35 grupos de investigación con valores positivos y altos en las tres dimensiones, lo que revela que está conformado por grupos de investigación que tienen una configuración de capital social alta.

**Tabla 4. Configuración del capital social de los grupos de investigación**

	Capital social bajo			Capital social alto		
	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT
Fortaleza de los vínculos	0,391	0,394	0,174	0,642	0,663	0,225
Confianza	-0,354	-0,276	0,563	0,694	0,670	0,299
Objetivos compartidos	-0,389	-0,253	0,500	0,716	0,666	0,381
Número de grupos		52			35	

Fuente: elaboración propia.

## VARIABLES DE CONTROL

Además de las variables anteriormente expuestas, se han incorporado en el análisis otras que pueden influir en el rendimiento científico y que actúan como variables de control. En concreto se considera el tamaño del grupo, la proporción de doctores/as, de funcionarios/as y de mujeres que componen el mismo, así como el número de tesis leídas por cada grupo de investigación.

El tamaño (*tamaño grupo*) se controla con el número medio de miembros que forman parte del grupo de investigación. Además, se incluye el porcentaje de investigadores/as doctores/as que constituyen el grupo de investigación (*doctores/as*); el género (*género*) fue calculado como el porcentaje de mujeres de cada grupo, así como el porcentaje de no funcionarios/as (*no funcionarios/as*) que forman parte de cada grupo. Se considera también el número de tesis leídas (*tesis*) durante el periodo de estudio por cada grupo, ajustado por la media del área. Finalmente, se incluye como control el *área de conocimiento* a la que pertenece el grupo de investigación, a través de cinco variables dicotómicas que adoptan el valor 1 si el grupo pertenece a esa área de conocimiento. En la tabla 5 se resumen todas las variables utilizadas durante este estudio.

**Tabla 5. Definición de variables**

### Variables dependientes

Producción científica	Número de artículos publicados en revistas incluidas en el <i>Journal Citation Report</i> por las personas integrantes del grupo de investigación en el periodo de estudio.
-----------------------	---





### Variables dependientes

Productividad científica      Número de artículos publicados en revistas incluidas en el *Journal Citation Report* de las personas integrantes del grupo de investigación en el periodo de estudio entre el número de investigadores/as que componen el grupo.

### Variables independientes

Compartir conocimiento      El conocimiento compartido dentro de los grupos de investigación fue medido utilizando una escala de cinco ítems adaptada de Chow y Chan (2008) y Liu *et al.* (2011).

Configuración del capital social      El capital social de los grupos de investigación fue calculado a través de un análisis clúster donde las variables *fortaleza de los vínculos*, *confianza* y *objetivos compartidos* representan las dimensiones del capital social.  
Las configuraciones de capital social han sido medidas a través de una variable dicotómica que adopta el valor 1 si el grupo tiene un nivel de capital social alto y 0 en caso contrario, a partir de los resultados del análisis clúster.

### Variables de control

Tamaño del grupo      Número medio de miembros que componen el grupo de investigación.

Doctores/as      Porcentaje de miembros del grupo de investigación que son doctores/as.

Tesis      Número de tesis leídas por cada grupo de investigación durante el periodo de estudio ajustadas por la media del área a la que pertenece.

Género      Variable dicotómica que toma valor 1 si la investigadora es mujer.

No funcionarios/as      Porcentaje medio de miembros del grupo de investigación que no pertenecen a la categoría de funcionarios.

Área de conocimiento      El área fue medida con cinco variables *dummy* que adoptan el valor 1 si el grupo pertenece a un área de conocimiento determinada: Arte y Humanidades (área omitida en los modelos), Ciencias, Ciencias de la Salud, Ciencias Sociales y Jurídicas, Ingeniería y Arquitectura.

Fuente: elaboración propia.

