

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 472 | Enero-Febrero 2023

ISSN: 2792-8314

Garantías salariales y de rentas sociales sustitutivas en clave europea

Cristóbal Molina Navarrete

Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a la reforma laboral

Fernando Ballester Laguna

Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido

Carolina Blasco Jover

La tutela laboral del derecho a la libertad sexual

Patricia Espejo Megías

Nuevos fragmentos de derecho vivo de la Seguridad Social: entre renovación y continuidad

Jubilación parcial anticipada y fijeza discontinua: «cal y arena». A propósito de las SSTs 622/2022, de 6 de julio, y 641/2022, de 12 de julio

Margarita Miñarro Yanini

La protección de las familias monoparentales

María José Andrade Santana

45 CEF.-
Aniversario

Ahora

MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 472 | Enero-Febrero 2023

Directora editorial

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

Consejo de redacción

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

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

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

Comité científico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Evaluación externa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

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

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

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

Edición

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

Entidad certificada por:



Impresión

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

Indexación y calidad



DULCINEA



CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

Acuerdos de colaboración

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

Todos los derechos reservados.

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

Sumario

Editorial

- Garantías salariales y de rentas sociales sustitutivas en clave europea: ¿lo «político-económico» por encima de lo «jurídico-social»? 5-19
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021 21-57
The labour contracts of the Law of Science and their adaptation to the requirements of the labour reform of December 2021
Fernando Ballester Laguna
- Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una mayor protección de los intereses en juego 59-96
Towards a redefinition of the objective nullity of dismissal: steps towards a greater protection of the interests at stake
Carolina Blasco Jover
- La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral? 97-122
Labor protection of the right to sexual freedom: comprehensive protection?
Patricia Espejo Megías
- La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito laboral. Una prolongación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en tiempos de crisis 123-151
The rebus sic stantibus clause in labour relationship. An extension of article 41 of the Statute of Workers in times of crisis
Brais Columba Iglesias Osorio

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico. Nuevos fragmentos de derecho vivo de la Seguridad Social: entre renovación y continuidad

- Estudio preliminar. Actualidades de protección social a juicio de los tribunales: materializaciones del «espíritu del tiempo» a través de los «principios jurídico-sociales» 153-165
Preliminary study. Social protection actualities as judged by the courts: materialisations of the "spirit of the times" through "social-legal principles"
Cristóbal Molina Navarrete

Jubilación parcial anticipada y fijeza discontinua: «cal y arena». A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 622/2022, de 6 de julio, y 641/2022, de 12 de julio <i>Early partial retirement and discontinuous security: the stick and the carrot. Regarding Supreme Court Rulings 622/2022, of 6 July, and 641/2022, of 12 July</i> Margarita Miñarro Yanini	166-174
Accidente de trabajo y teletrabajo: casuística y dificultades prácticas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 988/2022, de 25 de febrero <i>Work accident and teleworking: casuistry and practical difficulties. Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Galicia 988/2022, of 25 February</i> Pilar Conde Colmenero	175-184
El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado («no muerto»). Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre, y de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre <i>The demographic contribution supplement: legal nonsense of incessant judicial conflict even after its repeal ("not dead"). Regarding the Rulings of the High Court of Justice of Cantabria 749/2022, of 31 October, and of Extremadura 733/2022, of 31 October</i> Cristóbal Molina Navarrete	185-197
La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio <i>The protection of single parents: is the judicial accumulation of permits a solution in law? Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, of 29 July</i> María José Andrade Santana	198-205
Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre <i>Integration of gender gaps: beyond RETA pensions? Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Granada 434/2022, of 13 October</i> Estefanía González Cobaleda	206-216

Estudios de Recursos Humanos

Activismo accionarial y retribución directiva: la influencia del <i>say-on-pay</i> en las empresas cotizadas españolas <i>Shareholder activism and executive compensation: the influence of say-on-pay on Spanish listed companies</i> Accésit del Premio Estudios Financieros 2022 Gabriel Lozano Reina, Gregorio Sánchez Marín y Juan Samuel Baixauli Soler	217-244
---	---------

Acto de reconocimiento a opositores 2021-2022	245-248
--	---------

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>.

Garantías salariales y de rentas sociales sustitutivas en clave europea: ¿lo «político-económico» por encima de lo «jurídico-social»?

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

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

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

Lector[a] apacible y bucólico[a],
Ingenuo[a] y sobrio[a] hombre [mujer] de bien,
Tira este libro saturniano,
Melancólico y orgiástico.
Si no cursaste su retórica
Con Satán, el decano astuto
¡Tíralo! nada entenderás
O me juzgarás histérico.
Mas si de hechizos a salvo,
Tu mirar tienta el abismo,
Léeme y sabrás amarme;
[...].

C. Baudelaire («Epígrafe para un libro condenado». *Las flores del mal*)

1. ¿Adiós al nonato –injusto e irracional– pacto de rentas (perdón, de moderación salarial)? Inmersa plenamente en la «cuesta de enero 2023», por encima de los ruidos y las crispaciones político-institucionales (de gran calado), la ciudadanía española sitúa sus inquietudes reales, la mayoría, en la cuestión de la suficiencia salarial, y, una parte muy significativa, en la relativa a la de las pensiones (y la garantía de otras rentas sociales sustitutivas). Instituciones y actores de la gobernanza económica enfatizan, en cambio, las cuestiones de competitividad empresarial y de sostenibilidad financiera del estado de bienestar, no solo de las pensiones. Y, por lo común, unas y otras se presentan de un modo antagónico, como si la realización de las primeras hipotecara a las otras.

Ahora bien, en el plano de la razón científico-económica, no solo no es así, sino que la verdad se sitúa mucho más cerca de lo contrario, esto es, el respeto de estándares sociales

de garantía de rentas suficientes para el conjunto de la ciudadanía constituiría una condición necesaria para un crecimiento económico robusto y sostenible. Además, los niveles de garantía mínima para la función de suficiencia responden a compromisos en buena medida jurídicamente vinculantes para el Estado español, especialmente en el ámbito de la denominada Constitución Social de Europa (la Carta Social Europea –CSE–). Sin embargo, tanto los debates político-institucionales al respecto como la imagen mediática que, mayoritariamente, se traslada se reducen a una pura decisión contingente e incierta, dependiente de dos variables: económica (lo posible) y política (lo que el Gobierno quiera plantear discrecionalmente y logre consensuar con sus socios de Gobierno para obtener, en el caso de precisar una ley, la correspondiente mayoría parlamentaria, bastando su mera voluntad política cuando solo precise un reglamento, o un real decreto-ley). ¿Dónde queda el referido condicionante jurídico de mínimos en la clave europea apenas recordada?

Los niveles de garantía mínima responden a compromisos jurídicamente vinculantes para el Estado español

Por lo general, los aspectos más determinantes de esta cuestión socioeconómica y político-institucional de primer orden para una sociedad desarrollada civilizada y una economía de mercado saludable, no puramente especulativa («economía de casino»), suelen hallarse en dos normas determinantes, con las que se acostumbra a cerrar el año anterior a fin de abrir y marcar las pautas del siguiente. En el plano legal, la Ley de presupuestos generales del Estado (LPGE), en el plano reglamentario, el Real Decreto de incremento (que en ocasiones es de congelación) del salario mínimo interprofesional (SMI). Este año lo iniciamos con una LPGE (además de una nueva ley de urgencia anticrisis, que recuerda a las «viejas leyes escoba»), que se dice la más expansiva en gasto social, también en las inversiones productivas necesarias, que vio la luz pública como tal en Nochebuena ([Ley 31/2022, de 23 de diciembre](#), de presupuestos generales del Estado para el año 2023). En cambio, cuando se cierra este editorial, la norma de subida del SMI (se sabe que va a subir, pero no cuánto) está pendiente de aprobar, pese a que la decisión política se tomó hace tiempo, solo condicionada al trámite de la consulta con sindicatos y patronales, de conformidad con el [artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). En todo caso, bien conocido es que la patronal rechaza toda subida retributiva del SMI, también de los salarios profesionales si se vincula a la inflación.

Esta última cuestión, para el empleo privado, otra cosa es para el empleo público, queda, sin embargo, al margen de la estricta decisión político-legislativa del Gobierno, y del Parlamento, por cuanto es una cuestión dependiente de la autonomía colectiva. Eso sí, desde hace un año, las diferentes instituciones de la gobernanza económica, mundial, comunitaria y estatal presionaron insistentemente para que se lograra el célebre «[pacto de rentas](#)», medida estrella para evitar la espiral inflacionista, los temidos «efectos de segunda ronda». Un modo eufemístico para expresar que los incrementos de precios no acrezcan los salarios, para mantener el nivel de beneficios (garantía de dividendos). En otros términos, menos técnicos, pero más precisos: la primera ronda de inflación debe ser pagada por la ciudadanía,

Esta última cuestión, para el empleo privado, otra cosa es para el empleo público, queda, sin embargo, al margen de la estricta decisión político-legislativa del Gobierno, y del Parlamento, por cuanto es una cuestión dependiente de la autonomía colectiva. Eso sí, desde hace un año, las diferentes instituciones de la gobernanza económica, mundial, comunitaria y estatal presionaron insistentemente para que se lograra el célebre «[pacto de rentas](#)», medida estrella para evitar la espiral inflacionista, los temidos «efectos de segunda ronda». Un modo eufemístico para expresar que los incrementos de precios no acrezcan los salarios, para mantener el nivel de beneficios (garantía de dividendos). En otros términos, menos técnicos, pero más precisos: la primera ronda de inflación debe ser pagada por la ciudadanía,

por tanto también por las personas trabajadoras, sin que haya una segunda compensatoria a pagar por las empresas a las personas empleadas, al doble precio de empobrecer a la mayor parte de la ciudadanía (laboriosa) y perder parte del poder adquisitivo, esto es, del poder de compra del que depende el consumo y, por lo tanto, una parte de la producción [es decir, del crecimiento y, en consecuencia, de los beneficios empresariales, además de la riqueza nacional –producto interior bruto (PIB), renta per cápita–].

Sin embargo, vendidos como una suerte de expresión (más nostálgica que fiable) renovada de los Pactos de la Moncloa (Pactos de la Moncloa 2.0), donde todas las partes debían asumir sus cargas, incluido el Gobierno (contención de la subida salarial para el empleo público y revalorización modulada para las pensiones públicas), hoy no solo se antojan tan imposibles como el unicornio azul que perdiera Silvio Rodríguez («ayer se me perdió, pastando lo dejé y desapareció»), sino que es irracional y contraproducente, económica y socialmente. Además, es éticamente injusto y jurídicamente incoherente. El pacto de rentas, forma eufemística de llamar al «pacto de moderación salarial» a cargo de los sindicatos «de clase», porque la moderación de los beneficios empresariales, que actuarían discursivamente como contrapartida, carece de canal jurídicamente efectivo o adecuado. La moderación de rentas del capital queda extramuros de la negociación colectiva, [también del Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva \(AENC\)](#), pendiente de renovación, pero estancado, por el desacuerdo en las cláusulas de revisión.