### 3.3. Modelo econométrico

Con el objetivo de contrastar las hipótesis planteadas sobre la incidencia del capital social de los grupos de investigación en el rendimiento científico, así como la incidencia de este capital a través del conocimiento compartido en dichos grupos, se especifica el siguiente sistema de ecuaciones simultáneas:

$$\text{Rendimiento científico}_i = \beta_0 + \beta_1 \text{ Compartir conocimiento}_i + \beta_2 \text{ Configuración capital social}_i + \beta_3 \text{ Tamaño grupo}_i + \beta_4 \text{ Tamaño grupo}_i^2 + \beta_5 \text{ Doctores}_i + \beta_6 \text{ Tesis}_i + \beta_7 \text{ Género}_i + \beta_8 \text{ No funcionarios}_i + \varepsilon_i$$

$$i = 1, \dots, 87 \quad [1]$$

$$\text{Compartir conocimiento}_i = \beta_0 + \beta_1 \text{ Capital social}_i + \beta_2 \text{ Tamaño grupo}_i + \beta_3 \text{ Doctores}_i + \beta_4 \text{ Género}_i + \beta_{5-7} \text{ Áreas conocimiento}_i + \varepsilon_i$$

$$i = 1, \dots, 87 \quad [2]$$

La primera ecuación tiene como variable dependiente el *rendimiento científico* e incluye el efecto de una variable endógena (*compartir conocimiento*). En esta ecuación, *compartir conocimiento* y el *capital social* son las variables explicativas de interés, mientras que el resto son de control. En la segunda ecuación, la variable dependiente es *compartir conocimiento* e incluye el *capital social* como variable explicativa junto con otras variables de control.

Debido a que el sistema de ecuaciones simultáneas presenta una variable endógena (*compartir conocimiento*), los estimadores obtenidos por mínimos cuadrados ordinarios (OLS) podrían ser sesgados e inconsistentes. Por tal motivo, el modelo se estima por mínimos cuadrados en tres etapas (3SLS). La estimación de todos los modelos se realiza con el programa econométrico Stata 11.

## 4. Resultados

### 4.1. Estadísticos descriptivos

A continuación, se presenta un análisis descriptivo de las principales variables objeto de estudio. En primer lugar, en la tabla 6, los datos indican que los grupos de investigación de la muestra publican, en términos medios, 20,4 artículos con impacto durante el periodo de estudio. Cuando se consideran los resultados científicos de los grupos de investigación según

la configuración de capital social (alta o baja), los datos muestran que no existen diferencias significativas. Por el contrario, se observa que existen diferencias significativas en el conocimiento compartido entre los grupos, dependiendo de su configuración de capital social. En este sentido, los datos reflejan que los grupos de investigación con una configuración de capital social alta comparten más conocimiento.

Tabla 6. Compartir conocimiento y rendimiento científico según el capital social de los grupos de investigación

		Media	Mediana	DT
Número artículos		20,400	12,000	24,510
Compartir conocimiento		0,060	0,143	0,707
<b>Número artículos</b>				
Configuración capital social	Baja	20,400	12,500	24,990
	Alta	20,404	12,000	24,130
		<i>t test:</i> 0,0007		
<b>Compartir conocimiento</b>				
Configuración capital social	Baja	-0,345	-0,215	0,570
	Alta	0,663	0,775	0,388
		<i>t test:</i> -9,130***		
***: significativo $p < 0,01$ , **: $p < 0,05$ , *: $p < 0,10$				

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 7 se presenta la matriz de correlaciones de las variables del estudio donde se puede apreciar la existencia de una correlación positiva y significativa entre el *capital social* de los grupos de investigación y *compartir conocimiento*, así como una correlación negativa y significativa entre el *tamaño del grupo* y el *capital social*. Además, es preciso destacar que no se observan problemas de multicolinealidad; así el valor medio de los FIV (factor de inflación de la varianza) (no reportados) es de 3,82, siendo inferior a 5 para todas las variables.



Tabla 7. Estadísticos descriptivos y matriz de correlaciones

Variables	Media	DT	Correlaciones												
			1	2	3	4	5	6	7	8	9				
1. Número artículos	20,40	24,51	1,00												
2. Productividad	1,88	1,91	0,85***	1,00											
3. Compartir conocimiento	0,06	0,71	0,04	0,08	1,00										
4. Configuración capital social	0,40	0,49	-0,00	0,09	0,70***	1,00									
5. Tamaño grupo	11,27	7,98	0,34***	-0,06	-0,14	-0,21**	1,00								
6. Doctores/as	0,69	0,20	0,11	0,29**	-0,21**	-0,10	-0,17*	1,00							
7. Tesis	0,84	2,83	0,44**	0,39***	-0,07	0,01	0,28**	0,26***	1,00						
8. Género	0,40	0,24	-0,12	-0,09	-0,16	-0,05	-0,19*	0,05	-0,20*	1,00					
9. No funcionarios/as	0,46	0,18	-0,03	-0,08	-0,12	-0,06	-0,09	-0,21**	0,08	-0,09	0,36***	1,00			

\*\*\*: significativo p < 0,01, \*\*: p < 0,05, \*: p < 0,10

Fuente: elaboración propia.

## 4.2. El capital social y el rendimiento científico de los grupos de investigación

En la tabla 8 se presentan los hallazgos alcanzados de la estimación 3SLS del sistema de ecuaciones simultáneas que permiten analizar el efecto del *capital social* en *compartir conocimiento* (ecuación 2), así como en el *rendimiento* de los grupos estudiados (ecuación 1). En el primer modelo se considera como variable de los resultados de los grupos de investigación el número de artículos con impacto publicados (*producción científica*), mientras que en el segundo modelo se utiliza como medida la *productividad científica*.

Tabla 8. Efecto de la configuración del capital social y del conocimiento compartido en el rendimiento científico de los grupos de investigación

Modelo: sistema de ecuaciones simultáneas (3SLS)				
Variable dependiente	Modelo 1		Modelo 2	
	Número artículos		Productividad científica	
	$\beta$	ES	$\beta$	ES
Compartir conocimiento	67,11**	31,91	7,46**	3,26
Configuración capital social	-60,77**	31,35	-6,83**	3,21
Tamaño grupo	3,34***	1,28	0,10	0,12
Tamaño grupo <sup>2</sup>	-0,04**	0,02	-0,00	0,00
Doctores/as	52,01**	25,59	6,00**	2,62
Tesis	3,04***	0,97	0,26***	0,08
Género	25,32	17,83	2,37	1,81
No funcionarios/as	-3,40	15,96	0,45	1,41
c	-35,58	25,51	-2,10	2,59
Estadístico chi <sup>2</sup>	22,13***		16,96**	



**Modelo: sistema de ecuaciones simultáneas (3SLS)**

Variable dependiente	Modelo 1		Modelo 2	
	Compartir conocimiento		Compartir conocimiento	
	$\beta$	ES	$\beta$	ES
Configuración capital social	0,93***	0,11	0,94***	0,11
Tamaño grupo	-0,00	0,00	-0,00	0,00
Tesis	-0,46 <sup>*</sup>	0,27	-0,47 <sup>*</sup>	0,27
Género	-0,23	0,24	-0,25	0,23
Ciencias	0,22 <sup>*</sup>	0,12	0,24***	0,10
Ciencias de la Salud	0,36***	0,11	0,33***	0,09
Ciencias Sociales y Jurídicas	0,05	0,11	0,05	0,10
Ingeniería y Arquitectura	0,11	0,16	0,09	0,14
c	0,01	0,28	0,02	0,27
Estadístico chi <sup>2</sup>	112,35***		114,71***	

**Notas:**

- (1) \*\*\*: significativo  $p < 0,01$ , \*\*:  $p < 0,05$ , \*:  $p < 0,10$
- (2) ES: error estándar
- (3) Área de conocimiento omitida: Artes y Humanidades

Fuente: elaboración propia.

Los resultados muestran que una configuración de capital social alta tiene un efecto negativo y significativo en el número de publicaciones de los grupos de investigación ( $\beta = -60,77$ ;  $p < 0,05$ ). Contrario a lo esperado, los resultados no permiten aceptar la hipótesis 1 que postulaba un efecto positivo de un capital social alto en el rendimiento de los grupos de investigación. Por otra parte, los resultados revelan una incidencia positiva y significativa ( $\beta = 67,11$ ;  $p < 0,05$ ) del conocimiento compartido entre las personas integrantes del grupo en el número de artículos con impacto publicados. De forma que los grupos que comparten conocimiento presentan un mayor rendimiento científico en términos de número de artículos.