Los Pactos de la Moncloa 2.0 hoy no solo se antojan tan imposibles como el unicornio azul, sino que es irracional y contraproducente, económica y socialmente

2. En un escenario de aumento récord de ingresos públicos y de los beneficios empresariales, las mejoras retributivas y de rentas sociales sustitutivas son condición necesaria del pacto inherente al principio social del Estado constitucional de derecho. Vivimos tiempos de extrema incertidumbre económica. En este tipo de contextos, las regulaciones (heterónomas –leyes– y autónomas) equilibradas, no de parte, sino más transaccionales entre las razones de los intereses conflictivos, incluso opuestos, marcan la vía adecuada para afrontarlo de forma más eficaz, eficiente y justa, pese a que nuestro país parece abocado al pacto solo entre «propios», silenciando a los «otros». Ahora bien, en el ámbito aquí analizado, hay algunas certidumbres y evidencias que revelan lo irracional, además de incoherente, que resultaría atender los imperativos de ese pretendido pacto de moderación de las rentas retributivas y sociales, únicas que, en realidad, se ponen en juego en la referida pretensión de «pacto de rentas».

En el plano de los ingresos públicos, [la recaudación tributaria ha alcanzado una cifra récord](#) (ha crecido en torno al 18 %, más de 250.000 millones de €), a causa de la alta inflación (este no es buen dato), la resistencia del mercado del trabajo a las incertidumbres (este es buen dato, porque evidencia una capacidad de creación y mantenimiento de empleos significativa, pese a seguir con la cifra de paro más alta de la Unión Europea) y las subidas

No son las subidas salariales las que crean la presión inflacionaria que padecemos, sino los beneficios, además del extremado aumento de los precios de factores productivos claves

(IPC), mientras que los salarios el 15 %. Fuera del debate puramente ideológico, queda claro que no son las subidas salariales las que crean la presión inflacionaria que padecemos, sino los beneficios, además del extremado aumento de los precios de factores productivos claves, pero fuera del control de la autonomía colectiva, no así de las leyes, incluso comunitarias, como la energía.

En estos escenarios, también de crecimiento económico (aunque voluble), una mirada atrás en la historia jurídico-laboral de los procesos de revisión salarial (incluso si no hay en el convenio colectivo una específica cláusula de este tipo) muestra que suben los salarios, al menos los nominales, tarden más o menos. No es solo una inexorable lección de experiencia, sino una condición de racionalidad económica, de justicia social y de imperativo jurídico (a menudo o convidado de piedra en los debates económicos o solo trámite formal de las decisiones –incluso dislates– políticas). Aunque en las materias económicas las decisiones de política legislativa tienen un margen de oportunismo más elevado que en otros ámbitos, no carecen de significativos límites y condicionantes de índole jurídico-social. Este recordatorio gana influencia en una época dominada por el paradigma de la gobernanza numérica, frente al gobierno de lo cualitativo, de lo social, que exige priorizar los derechos a rentas suficientes (retributivas y/o sociales) de todas las personas y hogares (unidades de convivencia), especialmente de las más vulnerables, condición inherente al principio social del Estado constitucional (hoy multinivel).

Desde una perspectiva coyuntural –esperemos–, la persistente crisis de inflación (atenuada en su efecto de pobreza energética, pero aguda en los alimentos, que eleva la pobreza alimentaria, también en España, no solo en el tercer mundo), más perjudicial para las personas y los hogares con menos recursos (recuérdese que la inflación actúa materialmente como un impuesto a la pobreza), hace que la cuestión (no solo económica y social, sino ético-jurídica) relativa a la subida de los salarios en general (cuestión propia de la negociación colectiva), y, especialmente, del salario mínimo legal, el SMI, adquiera más importancia que en el pasado. Al igual que sucede con la cuestión de la revalorización de las pensiones públicas (art. 58 Ley general de la Seguridad Social –LGSS– y art. 36 LPGE/2023), fuertemente criticada por la ortodoxia económica. Y debiera serlo, del mismo modo, la actualización en serio (jurídicamente) de los niveles de protección de las rentas sociales mínimas, estatales (comprometida con plazo en la disp. final quinta Ley 21/2021, de 28 de diciembre, pero pendiente de cumplir) y autonómicas (carece de un compromiso legal de suficiencia, pese

a que el Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS– nos lo reprueba, vez tras vez: por ejemplo, [Conclusiones XXII-2, 2021](#)).

Pero esta relevancia mayor tiene también una dimensión estructural o sistémica. En realidad, el compromiso con un SMI suficiente para una vida razonablemente digna (función del SMI expresada en el principio 6 del [Pilar europeo de derechos sociales](#), actualizado jurídicamente, aunque de forma débil, en la [Directiva UE/2022/2041](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea), así como con la garantía legal del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones públicas, contra todo viento y marea institucional económica, confirmaría una notable corrección del paradigma regulador del mercado de trabajo en particular, y de los mercados de factores productivos. En efecto, frente a la política ultraliberal de desregulación de las condiciones de trabajo dominante (desde los años ochenta del siglo pasado) se impone el retorno a la confianza de las virtudes de la regulación interventora salarial (y social). No se trataría solo de precios del factor trabajo, sino también la garantía de una renta digna como derecho subjetivo de las personas (arts. [35](#) y [41](#) Constitución española –CE–, así como su [art. 10](#), en relación con los arts. [4 CSE](#) y [30 CSE revisada](#) –CSEr–), inherente al principio social del Estado constitucional de derecho, hoy en clave multinivel europea.






















Frente a la política ultraliberal de desregulación de las condiciones de trabajo se impone el retorno a la confianza de las virtudes de la regulación interventora salarial (y social)

Una suerte de (otra) reedición del «*new deal*» norteamericano, o del pacto por el estado de bienestar europeo, que también tiene proyección fuera de los mercados de trabajo (que en España ha tenido su mayor expresión, negociada, por tanto, equilibrada, con renunciaciones y ganancias recíprocas entre las razones sociales y las económicas), como prueba que la Unión Europea haya tumbado, parcialmente claro, el dogma liberal de lo inadecuado de intervención en los precios de factores productivos como los de la energía. De ahí, el [nuevo reglamento comunitario a tal fin](#). En suma, el establecimiento de precios sociales a los factores productivos, como el salario para el factor trabajo (o las rentas sustitutivas, pensiones públicas o garantías de ingresos mínimos sociales), no perjudica al mercado, sino que es un imperativo de buena regulación económica (en inglés, *better and smart regulation*). Cierto, la regulación (como la autorregulación) social económicamente inteligente precisa de un marco legal de calidad, lamentablemente a menudo ausente en la actual práctica de «inflacionarios maratones legislativos».

3. No hay razones económicas que lo desaconsejen, pero sí razones jurídicas que lo demandan: para que el SMI español pueda jugar en la mejor liga europea debe subir en 2023 un 10 %. Precisamente, desde este enfoque no solo de la mejor, también de la debida, «regulación social económicamente inteligente en clave europea» del SMI español, un dato económico emerge rotundo para confirmar la necesidad de una subida relevante si

se quiere jugar en la liga de las economías más desarrolladas europeas: el SMI español se mantiene de los más bajos de los principales países de la Unión Europea (incluye a Italia, si bien no tiene SMI, sino un salario suficiente profesional, fijado por convenio sectorial), según refleja el gráfico 1, por lo que sería disfuncional un porcentaje mínimo de subida para 2023, como constata el gráfico 2. En efecto, la horquilla española, propuesta por la comisión experta elegida por el Gobierno, se situaba entre el 4,5 % y el 8,5 % de subida, mientras que en Europa lo hizo entre el 6 % y el 19 %.

Gráfico 1. Incrementos del SMI en la Unión Europea en 2022

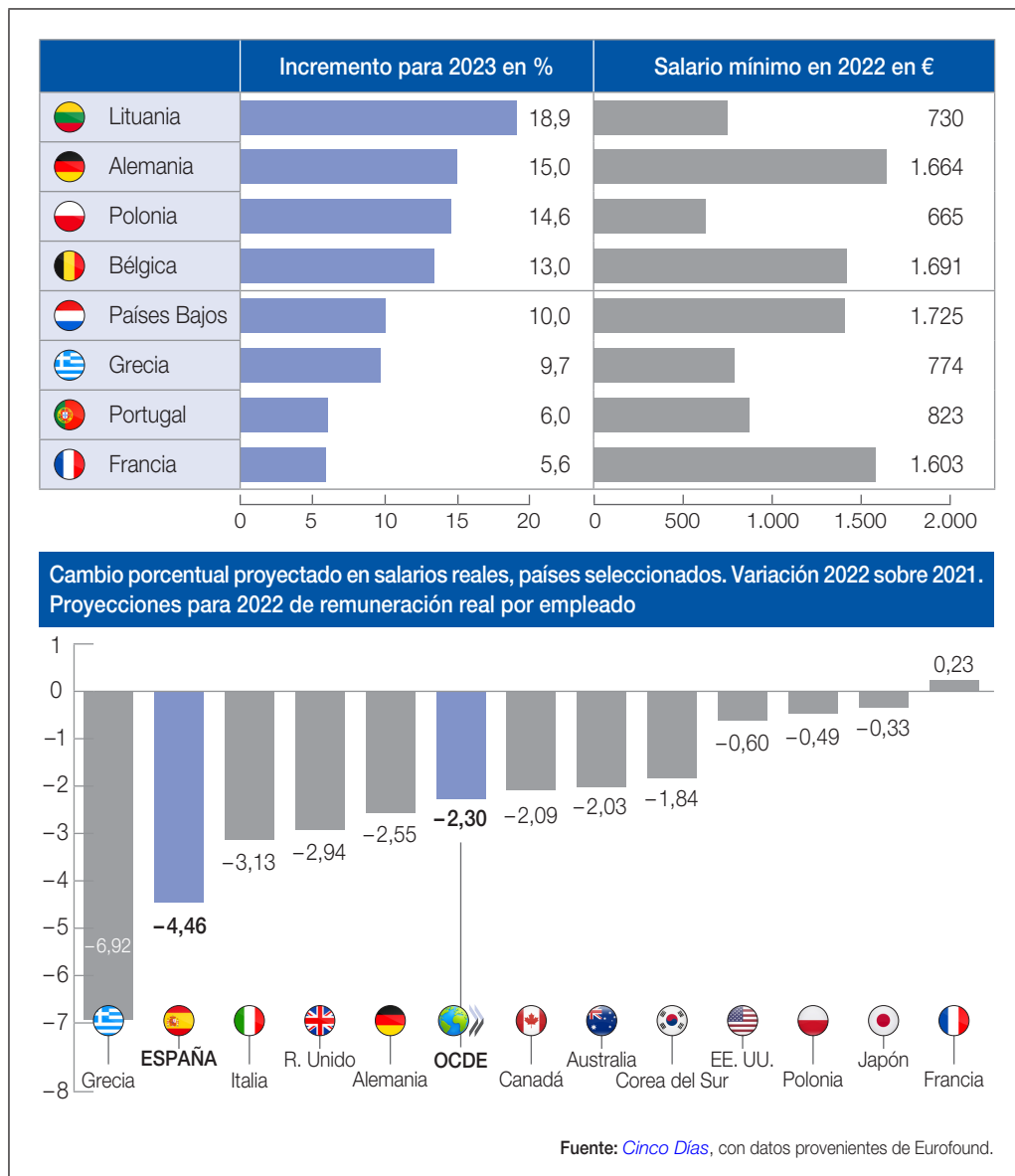
	Salario mínimo En €. En 12 pagas	Incremento sobre 2021. En %
 Hungría	542	19,5
 Lituania	730	13,7
 Estonia	654	12,0
 Rumanía	515	11,0
 Croacia	624	10,3
 Polonia	655	7,5
 Rep. Checa	652	6,6
 Portugal	823	6,0
 Eslovenia	1.164	4,9
 Bélgica	1.691	4,0
 Eslovaquia	646	3,7
 Alemania	1.664	3,4
 Francia	1.603	3,1
 Irlanda	1.775	2,9
 Luxemburgo	2.257	2,5
 Países Bajos	1.725	2,4
 Grecia	774	2,0
 España*	1.126	1,6
 Malta	1.792	1,0
 Bulgaria	332	0,0
 Letonia	500	0,0

(*) En España el último incremento de 2021 ha sido prorrogado en 2022. 965 euros en 14 pagas.