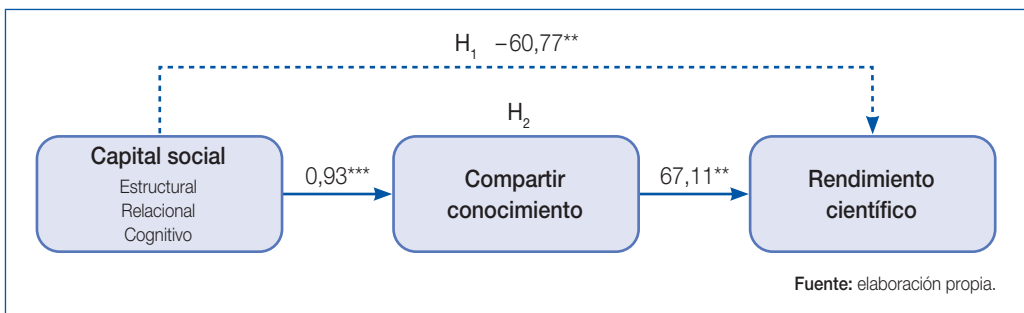
En los resultados de la segunda ecuación, se observa una relación positiva y significativa entre la existencia de una configuración de capital social alta de los grupos de investigación y el conocimiento compartido dentro de los mismos ( $\beta = 0,93$ ;  $p < 0,01$ ). De esta forma, los grupos con una configuración de capital social alta que comparten conocimiento tienen un mayor rendimiento científico que los grupos que no comparten conocimiento. Estos hallazgos permiten aceptar la hipótesis 2 respecto a la existencia de un efecto positivo del capital social alto en el rendimiento de los grupos de investigación mediado por compartir conocimiento.

En cuanto a las variables de control, se observa que el porcentaje de doctores/as que conforman los grupos de investigación incide positivamente en el número de artículos publicados y, sin embargo, se observa que afecta de forma negativa y significativa en el capital social desarrollado dentro del grupo de investigación. En cuanto al tamaño del grupo, se observa que su efecto no es lineal, sino que incide en forma de U-invertida en los artículos publicados. Así, el aumento del número de investigadores/as que conforman el grupo es positivo hasta cierto nivel, a partir del cual un aumento en el tamaño del grupo afecta a las publicaciones científicas negativamente. Finalmente, el número de tesis leídas en cada grupo de investigación (ajustado por el área de conocimiento a la que pertenece el grupo) incide positivamente en el número de artículos publicados en el mismo.

Para comprobar la robustez de los resultados obtenidos se ha estimado el mismo modelo cambiando la variable dependiente del número de artículos publicados por una medida de rendimiento (*productividad*) que considera el número de artículos publicados teniendo en cuenta el tamaño del grupo. En este sentido, hay que señalar que los resultados obtenidos son robustos, no observándose cambios significativos en las relaciones analizadas (véase tabla 8). Es decir, se revela una incidencia directa negativa y significativa de una configuración de capital social alta de los grupos de investigación en su productividad científica. De igual forma, los resultados también muestran el efecto indirecto positivo y significativo del capital social en la productividad, mediado por el conocimiento compartido en los grupos de investigación.

En definitiva, sobre la base de estos resultados, en la figura 2 se presenta cómo ha quedado el modelo propuesto y las hipótesis formuladas.

Figura 2. Modelo propuesto e hipótesis confirmadas



## 5. Conclusiones

Este trabajo ha tratado de analizar el papel del capital social de los grupos de investigación universitarios sobre el rendimiento científico, así como su influencia en el rendimiento cuando las personas del grupo comparten el conocimiento. Para ello, se ha llevado a cabo un estudio acerca de la configuración de las relaciones sociales dentro de los grupos de investigación sobre la base de las tres dimensiones que conforman el capital social (estructural, relacional y cognitiva).

Los resultados muestran una relación directa negativa entre la existencia de un capital social alto y el número de publicaciones científicas, lo que indica que un capital social alto por sí mismo no influye positivamente en la obtención de un mayor rendimiento científico en términos de publicaciones. Por otro lado, los hallazgos alcanzados aportan evidencias empíricas que demuestran que, si se comparte conocimiento, un capital social alto de los académicos y las académicas influye positivamente en la obtención de un mayor rendimiento científico, resaltando el importante papel que tiene el conocimiento como recurso estratégico, ya que los investigadores/as comparten recursos con el objetivo final de desarrollar sus investigaciones (García Sánchez *et al.*, 2019). De esta manera se establece que, si aquellos que forman parte de grupos de investigación con un capital social alto comparten sus conocimientos, presentan un mayor rendimiento, en términos de número de artículos publicados.

Así, el presente trabajo permite contrastar el efecto indirecto de un capital social alto en el rendimiento científico y el relevante papel mediador de compartir conocimiento en el ámbito académico. Estos resultados se mantienen en línea con los planteamientos establecidos por autores como Maurer *et al.* (2011) quienes aseguran que debe analizarse el efecto del capital social sobre variables de proceso que, a su vez, medien en los resultados. En definitiva, a través de este estudio se revela que las relaciones sociales desarrolladas entre los/las integrantes de un equipo de investigación se convierten en un recurso valioso a la hora de obtener un mayor rendimiento en términos de publicaciones, si entre ellos se comparte y se crea nuevo conocimiento.

Los resultados de este estudio presentan importantes implicaciones teóricas. Una de las principales contribuciones consiste en la consideración de las tres dimensiones del capital social, analizando su efecto conjunto sobre los resultados organizativos (González Brambila *et al.*, 2013). Además, el análisis del papel mediador del conocimiento compartido en el rendimiento de los grupos de investigación ha permitido revelar que los resultados obtenidos entre el capital social y el rendimiento pueden no ser concluyentes al no considerar efectos indirectos, siguiendo algunas investigaciones previas (Hsu y Hung, 2013; Maurer *et al.*, 2011). En particular, se revela el importante papel mediador de compartir conocimiento en el caso de los grupos de investigación con un capital social alto. De esta manera, los resultados obtenidos muestran que entre el personal investigador presentar un capital social alto no contribuye al rendimiento científico, si no se está dispuesto a compartir conocimientos y colaborar con sus compañeros y compañeras. Por tanto, este trabajo contribuye a la creciente corriente de investigación que pretende analizar los patrones de colaboración entre



los grupos de investigación y el desarrollo de redes entre el personal académico (Santos y Oliveira, 2021), contribuyendo a desarrollar una línea de investigación en la que siguen siendo escasos los estudios que profundicen en los procesos que ayudan a explicar la relación entre el capital social y la productividad científica (Al Kurdi *et al.*, 2020).

Este trabajo también tiene importantes implicaciones prácticas que enfatizan la importancia de la gestión de los recursos humanos en las instituciones de educación superior. Los hallazgos de este estudio revelan que, a la hora de gestionar a los recursos humanos investigadores en las universidades, los/las responsables de gestión no deben orientarse únicamente a la obtención de un resultado final, sino que deben prestar especial atención a los procesos que permiten el desarrollo de una mayor colaboración, así como al desarrollo de habilidades que ayuden a compartir sus conocimientos en aras de lograr los objetivos del grupo (Martín Alcázar *et al.*, 2020). Además, cabe resaltar que los resultados de este estudio pueden ser de utilidad no solo para la gestión de los grupos de investigación en el contexto académico, sino que también contribuyen a la literatura sobre la gestión de los equipos intensivos en conocimiento de organizaciones públicas o privadas.

Finalmente, en cuanto a las limitaciones del presente estudio, se debe indicar que se ha analizado la configuración del capital social de los investigadores/as respecto a sus grupos de investigación durante un periodo de 5 años. Por ello, podría ser interesante realizar investigaciones futuras que abarquen periodos temporales más amplios en aras de contrastar si las relaciones entre las variables estudiadas mantienen el mismo signo. Además, dado que no se han llevado a cabo los análisis diferenciando por áreas de conocimiento, en el futuro sería interesante examinar las relaciones existentes entre el capital social y el rendimiento científico en función del área de conocimiento a la que pertenezcan los grupos de investigación. Por último, el trabajo no ha analizado el papel del capital social externo, por lo que otra línea futura de investigación podría ser aquella que analiza el capital social atendiendo a una clasificación alternativa, distinguiendo entre la dimensión interna y la dimensión externa. De esta manera, se podría analizar el papel del capital social sobre el rendimiento científico, atendiendo a las redes de colaboración que presentan los académicos/as con miembros u organizaciones externos a los grupos de investigación. Por tanto, dada la existencia de colaboraciones entre las universidades y las empresas, en futuros trabajos sería interesante analizar el capital social desarrollado en dichas relaciones.