Fuente: *Cinco Días*, con datos de Eurofound (Fundación Dublín o Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo).

La subida en Europa, pues, ha sido muy significativa. El año pasado, el incremento medio del SMI en la Unión Europea fue del 6 % (en 2021 en torno al 4 %), según la Eurofound.

Gráfico 2. Incrementos del SMI en diferentes países de la Unión Europea para 2023, así como cifras de los salarios reales en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para 2022, evidenciando su reducción en la mayoría



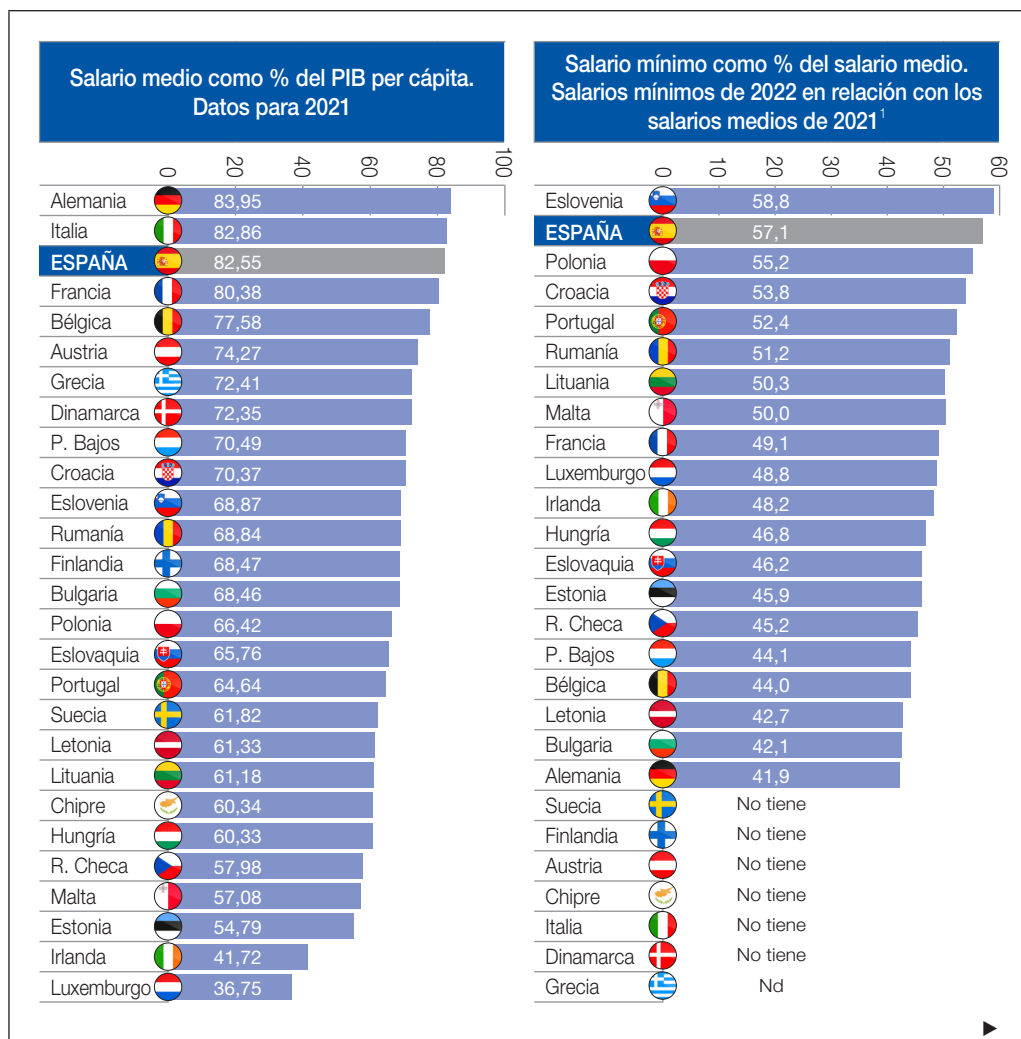
Por tanto, el gradual proceso de convergencia del SMI español al de la media de las principales economías de bienestar europeas se estancaría en 2023, incluso si se fija en el tramo superior propuesto por la [comisión experta](#), el 8,5 % (inflación media), en vez de en el 10 % (porcentaje promedio de los países europeos con un SMI más elevado). Por encima de esa ratio han estado las subidas del SMI de países con economías muy significativas en la Unión Europea, como sería Alemania, Países Bajos, Bélgica, Irlanda, incluso en países con economías menores, como Grecia, etc. Consecuentemente, a la vista de la inflación y la evolución de los salarios pactados en los convenios en el año 2022 ([la OCDE recomienda que suban los salarios en España](#), pues es el segundo país desarrollado que más devalúa los salarios reales: 4,46 %), no hay ninguna razón científica seria para que España no suba el SMI entre un 8,5 (nivel de subida de inflación en el año 2022, tramo máximo previsto por la comisión –[gráfico 9 de su informe](#)–) y un 10 % (nivel de garantía razonable de poder adquisitivo de quienes tienen menos capacidad de asegurarse una vida digna con una capacidad de consumo adecuada). Una pretensión que defenderían los sindicatos, de modo que se situaría en 1.100 euros/mes (en 14 pagas, lo que representa un aumento diferencial respecto de la media europea, que lo contabiliza en 12 pagas).

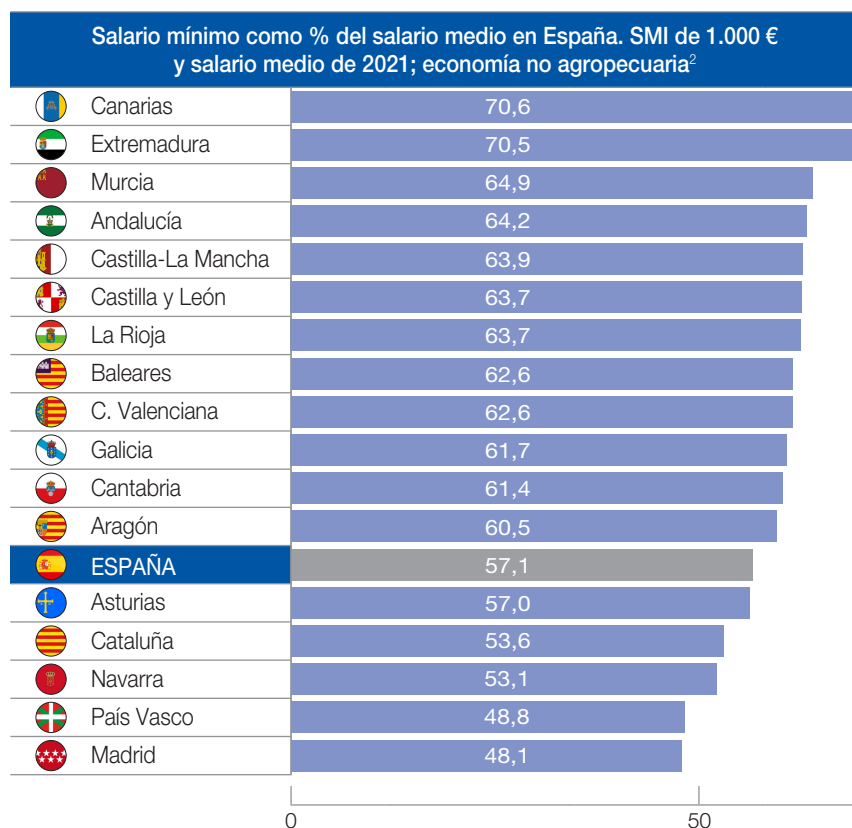
Si no hay [razones económico-ocupacionales serias que obstaculicen una subida](#) del SMI (efectos marginales en el volumen de empleo, impacto positivo contra la pobreza y desigualdad), existen razones jurídico-sociales que requieren garantizar un SMI adecuado. No porque lo imponga [la nueva directiva](#). Lamentablemente, pese al hito jurídico que representa para el refuerzo de la Europa social comunitaria (la de los mercados), normalizando el SMI como institución axial virtuosa económicamente en la Unión Europea, no conlleva ni la fijación de un «SMI comunitario» ni la obligación de establecer un SMI nacional (para los –pocos– Estados que no lo tienen: Austria, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia), ni siquiera un estándar o criterio objetivado que oriente la fijación en los Estados miembros del SMI (las limitaciones competenciales en materia de salarios han sido recordadas por la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 2022, asuntos acumulados C-257/21 y C-258/21](#)). Pese a este enfoque de crítica realista, [la directiva](#), a la que se ajusta el [artículo 27 del ET](#), [se recibe con optimismo](#).

En cambio, mucho más comprometido y vinculante jurídicamente resulta, hasta para una necesaria revisión del [artículo 27 del ET](#) –que contiene criterios muy genéricos (IPC, productividad media nacional, incremento de la participación del trabajo en la renta nacional, la coyuntura económica) y parece dejar completamente a la decisión política la cuantía–, el mandato del artículo 4 de la [CSE](#), en la interpretación, ciertamente exigente jurídico-socialmente, de la doctrina del CEDS. Esta otra cara de la Europa social garantiza un mínimo exigible: el 60 % del salario medio neto. Un estándar que no es una opción político-económica, o *de lege ferenda*, a conseguir con el tiempo, sino una exigencia jurídica *de lege data*, pese a la convicción contraria, no solo en el debate, político-institucional, socioeconómico y mediático, sino también en la doctrina jurisprudencial patria, social y contencioso-administrativa, que sigue sin tomarse suficientemente en serio el valor jurídico de la doctrina del CEDS.

Cierto, no es fácil fijar con precisión el salario medio neto ([la comisión experta](#) –también [la directiva](#)– pide mejoras en la información estadística). Ni España es el país más alejado de esa ratio, tras las subidas en los 3 últimos años, pues la mayoría de los países del Consejo de Europa están alejados (más, lógicamente, a más elevados son sus salarios y mayor es su productividad: por ejemplo, en Bélgica, Holanda, Francia y Alemania, la brecha es de más de 10 puntos porcentuales), ni la situación es homogénea en España atendiendo al factor territorial y sectorial (gráfico 3). También es relevante que el SMI aumente de forma indirecta por el aumento del mínimo exento en el impuesto sobre la renta de las personas físicas ([LPGE/2023](#)).

Gráfico 3. Indicadores del SMI en relación con el salario medio en Europa, 2021 y 2022





¹ Sector privado excluyendo educación, sanidad, arte y ocio, otros servicios, agricultura, ganadería y pesca, y servicio doméstico.

² Excluye agricultura, ganadería y pesca, y servicio doméstico.

Fuente: *Cinco Días*, con datos del VIII Monitor Adecco sobre salarios, 2022.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que, dada la falta de fiabilidad de los datos económicos, la elevada inflación y la devaluación de los salarios reales, por lo tanto, así como la función real del SMI, que es el aval efectivo de un nivel digno de vida, la garantía del 60 % del salario medio neto (situado en 1.856 €/mes, según [la comisión](#)) es un imperativo ineludible para el SMI para 2023. Una garantía que debe ser inmediata, sin esperar a una revisión semestral ([art. 27 ET](#) y la [co-misión experta](#)) y homogénea –igual para todas las personas a tiempo completo, en todos los territorios y sectores–. La adecuación debida a la diversidad territorial debe ser una misión de las rentas públicas sociales (estatales y autonómicas) y la sectorial, competencia de la negociación colectiva.

La garantía del 60 % del salario medio neto es un imperativo ineludible para el SMI para 2023

4. La subida del SMI, faro para el comportamiento retributivo de la negociación colectiva: ¿un retorno a las cláusulas de revisión salarial indexadas al IPC, salvo en el empleo público? Justamente, aunque el [artículo 27 del ET](#) recuerda, y la doctrina jurisprudencial ha interpretado rígidamente (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS- 74/2022, de 26 de enero](#)), que la dinámica del SMI no debe afectar a los salarios convencionales, parece claro que estas subidas del SMI marcan una orientación de aumento en el salario profesional. A la negociación colectiva corresponde garantizar no solo un salario decente, sino también justo, acorde con la necesidad tanto de asegurar cierta participación equitativa de las personas empleadas en el incremento de la riqueza como de mantener el poder de compra de las personas trabajadoras, a su vez condición necesaria para mantener una de las fuentes principales de la economía: la demanda derivada del consumo.

Paradójicamente, aunque el [artículo 3.2 a\) de la Ley 2/2015, de 30 de marzo](#), de desindexación de la economía española, deja fuera a la negociación colectiva salarial, la práctica fue evolucionando en una dirección de reducir, cuando no eliminar, de forma drástica las denominadas cláusulas de revisión salarial indexadas a las subidas del IPC ([antes de 2021 apenas 1 de cada 4 convenios](#)), para acoger otras más ligadas a criterios económicos como la productividad, resultados de las empresas, etc. Por tanto, apenas 2 millones de personas empleadas, de los 7 millones que habrían pactado sus condiciones de trabajo en el año 2022, estarían [cubiertas por tales cláusulas](#). Como advertimos *ut supra*, la radical oposición empresarial a su inclusión está impidiendo que se firme el AENC para los próximos años y que está pendiente de renovación.

Sin embargo, la práctica parece ser mucho más tozuda y realista, imponiéndose en los convenios colectivos más recientemente firmados acuerdos de revisión salarial que afronta, con subidas mayores, los efectos de la inflación. En consecuencia, diversas empresas y sectores económicos comienzan a mostrar un camino diferente, de subidas que, equilibradas respecto de la coyuntura económica, eviten cargar el peso de la crisis y la incertidumbre solo en el trabajo, haciendo insostenible a medio plazo el sistema de mercado, que solo funciona si hay personas que puedan comprar lo que produce.

Diversas empresas y sectores económicos comienzan a evitar cargar el peso de la crisis y la incertidumbre solo en el trabajo

Más en los convenios colectivos de las grandes empresas (por ejemplo, Orange, Telefónica, Repsol, etc.), también en los de sectores económicos de mayor importancia en nuestro país (por ejemplo, Acuerdo de la Asociación de Banca; convenio de la construcción; convenio colectivo del metal, al menos para las provincias de Barcelona y Tarragona, etc.), la profunda brecha entre IPC y evolución salarial se va recortando, lentamente. Aunque, es verdad, más por la bajada de la inflación que por la subida salarial, pero esta [comienza a dar señales de mejora](#). No obstante, [este proceso no solo es muy dispar, sino muy lento](#), y, en consecuencia, su impacto es escaso, por parcial.

Por su parte, el sector del empleo público tampoco da mucho ejemplo de subida acompañada al poder adquisitivo, en la medida en que tan solo prevé una subida lineal del 2,5 % y un 1 % variable, de conformidad con la evolución del IPC y del PIB (art. 19. Dos LPGE/2023). Precisamente, la proyectada reforma de la Ley de función pública estatal (nacida con polémica, por la pretensión de que desde la evaluación de desempeño se puedan remover puestos y reducir salarios públicos) contempla la creación de dos nuevos complementos ligados a la progresión de carrera (difundidos en convenios de grandes empresas) y al desempeño. En todo caso, las retribuciones públicas parecen estar ahora más garantizadas con la **reforma introducida en los artículos 32 y 38 del Estatuto Básico del Empleado Público** (elimina la facultad suspensiva de convenios y acuerdos en caso de interés público económico).

5. ¿Quién hace la ley –incluso el acuerdo– hace la trampa?: vías legales para neutralizar subidas salariales. No solo la evolución es lenta y desigual, sino tampoco es oro toda la subida que reluce. Por ejemplo, hace unas semanas conocimos que **el 60 % de la plantilla del Banco Santander se quedaría sin la subida salarial del 4,5 % pactado en el sector bancario**, pese a ser la entidad financiera que más beneficios obtuvo el año pasado. ¿Por qué? Porque aplica de manera íntegra la cláusula de compensación y absorción ex **artículo 26.5 del ET**. El gran aumento de los ingresos y la rentabilidad empresarial, por encima del objetivo previsto (ROTE [*return on tangible equity*] del 13,6 %), mejoró dividendos, no salarios, pese a contribuir el personal decisivamente en el resultado.

No solo la evolución es lenta y desigual, sino tampoco es oro toda la subida que reluce

Al respecto, a diferencia de los relativos a las cláusulas de inaplicación de los convenios colectivos ex **artículo 82.3 del ET** (no afectadas por la reforma laboral), que van a menos, incluso de los vinculados a la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex **artículo 41.4 del ET**, más frecuentes (por ejemplo, SSTs de **13 de junio de 2022, rec. 297/2020**, y **29 de septiembre de 2022, rec. 296/2020**), están creciendo las controversias judiciales relativas a la técnica de la compensación y la absorción salarial ex **artículo 26.5 del ET**. Un ejemplo reciente es el de la **Sentencia de la Audiencia Nacional 134/2022, de 17 de octubre**, que declara el carácter compensable de todos los complementos respecto a la subida del SMI, salvo el complemento de nocturnidad, por tener una regulación legal especial ex **artículo 36.2 del ET** respecto del **artículo 26.5 del ET**. Se aplica la doctrina de la **STS 74/2022, de 26 de enero** (el SMI no sustituye al salario base pactado, para después adicionar los complementos salariales a percibir por parte de la persona trabajadora), y un *obiter dicta* de la **STS de 1 de abril de 2022 (rec. 60/2020)**.

La exigencia de homogeneidad entre las diferentes partidas retributivas a comparar, para el juego del artículo 26.5 del ET o su exclusión, se ha flexibilizado

Precisamente, si elevamos la mirada hacia la doctrina jurisprudencial general en esta materia, hallaremos una marcada evolución relativizadora

del condicionante más significativo hasta el momento en la operatividad de esta técnica de la compensación y absorción. Así, la exigencia de homogeneidad entre las diferentes partidas retributivas a comparar, para el juego del [artículo 26.5 del ET](#) o su exclusión, se ha flexibilizado para exigir ahora solo «una suficiente homogeneidad» o una equivalencia causal o funcional, no una identidad de causas. Aunque con cierta incertidumbre jurídica, se abren las posibilidades de las empresas para neutralizar, de forma parcial o total, en línea con el Banco Santander, las subidas salariales (por ejemplo, [STS 422/2022, de 11 de mayo](#)).

No obstante, la suerte final dependerá de la precisión de la negociación colectiva en sus formulaciones. En última instancia, las posibilidades aplicativas de la técnica legal de absorción y compensación están en función de «los términos, modo y extensión pactados» (por ejemplo, [SSTS 855/2022, de 26 de octubre](#), y [787/2022, de 29 de septiembre](#) –excluyen la compensación para pluses de transporte, por tratarse de extrasalariales–). Naturalmente, siempre que los convenios sean respetuosos con la imperatividad de la regla, estén realmente vigentes ([STS de 26 de julio de 2022, rec. 23/2021](#)) y no otorguen una retroactividad indebida, por ser desfavorable ([STS 789/2022, de 29 de septiembre](#)). Buena parte de las sentencias de casación citadas son revocatorias de las de suplicación, lo que deja bien de manifiesto la conflictividad e incertidumbre aplicativas.

6. Más allá de la referencia para una retribución digna: el SMI como horizonte para la fijación de las rentas sociales sustitutivas o compensatorias públicas. Con todo, ni las importantísimas (pero debidas, por nuestra ratificación de la CSE y, más aún, con la ratificación tanto de la CSEr como del protocolo de reclamaciones colectivas) subidas del SMI, teniendo como referencia también el IPC, ni la aplicación estricta –igualmente debida y nada disfuncional, todo lo contrario– del sistema de revalorización indexado al IPC ex [artículo 58 de la LGSS](#) (con el [art. 36 y ss. LPGE/2023 –RD 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023–](#)) están corrigiendo de una manera significativa que España siga siendo un país de personas mileuristas, incluso de «menos-mileuristas». Y ello tanto en el ámbito de la población activa, ocupada o desempleada, como de la pensionista, contributiva y no contributiva, así como, por supuesto, de las personas y grupos que integran la población dependiente de una amplia pléyade de rentas sociales mínimas, sean estatales (la principal, el ingreso mínimo vital –IMV–), sean autonómicas (en particular, las rentas mínimas de inserción).

En el ámbito de la población trabajadora, la contribución del SMI a la reducción de la pobreza, que [ha dejado en el mínimo histórico los hogares que viven con menos de 1.000 euros/mes](#), el número de personas menores de 30 años que no llegan ni a mileuristas está 13 puntos por encima del nivel prepandemia. En otros términos, crece

Se precisa una renovación e intensificación muy profunda de las políticas (activas y pasivas) de mercado de trabajo decente para estos colectivos

la pobreza laboriosa juvenil: **un 45,5 % de personas entre 16 y 29 años ingresan menos de 1.000 euros netos al mes**, antes de la pandemia se situaba en el 32 %. Se precisa, pues, de una renovación e intensificación muy profunda de las políticas (activas y pasivas) de mercado de trabajo decente para estos colectivos.

Cierto, vemos cómo crece el empleo, incluso «indefinido» (que no se identifica con estable ya). Pero una parte importante lo es a tiempo parcial y/o discontinuo, con lo que reduce la retribución, dificultando al tiempo la protección por desempleo. Ni la norma de urgencia que el Gobierno prepara para mejorar los estímulos económicos a la contratación indefinida, en especial de colectivos más desfavorecidos, ni **la reforma que la LPGE/2023 ha introducido en la prestación por desempleo** (modificación del art. 270.2 LGSS, con vigencia para las prestaciones actuales), para pasar de una prestación del 50 % al 60 % a partir de los 6 meses, son suficientes, ni coherentes con la CSE (arts. 12 y 13), como nos reprobaba el CEDS.

En el ámbito de la población pensionista («inactiva»), la revalorización lineal de todas las pensiones públicas, contributivas y no contributivas (arts. 35 y 39 LPGE/2023), al 8,5 % (IPC promedio), con un coste entre 12.000 y 15.000 millones de euros, que no deja de tener algunos efectos de regresividad (se sube lo mismo a quien tiene un poder de compra elevado –pensión máxima– que a quien lo tiene bajo –pensiones mínimas–), con importantes brechas de género (**también en la población activa**), no resuelve que **1 de cada 2 personas pensionistas se mantenga por debajo del SMI**. Un déficit de tutela que la elevación de la pensión máxima por encima de los 3.000 euros (o que el aumento de las bases máximas de cotización un 8,5 %, como el IPC, y las mínimas con el SMI: **art. 122 LPGE/2023**; o el aumento de cotización con el mecanismo de equidad intergeneracional ampliado hasta el 2050) no corregirá. Como tampoco lo hará el incremento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) el 3,6 % (**disp. adic. nonagésima LPGE/2023**: 600 €/mes en 12 pagas).

Cierto, no puede silenciarse que las pensiones no contributivas (PNC), así como el IMV (que está referenciado con aquellas: **art. 13.2 a) Ley 19/2021, de 20 de diciembre**, con un coste total de 3.096.926,14 millones de € –**art. 12.Cinco LPGE/2023**–), **se revalorizarán por encima de las contributivas**. En efecto, el **artículo 44 de la LPGE/2023**, relativo a la revalorización de las PNC (y otras prestaciones del sistema), la prevé conforme al valor medio de variación del IPC, **esto es, 8,5 %**. Sin embargo, el **artículo 77**, para las PNC, y el **artículo 79**, para el IMV, del Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, prevé una subida adicional del 6,5%, alcanzando, así, el 15 % para todo el año.

Con todo, queda claro, a mi juicio, que la solución más adecuada no está en estas reglas de «parcheo» continuado, con una lógica meramente discrecional y típicamente asistencial, en este caso dependiente de acuerdos de coyunturas político-partidistas. En cambio, la respuesta ha de llegar desde un enfoque de garantías fuertes de los derechos sociales. Una solución prevista, como anticipamos, y que contiene la **disposición final quinta de la**

[Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), para garantizar la suficiencia de las pensiones mínimas (incluiría naturalmente las contributivas, pero también las no contributivas como el IMV, por definición mínimas, mínimas).

Compromiso pactado a tres bandas, tiene como referencia dos hitos, uno jurídico (la adecuación no solo al [art. 50 CE](#), sino también al actual [art. 23 CSEr](#)) y otro jurídico-económico, el SMI, en un escenario de sostenibilidad integral del sistema (financiera, sí, también social). Ahora bien, pese a lo que pudiera parecer, la exigibilidad de ese compromiso, que ahora parece estar encima de la Mesa de Diálogo Social abierta para la nueva –y más conflictiva– fase reformadora de las pensiones (como contrapartida a la ampliación del periodo para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y el destope de cotizaciones), no puede depender ni de la voluntad gubernamental, ni de la virtuosidad sindical, ni de la decisión legislativa estatal, sino que también es un mandato internacional europeo.

En este sentido, no es ocioso recordar que el CEDS ha vuelto ([Conclusiones XXII-2, 2021](#)) a reprobar a España la inadecuación a la CSE de los niveles mínimos de protección asistencial, en todos los sistemas, tanto de Seguridad Social (incluidas las prestaciones por desempleo; desde luego también el IMV para una persona) como en los de asistencia social autonómica (en especial, las rentas mínimas de inserción autonómicas –RMA–).

A este último respecto, es interesante el informe del Ministerio de Derechos Sociales en relación con las RMA, en el que se desvela cómo han subido, en estos años, la mitad que el SMI, con lo que evidencia una notable desprotección social, lo que no solo dista de ser coherente con la exigencia de suficiencia prestacional, sino que es disconforme con la CSE. Una disconformidad (continuada, como prueba el que la nueva prestación especial por desempleo que se creará para el sector de la cultura sea solo el 80 % del IPREM –en línea con la lógica asistencial de estas prestaciones–) que ahora podrán los sindicatos, y las organizaciones no gubernamentales, denunciar directamente a través de reclamaciones de índole colectiva ante el CEDS. Un nuevo canal de lucha por los derechos sociales a una renta garantizada suficiente para todas las personas (que nadie se quede realmente atrás), que debería servir para que las leyes españolas, también la doctrina judicial y jurisprudencial, se tomen en serio las garantías de protección mínima suficiente debidas al cumplimiento, debido, no opción, de mandatos constitucionales europeos. Veremos.

El CEDS ha vuelto a reprobar a España la inadecuación a la CSE de los niveles mínimos de protección asistencial, en todos los sistemas, tanto de Seguridad Social como en los de asistencia social autonómica

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). Garantías salariales y de rentas sociales sustitutivas en clave europea: ¿lo «político-económico» por encima de lo «jurídico-social»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 5-19. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.11471>

Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Extracto

Las modificaciones de mayor o menor calado introducidas por la Ley 17/2022 en relación con los contratos laborales específicos del personal dedicado a la ciencia están alineadas con los objetivos de la reforma laboral de diciembre de 2021 en materia de contratación, fomentando también en el ámbito de la ciencia la contratación por tiempo indefinido y mejorando el régimen jurídico y, por ende, la calidad de la contratación temporal del personal dedicado a la ciencia. Sin embargo, la reforma ha creado también ciertos desajustes que se podían haber evitado observando un mínimo cuidado. Tampoco se han solucionado algunos problemas que se arrastraban de la regulación anterior.

Palabras clave: contratos de trabajo; predoctoral; de acceso del personal investigador doctor; de investigador/a distinguido/a; de actividades científico-técnicas; contratos temporales en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; contratos temporales con cargo a fondos de la Unión Europea.

Recibido: 28-10-2022 / Aceptado: 12-11-2022 / Publicado (en avance *online*): 01-12-2022

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2022). Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 21-57. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7269>



The labour contracts of the Law of Science and their adaptation to the requirements of the labour reform of December 2021

Fernando Ballester Laguna

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

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Abstract

The modifications of greater or lesser significance introduced by Law 17/2022 in relation to the specific employment contracts of science staff are in line with the objectives of the labour reform of December 2021 in terms of hiring. These modifications also promote indefinite contracts and the improvement of the legal regime in the field of science and, therefore, the quality of temporary contracts of staff in this sector. However, the reform has also led to situations of imbalance that could have been avoided, and some problems that were carried over from the previous regulation have not yet been solved.

Keywords: labour contracts; PhD research staff; postdoctoral research staff; distinguished researcher; scientific-technical activities; temporary contracts within the framework of the Recovery, Transformation and Resilience Plan; temporary contracts charged to European Union funds.

Received: 28-10-2022 / Accepted: 12-11-2022 / Published (online preview): 01-12-2022

Citation: Ballester Laguna, F. (2022). The labour contracts of the Law of Science and their adaptation to the requirements of the labour reform of December 2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 21-57. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7269>



Sumario

1. Introducción
 2. Las modalidades del contrato de trabajo específicas del «personal investigador»
 - 2.1. Las modalidades contractuales del ET en el ámbito de la ciencia
 3. El contrato predoctoral
 - 3.1. La ampliación del objeto del contrato al periodo de orientación posdoctoral
 - 3.2. Las nuevas causas de interrupción del cómputo de duración del contrato
 - 3.3. El derecho a la indemnización fin de contrato
 4. El contrato de acceso del personal investigador doctor
 - 4.1. Las modificaciones menores operadas en el régimen jurídico del contrato de acceso
 - 4.2. La orientación del contrato de acceso a la estabilización
 5. El contrato de investigador/a distinguido/a
 6. El contrato de actividades científico-técnicas
 - 6.1. Extinción del contrato. Especial referencia a la pérdida de financiación como causa extintiva del contrato de actividades científico-técnicas
 7. La contratación temporal en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y con cargo a fondos de la Unión Europea
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La reciente Ley 17/2022, de 5 de septiembre (BOE de 6 de septiembre), ha modificado la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación (LCTI). Se trata de una adaptación al contexto actual –no de un cambio de paradigma– del marco normativo estatal en materia de ciencia, tras más de 10 años de vigencia de la LCTI, la cual incorpora novedades en materia de recursos humanos al servicio de la I+D+i (personal laboral y funcionariado), transferencia del conocimiento y gobernanza, e incluye la perspectiva de género en materia de ciencia.

El objeto de este estudio, sin embargo, está mucho más acotado. Se centra en el análisis de los recursos humanos y, más concretamente, en las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador (en verdad, del personal investigador y, en determinados casos, del personal técnico y del personal de administración o gestión de la investigación). Se trata del contrato predoctoral, el contrato de acceso de personal investigador doctor, el contrato de investigador/a distinguido/a y el contrato de actividades científico-técnicas. Y a este respecto conviene clarificar desde el principio que las modificaciones de mayor o menor calado que han afectado a todos los contratos laborales específicos del ámbito de la ciencia¹ están alineadas con los objetivos de la reforma laboral de diciembre de 2021 en materia de contratación (Real Decreto-Ley –RDL– 32/2021, de 28 de diciembre –BOE de 30 de diciembre–), fomentando también en este ámbito la contratación por tiempo indefinido y mejorando el régimen jurídico y, por ende, la calidad de la contratación temporal. En algunos pasajes, la reforma se ha limitado a mejorar la redacción de algunos preceptos, tratando de hacerlos más comprensibles y/o haciendo uso de un lenguaje más inclusivo por razón de género. Pero también existen preceptos oscuros que adolecen de una mala o deficiente técnica legislativa. De todo lo cual se dará cuenta en este trabajo. Además, y ya fuera de las modalidades del contrato de trabajo específicas del personal investigador, me referiré muy someramente a la contratación laboral ordinaria en el ámbito de la ciencia, así como a la contratación de duración determinada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y con cargo a fondos de la Unión Europea. Sobre este último ha incidido también la Ley 17/2022. El estudio termina recogiendo las principales conclusiones que cabe extraer de la nueva ordenación legal de todos estos contratos.

¹ Se prefiere este término amplio para dar cabida a los distintos sujetos que pueden suscribir estos contratos: el personal investigador propiamente dicho, el personal técnico y el de gestión de la investigación.

2. Las modalidades del contrato de trabajo específicas del «personal investigador»

La Ley 17/2022 ha modificado los apartados 1, 2 y 4 del artículo 20 de la LCTI procediendo a redefinir las modalidades del contrato de trabajo específicas del personal investigador. Ahora se recogen como tales el contrato predoctoral, el contrato de acceso de personal investigador doctor (anteriormente denominado «contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación» –CASECTI–), el contrato de investigador/a distinguido/a (anteriormente identificado como contrato de investigador distinguido) y el contrato de actividades científico-técnicas (introducido mediante un nuevo art. 23 bis LCTI por RDL 8/2022, de 5 de abril –BOE de 6 de abril–, aunque sin incluirlo expresamente entonces dentro de los contratos específicos enunciados en el art. 20 LCTI).

En cuanto al marco normativo aplicable a estos contratos, el artículo 20.1, párrafo 2.º, de la LCTI se refiere a las previsiones de la propia LCTI y de sus normas de desarrollo, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y sus normas de desarrollo, los convenios colectivos aplicables (identificados por primera vez en el precepto) y, en su caso, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (también identificada por vez primera en la norma). No se establece prelación alguna entre todas estas fuentes más allá de su enumeración secuencial. Sin embargo, parece evidente que deben primar las previsiones contenidas en la normativa específica (LCTI y normas de desarrollo de esta), debiendo jugar el ET y su normativa de desarrollo un papel supletorio, para colmar las lagunas de regulación. Así se especificaba con anterioridad a la modificación operada por la Ley 17/2022 y así debe interpretarse también en la actualidad, como consecuencia del carácter singular de los contratos que centran nuestra atención, determinando con ello una preferencia de la ordenación contenida en su propia normativa reguladora. Por su parte, los convenios colectivos ocuparán el lugar que les corresponde en el ámbito de las relaciones laborales (arts. 3.3 y 3.5 ET), con las especialidades que resulten, en su caso, del carácter público de la parte empleadora. Asimismo, el EBEP podrá resultar aplicable, debiéndose coherente su lectura con el ET, aunque jugando también un papel supletorio respecto de lo no regulado en la LCTI y su normativa de desarrollo. Las normas que regulan algunas de las modalidades del contrato de trabajo específicas en el ámbito de la ciencia subrayan el papel supletorio del ET y del EBEP².

² Específicamente en relación con el contrato predoctoral, el artículo 3 del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo (BOE de 15 de marzo), por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación (EPIPF), declara expresamente al ET como fuente supletoria. Por su parte, el artículo 22.1 g) *in fine* de la LCTI dispone que en lo no previsto en este artículo en relación con el contrato de acceso del personal investigador doctor serán de aplicación el EBEP y el ET. Y en los mismos términos se expresa el artículo 23 bis.4 de la LCTI en relación con el contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas.

El apartado 2 del artículo 20 de la LCTI se refiere a los sujetos contratantes. Por la parte empleadora se identifican los siguientes: a) los organismos públicos de investigación (OPI) de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas, incluidos los centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con este, las fundaciones del sector público y los consorcios públicos de investigación³; y b) las universidades públicas. Se produce en este punto una modificación de relieve, ya que hasta el momento las universidades públicas únicamente podían recurrir a las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador cuando eran «perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i» (art. 20.1 b) LCTI en su versión anterior), es decir, cuando las universidades dispusieran de fondos no estables, propios o ajenos, de carácter finalista. Con la reforma operada por la Ley 17/2022, la contratación por parte de las universidades públicas no está subordinada a la existencia de determinadas fuentes de financiación de los contratos, pudiéndose plantear incluso el recurso al capítulo I de sus presupuestos (gastos de personal) para ello. Con la particularidad de que en tal caso la celebración de estos contratos requerirá autorización⁴.

Junto a las entidades contratantes a las que se refiere el artículo 20.2 de la LCTI existen otras recogidas extrasistemáticamente en la disposición adicional primera de la LCTI, a las cuales se les exigen determinados requisitos para poder recurrir a todas o a algunas de estas modalidades del contrato de trabajo.

Tal es el caso de las universidades privadas y las universidades de la Iglesia católica (se identifican por separado), las cuales pueden concertar: a) contratos predoctorales; b) contratos de acceso de personal investigador doctor (en este caso no se aplican las reglas sobre la posibilidad de evaluar la actividad investigadora a partir de la finalización del segundo año del contrato –apdo. 2 art. 22– ni todo lo referido a la obtención del certificado R3 ni a la participación en los procesos selectivos a los que se refieren el apdo. 3 art. 22 y

³ A las fundaciones del sector público y a los consorcios públicos de investigación se refiere también la disposición adicional primera de la LCTI. Es muy posible que esta reiteración obedezca a un olvido del legislador de 2022, que ha incluido a estos entes como posibles sujetos contratantes en el artículo 20 de la LCTI sin hacerlos desaparecer de la disposición adicional primera de la LCTI en la que se contemplaban desde el año 2011.

⁴ Así se deduce *a sensu contrario* del siguiente enunciado normativo: «Cuando el contrato esté vinculado en su totalidad a financiación externa o procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, [el contrato] no requerirá del trámite de autorización previa».

Tal es lo que disponen los artículos 21 b) (en relación con el contrato predoctoral), 22.1 e) (en relación con el contrato de acceso) y 23 bis.3 (en relación con el contrato de actividades científico-técnicas). Curiosamente, no se ha establecido una previsión análoga en relación con el contrato de investigador/a distinguido/a.

Para el profesor Moreno Gené (2022b, p. 4), la necesidad de autorización se circunscribe a los contratos financiados con fondos propios de carácter finalista, no estructurales.

el art. 22 bis LCTI); y c) contrato de investigador/a distinguido/a. Además, la celebración de cualquiera de estos contratos se condiciona a que «sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador». El mismo tratamiento parece darse a las universidades privadas sin ánimo de lucro («cuando sean perceptoras de fondos cuya contratación incluya la contratación de personal» a secas), con la particularidad de que se permite a estas últimas recurrir también al contrato de actividades científico-técnicas para la contratación de personal investigador (art. 23 bis LCTI) y de personal técnico de apoyo a la investigación y a la transferencia de conocimiento (art. 32 bis LCTI).

Otro supuesto contemplado en la disposición adicional primera de la LCTI es el de las entidades privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico, generen conocimiento científico o tecnológico, faciliten su aplicación y transferencia o proporcionen servicios de apoyo a la innovación en las entidades empresariales, y a los centros tecnológicos inscritos en el correspondiente registro. Todos ellos pueden recurrir a los mismos contratos que las universidades privadas y las de la Iglesia católica, exclusivamente «cuando sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas que tengan como objeto la contratación de personal [...] concedidas en el marco de la Estrategia española de ciencia y tecnología o de la Estrategia española de innovación».

Por su parte, otros organismos de investigación de la Administración General del Estado distintos de los OPI podrán recurrir sin cortapisas a los contratos predoctorales, de acceso de personal investigador doctor y de actividades científico-técnicas. En el caso concreto del Banco de España y de la Fundación Centro de Estudios Monetarios y Financieros, el elenco de contratos disponibles para atender su actividad investigadora se enriquece con el contrato de investigador/a distinguido/a (disp. adic. primera LCTI).

Del lado de la parte trabajadora, el artículo 20.1 de la LCTI se refiere lacónicamente al «personal investigador». Pero se trata de una aparente limitación de los sujetos contratantes, pues las normas que disciplinan estos contratos extienden algunos de ellos al personal técnico (contrato de investigador/a distinguido/a y contrato de actividades científico-técnicas) y al personal de administración o gestión (contrato de actividades científico-técnicas), como ya ha sido anunciado y se detallará en el momento oportuno.

Para terminar estas reflexiones sobre las modalidades del contrato de trabajo específicas en el ámbito de la ciencia conviene poner de manifiesto que, sin perjuicio de las peculiaridades que poseen estos contratos, diferenciándose así de las modalidades contractuales típicas del ET, no se trata de genuinas relaciones especiales de trabajo, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2 l) del ET: de una parte, porque ninguno de estos contratos está incluido en el catálogo de relaciones especiales del propio artículo 2 del ET y, de otra, porque su normativa reguladora –que es la otra vía por la que se pueden crear nuevas relaciones laborales de carácter especial, siempre y cuando se trate de normativa de rango legal, como es el caso– omite cualquier referencia al carácter especial de los contratos de trabajo del personal investigador.

2.1. Las modalidades contractuales del ET en el ámbito de la ciencia

De conformidad con el inalterado artículo 20.2, párrafo 2.º, de la LCTI, se sigue permitiendo a las entidades anteriormente mencionadas proceder a la contratación de personal investigador (entiéndase *lato sensu*) «a través de las modalidades del contrato de trabajo establecidas por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Lo que sin duda remite a los contratos laborales típicos de «derecho común», los cuales se han visto dimensionados tras la reforma laboral de diciembre de 2021. Ello no significa, sin embargo, que sea posible recurrir a todas y cada una de las modalidades contractuales del vigente ET, pues existe una limitación clara al respecto: es necesario que las necesidades concretas existentes en el ámbito de la investigación puedan satisfacerse a través del contrato escogido. Lo que permite de entrada excluir algunos contratos tales como los formativos (art. 11 ET), en su doble modalidad de en alternancia y para la práctica profesional adecuada, para la contratación de personal investigador propiamente dicho, pues ya existen contratos formativos específicamente diseñados para ello: señaladamente el contrato predoctoral; al que se suma el de ayudante en el ámbito de las universidades públicas (aunque parece que este último tiene los días contados⁵). Otra cosa es la contratación de personal técnico y de personal administrativo de gestión, respecto del cual no parecen existir inconvenientes para recurrir a los contratos formativos del ET, especialmente, por lo que se refiere al contrato formativo para la práctica profesional adecuada. Tampoco parece que haya nada que objetar a la posible utilización de otras figuras contractuales del ET, tales como el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción (art. 15.1 y 2 ET), el contrato de duración determinada por sustitución de la persona trabajadora (art. 15.1 y 3 ET)⁶ o, inclusive, el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo (art. 16 ET)⁷. Todo dependerá de las concretas necesidades que surjan en el ámbito de la ciencia, tales como el disfrute de las vacaciones de la persona titular del contrato de actividades científico-técnicas (contrato de duración determinada por circunstancias de la producción); la necesidad de cubrir la actividad investigadora que venía desarrollando una persona sujeta a un contrato

⁵ El Proyecto de Ley orgánica del sistema universitario (LOSU), en vía de tramitación parlamentaria, hace desaparecer este contrato, por lo que de confirmarse esta medida su espacio podrá ser cubierto por el contrato predoctoral. El Proyecto de LOSU puede consultarse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-111-1.PDF

⁶ A la posibilidad de recurrir al contrato de interinidad por sustitución se refiere explícitamente el artículo 48.1 de la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (LOU) (BOE de 24 de diciembre).

⁷ La disposición adicional cuarta del RDL 32/2021 permite la celebración de contratos indefinidos fijos-discontinuos cuando ello resulte esencial para el cumplimiento de los fines de las Administraciones públicas y de las entidades que conforman el sector público institucional. Pero este contrato consume tasa de reposición, salvo que se solicite y se obtenga autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública para una tasa de reposición específica.

Sobre las dificultades y posibilidades de encajar el contrato indefinido fijo-discontinuo en el ámbito de la ciencia, véase Molina Navarrete (2022, pp. 72-75).

de acceso de personal investigador doctor que ve suspendido su contrato de trabajo por maternidad, nacimiento y cuidado de menor (contrato de duración determinada por sustitución de la persona trabajadora); la necesidad de atender proyectos de investigación que requieran una dedicación intermitente (contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo); o la contratación temporal de un/a técnico/a de laboratorio recién graduado/a (contrato formativo para la práctica profesional adecuada).

Pero volvamos la mirada a las modalidades del contrato de trabajo específicas en el ámbito de la ciencia –contrato predoctoral, contrato de acceso del personal investigador doctor, contrato de investigador/a distinguido/a y contrato de actividades científico-técnicas– que son las que se han visto alteradas por la reforma de la Ley 17/2022. Dado que ninguno de estos contratos es nuevo, me centraré en las modificaciones que han afectado a los mismos, remitiendo para un estudio completo de su régimen jurídico (precedente) a otros estudios de la doctrina científica⁸.

3. El contrato predoctoral

El régimen jurídico del contrato predoctoral se contiene primordialmente en el artículo 21 de la LCTI, así como en el EPIPF. Se trata de un contrato de duración determinada y a tiempo completo, de naturaleza formativa, cuyo objeto principal consiste en la realización de la tesis doctoral.

Las novedades introducidas por la Ley 17/2022 en este contrato son las siguientes: 1) la introducción del denominado «periodo de orientación posdoctoral» dentro del objeto mismo del contrato; 2) la ampliación de las causas que interrumpen el cómputo de su duración; y 3) el reconocimiento explícito de la misma indemnización fin de contrato predoctoral que la prevista en el artículo 49.1 c) del ET a favor de los contratos de duración determinada. Veámoslas.

3.1. La ampliación del objeto del contrato al periodo de orientación posdoctoral

Junto a la realización de la tesis doctoral, así como del conjunto de actividades que integran el programa de doctorado, la Ley 17/2022 ha previsto que: «Asimismo, el contrato tendrá por objeto la orientación posdoctoral por un periodo máximo de 12 meses⁹. En cualquier caso, la duración del contrato no podrá exceder del máximo indicado en el párrafo c)», esto es, los 4 años o 6 en caso de personas discapacitadas, de duración máxima del contrato predoctoral.

⁸ Para un estudio completo de todas o algunas de estas figuras contractuales, me remito a Luján Alcaraz (2012, pp. 175 y ss.), Moreno Gené (2011, pp. 92 y ss.; 2022a, pp. 57 y ss.) y Sirvent Hernández (2016).

⁹ Es de suponer que, si la obtención del título de doctorado se produce cuando falten más de 12 meses de duración posible del contrato predoctoral, este se extinguirá anticipadamente.

El asunto trae causa de las consecuencias anudadas a la obtención del título de doctor sin haber agotado la duración máxima del contrato predoctoral. Un asunto controvertido que en su día dio lugar a dos interpretaciones de signo opuesto¹⁰ y cuya solución acabó decantándose en el EPIPF recogiendo expresamente como causa extintiva del contrato la obtención del título de doctor con anterioridad al agotamiento de su duración máxima posible; previamente el entonces Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades había optado por esta misma lectura del problema en las distintas convocatorias de ayudas a la contratación de personal investigador predoctoral en formación. Sin embargo, esta causa extintiva del contrato predoctoral (primero aplicada por el ministerio del ramo y después asumida por el EPIPF) venía planteando problemas de índole práctico. Así, no era descartable, por ejemplo, que el personal investigador predoctoral tuviera la tentación de alargar innecesariamente la culminación de la tesis doctoral para conseguir así mantener vivo el contrato de trabajo hasta su duración máxima. Anticipándose a este tipo de problemas y seguramente también para no desaprovechar un parte de las ayudas ya concedidas, algunas convocatorias públicas de ámbito nacional, autonómico y universitario venían previendo un denominado «periodo de orientación posdoctoral», en aquellos casos en los que se culminaba la defensa de la tesis doctoral con anterioridad al tiempo estipulado para la realización de la misma. A este respecto, las soluciones eran variadas, aunque todas ellas tenían como denominador común la suscripción de un nuevo contrato temporal distinto del predoctoral, con mayores retribuciones que este (normalmente asumidas por las entidades contratantes) y con un objeto también diferente.

Pues bien, con la reforma operada por la Ley 17/2022 se integra como objeto mismo del contrato predoctoral el denominado «periodo de orientación posdoctoral». Esta opción tiene sin duda la ventaja de simplificar la gestión del periodo de orientación posdoctoral, que no requiere la celebración de un contrato nuevo y diferente, lo cual además se había convertido en más complicado a partir de la reforma laboral de diciembre de 2021. Téngase en cuenta que el contrato que venía siendo utilizado para cubrir el periodo de orientación posdoctoral era el de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación, cuya desaparición dejaba prácticamente como único contrato a utilizar el CASECTI –ahora denominado «contrato de acceso de personal investigador doctor»–, cuya utilización para cubrir el periodo de orientación posdoctoral presentaba –y presenta, si ponemos el acento en la nueva versión del contrato– los siguientes problemas: 1) su duración mínima de 1 año, que impedía recurrir a la figura para cubrir periodos más

¹⁰ Dos fueron las hipótesis interpretativas: 1) poniendo el acento en la calificación del predoctoral como un contrato de duración determinada (art. 21 c) LCTI), se defendía que el mismo tiene un principio y un fin ciertos, no viéndose interferida la duración del contrato como consecuencia de la culminación de la tesis doctoral; y 2) partiendo de la naturaleza formativa del contrato predoctoral (art. 21 a) LCTI) y teniendo en cuenta que la consecución del título de doctor pone fin a la etapa formativa del personal investigador (art. 20.4 LCTI), se interpretaba que el contrato predoctoral combina un término cierto (la duración máxima posible) con otro incierto (la culminación *ante tempus* de la tesis doctoral), pudiendo finalizar el contrato en cualquiera de esos dos escenarios.

cortos de orientación posdoctoral. Ahora la duración mínima del contrato de acceso del personal investigador doctor es de 3 años empeorando, por tanto, la situación; 2) la imposibilidad de poder disfrutar con posterioridad de un contrato de acceso completo (por su duración máxima); y 3) el nuevo sesgo del contrato desde la reforma operada por la Ley 17/2022 orientado a la realización de un itinerario de acceso estable al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI).

Sin embargo, la inclusión de este periodo de orientación posdoctoral en el seno del contrato predoctoral plantea también ciertos desajustes. Uno de ellos –tal vez el de más envidia jurídica– tiene que ver con las dificultades de justificar en clave constitucional el mantenimiento más allá de la lectura de la tesis doctoral de un régimen retributivo singular que es propio de los contratos formativos¹¹, máxime teniendo en cuenta que el artículo 20.4 de la LCTI afirma rotundamente que «la consecución de la titulación de doctorado pondrá fin a la etapa de formación del personal investigador». Quizás la manera de sortear el problema de constitucionalidad que se cierne sea la de considerar que el periodo de orientación posdoctoral, incluido expresamente en el artículo 21 de la LCTI como objeto posible del contrato predoctoral, constituye la excepción a la regla general contenida en el artículo 20.4 de la LCTI que se acaba de transcribir, cohonestando y haciendo compatibles así ambas previsiones de la LCTI. Por otro lado, no se identifica en la ley qué actividad o actividades pueden integrar la orientación posdoctoral objeto del contrato. Hasta la fecha eran las propias convocatorias de ayudas a las que me he referido anteriormente las que procedían a concretar el tipo de tareas a realizar en este marco (señaladamente, actividades tendentes a la publicación de la tesis doctoral). Sin embargo, sería deseable que el contenido del periodo de orientación posdoctoral recibiera un tratamiento más homogéneo que pusiera el acento, además, en actividades relacionadas con la tesis doctoral. No parece razonable que el periodo de orientación posdoctoral pueda ser utilizado para realizar cualquier tipo de investigación posdoctoral. Para ello se podría modificar el artículo 4 del EPIPF. De hecho, ninguna mención a la orientación posdoctoral se contiene actualmente en el EPIPF, pese a que esta se ha convertido en posible objeto del contrato. Por último, parece evidente que el

¹¹ Como es sabido, la menor retribución del contrato predoctoral podía encontrar explicación en la finalidad formativa del contrato, la cual fue considerada en su día por el Tribunal Constitucional en relación con el contrato en prácticas como una justificación objetiva y razonable de su diferencia retributiva respecto de la relación laboral común (Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, de 22 de julio).

Las retribuciones mínimas del contrato predoctoral se fijan por referencia a unos porcentajes aplicables sobre el salario reconocido en el convenio colectivo de aplicación para las categorías equivalentes al contrato predoctoral. Dichos porcentajes se cifran en un 56 % durante los 2 primeros años de duración del contrato, un 60 % durante el tercer año y un 75 % durante el cuarto año, sin que en ningún caso se pueda percibir un salario por debajo del mínimo interprofesional fijado anualmente por el Gobierno de conformidad con el artículo 27 del ET. Este régimen retributivo se intenta mejorar en el EPIPF, en el que se dispone que: «Para el establecimiento de las retribuciones anteriores se tomará como referencia mínima la categoría correspondiente al grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado», garantizándose así con carácter general un suelo retributivo mínimo por encima del salario mínimo interprofesional.

precepto legal que contempla el periodo de orientación posdoctoral como objeto del contrato predoctoral colisiona con el artículo 9.2 del EPIPF, que declara expresamente causa extintiva del contrato la lectura de la tesis doctoral. De ahí que la norma reglamentaria deba considerarse –es verdad que por causas sobrevenidas– *contra legem*. Por razones de seguridad jurídica convendría proceder a su pronta modificación, matizando el alcance de esta causa extintiva, la cual no operará en todos los casos.

3.2. Las nuevas causas de interrupción del cómputo de duración del contrato

Originariamente, el artículo 21 de la LCTI aparejaba efectos «suspensivos» sobre la duración del contrato predoctoral a las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. Con posterioridad, el EPIPF procedió a adaptar la terminología, contemplando las nuevas denominaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio (BOE de 29 de julio), e introdujo dos nuevos supuestos suspensivos. Así, junto a la adopción y al acogimiento se contempla separadamente la guarda con fines de adopción. Además, se recogen dos nuevas causas suspensivas del contrato predoctoral: una, referida a la suspensión del contrato como medida de protección de las mujeres víctimas de la violencia de género, y la otra, relacionada con el incumplimiento por parte de la dirección de la tesis doctoral de las tareas propias de dirección de la misma.

La Ley 17/2022 ha procedido a ampliar considerablemente los supuestos que dan lugar al alargamiento de la duración del contrato, aglutinándolos bajo la denominación más precisa de «interrupción»¹² del cómputo de duración del contrato predoctoral. Es posible afirmar así que este contrato (al igual que el contrato de acceso del personal investigador doctor) se ha erigido en la modalidad contractual de carácter temporal que mejor permite conciliar la vida laboral, personal y familiar por la vía de prever *ex lege* el alargamiento de la duración del contrato ligado al ejercicio de estos derechos. Junto a las situaciones anteriormente enumeradas –a excepción del supuesto de incumplimiento del director o de la directora de la tesis doctoral de las tareas de dirección¹³– se contemplan otras nuevas, como enseguida

¹² Hasta el momento se utilizaba incorrectamente el término «suspensión» para referirse a los efectos que se aparejan a este tipo de vicisitudes en la duración del contrato temporal: un periodo de no cómputo, de tal modo que el tiempo de duración del contrato se alarga proporcionalmente como consecuencia del acaecimiento de estas vicisitudes.

¹³ Llama la atención que no se haya aprovechado esta reforma para incorporar en el texto de la LCTI el único supuesto creado *ex novo* por el EPIPF en el año 2019. Lo que seguramente obedece a un descuido –otro más– del legislador, que no ha acompasado las previsiones de la ley y el reglamento en este y en otros muchos puntos. Sobre el régimen jurídico de esta particular causa de interrupción de la duración del contrato predoctoral, me permito remitir a Ballester Laguna (2019, pp. 227-230).

se verá. Sin embargo, la técnica legislativa empleada deja mucho que desear. Los distintos supuestos se recogen ahora en dos párrafos distintos, según se trate de vicisitudes a tiempo completo o a tiempo parcial, aparejando a las primeras la interrupción del «cómputo de la duración del contrato» y a las segundas la «prórroga del contrato por el tiempo equivalente a la jornada que se ha reducido», esto es, el mismo efecto anterior, pero aplicado con criterios de proporcionalidad. Pero dado que algunas de las situaciones que se recogen admiten tanto su disfrute a tiempo completo como a tiempo parcial (por ejemplo, el permiso de lactancia), aquellas se repiten en sendos párrafos haciendo la regulación muy farragosa. Algo que hubiera podido evitarse de una manera muy sencilla, recogiendo por una sola vez todas las situaciones que interrumpen el cómputo de la duración del contrato y matizando que cuando su disfrute lo sea a tiempo parcial dicha interrupción (el alargamiento del contrato) lo será en la misma proporción que se ve reducido el tiempo de trabajo. También resulta llamativa la falta de precisión en el uso de la terminología para referirse a las distintas vicisitudes que interrumpen el cómputo de la duración del contrato. A este respecto debe tenerse en cuenta que, si bien el grueso de las personas contratadas bajo las modalidades del contrato de trabajo específicas de la LCTI tendrán la condición de empleados/as públicos/as, la contratación es posible también en el marco de las universidades privadas y de otras entidades privadas sin ánimo de lucro, como se ha visto anteriormente. Y aunque en cada uno de estos ámbitos las situaciones son bastante próximas entre sí, sin embargo, la normativa se refiere a aquellas con cierta frecuencia con distinta denominación. Un ejemplo paradigmático de lo que se dice es el de la «excedencia» por violencia de género (art. 21 c), párr. 4.º, LCTI), que es la fórmula empleada en el EBEP para referirse a esta vicisitud en relación con los empleados públicos, mientras que, en el ámbito del empleo privado, sometido al ET en este punto, esta misma situación se califica como «suspensión». No parece razonable, desde luego, que en atención al tenor literal del artículo 21 de la LCTI –que utiliza el término «excedencia»– haya que considerar excluidas del derecho a la interrupción de su contrato a las personas trabajadoras contratadas por las universidades privadas o por otras entidades privadas sin ánimo de lucro. Aunque habría sido mucho más acertado utilizar alguna otra fórmula más neutra y omnicomprendensiva como «situación» o «vicisitud», por ejemplo. Por último, el artículo 21 c), párrafos 4.º y 5.º, de la LCTI recoge también como vicisitudes que interrumpen el cómputo de la duración del contrato «otras situaciones análogas relacionadas con las anteriores». Fórmula abierta que, si bien tiene la ventaja de poder incluir en el supuesto de hecho de la norma otras vicisitudes de contenido análogo ya existentes o que se puedan crear en el futuro, plantea también serios problemas de seguridad jurídica, siendo una cuestión eminentemente valorativa determinar qué es análogo y qué no lo es¹⁴. Asimismo, se pueden generar dudas sobre si interrumpen también el cómputo de duración del contrato otras vicisitudes análogas provenientes de otros instrumentos normativos distintos de la ley estatal, tales como la normativa autonómica e, inclusive, los convenios colectivos.

¹⁴ ¿Se considerarán análogas a las excedencias por violencia de género las nuevas violencias sexuales reconocidas en la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual?

A continuación, se recoge el catálogo completo contenido en la Ley 17/2022 de vicisitudes que interrumpen el cómputo de la duración del contrato, indicando la normativa básica que las regula, amén de realizarse algunas observaciones:

- «situaciones de incapacidad temporal». A ellas se refiere el artículo 45.1 c) del ET y los artículos 50.2 y 51 del EBEP. En este caso resulta acertada la utilización del término genérico «situaciones» dado que el ET califica la incapacidad temporal como un supuesto de «suspensión» del contrato de trabajo, mientras que el EBEP la considera un «permiso», aglutinando de esta forma ambos supuestos.
- «permisos a tiempo completo por gestación, embarazo, riesgo durante la gestación, el embarazo y la lactancia». Empezando por las situaciones descritas en último lugar, el riesgo durante la gestación y el embarazo (que son una misma cosa) y el riesgo durante la lactancia son supuestos a los que se refiere tanto el EBEP (art. 50.2) como el ET (art. 45.1 e), debiéndose poner en relación estos preceptos con el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE de 10 de noviembre). Por su parte, la disposición adicional decimosexta del EBEP recoge un permiso retribuido a favor de las funcionarias en estado de gestación a partir del día primero de la semana 37 de embarazo, salvo que se trate de un embarazo múltiple, en cuyo caso el permiso podrá iniciarse el primer día de la semana 35 de gestación. Dada su ubicación sistemática, no parece que este permiso pueda extenderse a todas las empleadas públicas (personal laboral), a diferencia de lo que sucede con las situaciones recogidas en los artículos 48 y 49 del EBEP de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del propio EBEP. Tampoco existe en la normativa estatal ningún otro permiso por gestación o por embarazo, a no ser que se consideren como tales los permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto a que se refieren los artículos 48 e) del EBEP y 37.3 f) del ET. De no ser así, ¿se podrían considerar situaciones análogas a las que también se refiere la norma con posterioridad?
- «permisos (a tiempo completo o parcial) por nacimiento, maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar». A todas estas situaciones se refieren tanto el EBEP (art. 49 a), b) y c) como el ET (art. 45.1 d). Llama la atención que la LCTI siga conteniendo referencias a la maternidad y a la paternidad cuando ambas situaciones se han fusionado en el «nacimiento» sin más, si bien en el EBEP se califica como «permiso», mientras que en el ET se considera una causa de «suspensión» del contrato de trabajo. Por ello, la LCTI tendría que haber utilizado un término más neutro («vicisitud» o «situación», por ejemplo), en lugar del término «permiso» en evitación de posibles interpretaciones restrictivas de la norma.
- «permisos por lactancia acumulada a jornadas completas» y «reducción de jornada laboral por razones de lactancia». Tales situaciones se regulan en el artículo 48 f) del EBEP y en el artículo 37.4 del ET.

- «permisos a tiempo completo por situaciones análogas relacionadas con las anteriores» y «reducciones de jornada por situaciones análogas relacionadas con las anteriores». Fórmulas abiertas que, si bien permiten integrar otros supuestos no expresamente recogidos, actuales o futuros, y con origen en distintas fuentes de regulación, plantean, a la par, los problemas de seguridad jurídica anteriormente apuntados.
- «permisos a tiempo completo [...] o reducciones de jornada por razones de conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes». Es de suponer que se trata de necesidades de conciliación distintas de las que ya cuentan con una ordenación específica. A dichas situaciones genéricas se refieren los artículos 14 j) y 48 j) *in fine* del EBEP, así como el artículo 34.8 del ET.
- «excedencias por cuidado de hijo/a, de familiar o por violencia de género». Véanse el artículo 89.4 y 5 del EBEP y los artículos 45.1 n) y 46.3 del ET.
- «reducciones de jornada laboral por razones de [...] nacimiento de hijo/a prematuro/a u hospitalizado/a tras el parto, cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, de familiares afectados por accidente o enfermedad grave o de personas dependientes, o por violencia de género». Artículos 48 a), g) y h), y 49 e) y d) del EBEP y artículo 37.3, 5, 6 y 8 del ET.

Por último, debe tenerse en cuenta que dependiendo de la vicisitud de que se trate nos podemos encontrar con situaciones muy variadas por lo que se refiere a la cotización (que puede mantenerse o no o, inclusive, computarse como tal –ficticiamente– a los efectos de lucrar ciertas prestaciones futuras), al mantenimiento o no del salario y la generación o no de prestaciones de la Seguridad Social. Pero a los efectos que ahora interesan debe tenerse en cuenta que en todos aquellos casos en los que subsista el salario (por ejemplo, en los permisos retribuidos) y/o en los supuestos en los que se mantenga la obligación de cotizar, ello generará unos sobrecostes que difícilmente van a ser asumidos por las entidades financiadoras de los contratos. Téngase en cuenta que se trata de situaciones sobrevenidas y, por ende, no estimables en el momento de fijar la cuantía de las ayudas, por lo que con toda probabilidad se van a desplazar estos sobrecostes –ahora potencialmente mayores dado el incremento exponencial de vicisitudes que interrumpen el cómputo de duración del contrato– a las entidades empleadoras. A no ser que las entidades que conceden las ayudas decidan incrementar el porcentaje de financiación de los costes indirectos y permitan el abono de estos eventuales sobrecostes con cargo a aquellos.

3.3. El derecho a la indemnización fin de contrato

La