## Referencias bibliográficas

Albert, C., Davia, M. A. y Legazpe, N. (2016). Determinants of research productivity in Spanish academia. *European Journal of Education Research, Development and Policy*, 51(4), 535- 549. <https://doi.org/10.1111/ejed.12142>

Albert, C., Davia, M. A. y Legazpe, N. (2018). Job satisfaction amongst academics: The role of research productivity. *Studies in Higher Education*, 43(8), 1.362-1.377. <https://doi.org/10.1080/03075079.2016.1255937>

- Al Kurdi, O., El.Haddadeh, R. y Eldabi, T. (2020). The role of organisational climate in managing knowledge sharing among academics in higher education. *International Journal of Information Management*, 50, 217-227. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2019.05.018>
- Ballesteros Rodríguez, J. L., De Saá Pérez, P., García Carbonell, N., Martín Alcázar, F. y Sánchez Gardey, G. (2020). The influence of team members' motivation and leaders' behaviour on scientific knowledge sharing in universities. *International Review of Administrative Sciences*, 88(2), 1-17. <https://doi.org/10.1177%2F0020852320921220>
- Ballesteros Rodríguez, J. L., Díaz Díaz, N. L., Aguiar Díaz, I. y De Saá Pérez, P. (2020). The role of leadership in the management of conflict and knowledge sharing in the research groups of a Spanish public university. *Public Organization Review*, 20, 421-436. <https://doi.org/10.1007/s11115-019-00451-7>
- Brew, A., Boud, D., Namgung, S. U., Lucas, L. y Crawford, K. (2016). Research productivity and academics' conceptions of research. *Higher Education*, 71, 681-697. <https://doi.org/10.1007/s10734-015-9930-6>
- Castro Ceacero, D. e Ion, G. (2018). Changes in the university research approach: Challenges for academics' scientific productivity. *Higher Education Policy*, 32, 681-699. <https://doi.org/10.1057/s41307-018-0101-0>
- Chow, W. S. y Chan, L. S. (2008). Social network, social trust and shared goals in organizational knowledge sharing. *Information & Management*, 45, 458-465. <https://doi.org/10.1016/j.im.2008.06.007>
- Chung, Y. y Jackson, S. E. (2012). The internal and external networks of knowledge-intensive teams: The role of task routineness. *Journal of Management*, 39(2), 442-468. <https://doi.org/10.1177%2F0149206310394186>
- Coleman, J. S. (1988). Social capital in the creation of human capital. *American Journal of Sociology*, 94, 95-120. <http://www.jstor.org/stable/2780243>
- Filieri, R. y Alguezaui, S. (2014). Structural social capital and innovation. Is knowledge transfer the missing link? *Journal of Knowledge Management*, 18, 728-757. <https://doi.org/10.1108/JKM-08-2013-0329>
- Fullwood, R., Rowley, J. y Delbridge, R. (2012). Knowledge sharing amongst academics in UK universities. *Journal of Knowledge Management*, 17(1), 123-136.
- García Sánchez, P., Díaz Díaz, N. L. y De Saá Pérez, P. (2019). Social capital and knowledge sharing in academic research teams. *Administrative Sciences*, 85(1), 191-207. <https://doi.org/10.1177/0020852316689140>
- González Brambila, C. N. (2014). Social capital in academia. *Scientometrics*, 101, 1.609-1.625. <https://doi.org/10.1007/s11192-014-1424-2>
- González Brambila, C. N., Veloso, F. M. y Krackhardt, D. (2013). The impact of network embeddedness on research output. *Research Policy*, 42, 1.555-1.567. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2013.07.008>
- Hsu, J. S. y Hung, Y. W. (2013). Exploring the interaction effects of social capital. *Information & Management*, 50, 415-430. <https://doi.org/10.1016/j.im.2013.06.001>
- Hu, L. y Randel, A. E. (2014). Knowledge sharing in teams: Social capital, extrinsic incentives, and team innovation. *Group & Organization Management*, 39(2), 213-243. <https://doi.org/10.1177%2F1059601114520969>
- Jolaei, A., Nor, K. M., Khani, N. y Yusoff, R. M. (2013). Factors affecting knowledge sharing intention among academic staff. *International Journal of Educational Management*, 8(4), 413-431. <https://doi.org/10.1108/IJEM-03-2013-0041>

- Li, E. Y., Liao, C. H. y Yen, H. R. (2013). Co-authorship networks and research impact: A social capital perspective. *Research Policy*, 42(9), 1.515-1.530. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2013.06.012>
- Liu, Y., Keller, R. T. y Shih, H. A. (2011). The impact of team-member exchange, differentiation, team commitment, and knowledge sharing on R&D project team performance. *R&D Management*, 41, 274-287. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9310.2011.00636.x>
- Martín Alcázar, F., Ruiz Martínez, M. y Sánchez Gardey, G. (2020). The performance of researchers in multidisciplinary research groups: Does social capital matter? *International Review of Administrative Sciences*, 88(2), 1-18. <https://doi.org/10.1177%2F0020852320919487>
- Maurer, I., Bartsch, V. y Ebers, M. (2011). The value of intra-organizational social capital: How it fosters knowledge transfer, innovation performance, and growth. *Organization Studies*, 32(2), 157-185. <https://doi.org/10.1177%2F0170840610394301>
- Nahapiet, J. y Ghoshal, S. (1998). Social capital, intellectual capital and the organisational advantage. *Academy of Management Review*, 23(2), 242-266. <https://doi.org/10.2307/259373>
- Nonaka, I. y Takeuchi, H. (1995). *The knowledge creating company*. Oxford University Press.
- Rodríguez Miramontes, J. y González Brambila, C. N. (2016). The effects of external collaboration on research output in engineering. *Scientometrics*, 109, 661-675. <https://doi.org/10.1007/s11192-016-2054-7>
- Rotolo, D. y Messeni Petruzzelli, A. (2013). When does centrality matter? Scientific productivity and the moderating role of research specialization and cross-community ties. *Journal of Organizational Behavior*, 34(5), 648-670. <https://doi.org/10.1002/job.1822>
- Saad, A. y Haron, H. (2013). A case study of higher education academics' shared knowledge and classification. *International Conference on Research and Innovation in Information Systems (ICRIIS)*, 439-444. <https://doi.org/10.1109/ICRIIS.2013.6716750>
- Santos, R. F. y Oliveira, M. (2021). The effects of the relational dimension of social capital on tacit and explicit knowledge sharing: A mixed-methods approach. *Journal of Information and Knowledge Management Systems*, ahead-of-print. <https://doi.org/10.1108/VJIKMS-05-2020-0094>
- Siadat, S. A., Hoveida, R., Abbaszadeh, M. y Moghtadaie, L. (2012). Knowledge creation in universities and some related factors. *Journal of Management Development*, 31(8), 845-872.
- Tan, C. N. (2016). Enhancing knowledge sharing and research collaboration among academics: The role of knowledge management. *Higher Education*, 71, 525-556.
- Tangaraja, G., Mohd Rasdi, R., Abu Samah, B. e Ismail, M. (2016). Knowledge sharing is knowledge transfer: A misconception in the literature. *Journal of Knowledge Management*, 20, 653-670.
- Uzzi, B. (1997). Social structure and competition in interfirm networks: The paradox of embeddedness. *Administrative Science Quarterly*, 42, 35-67.

## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF (RTSS.CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2792-8314 (en versión impresa) e ISSN-e 2792-8322 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad bimestral (6 números) e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm), vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español, con recomendación de uso del lenguaje inclusivo de género) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), AARL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 7 ni más de 9) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúa la sección de «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 25 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 20 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 7 páginas.
- Casos prácticos: máximo 20 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».

5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef ([www.normacef.es](http://www.normacef.es)).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citas.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (última edición). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



# Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

## Sobre el #MétodoCEF.-

¡MATRÍCULA  
ABIERTA!

### 1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

### 2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

### 3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

### 4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

## Preparamos oposiciones 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





Tu currículum no dice que

# CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

**ERES MÁS DE LO QUE SE VE**

[udima.es](http://udima.es)



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.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • 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

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

## 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 • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • 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 Jurídica de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

**¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA**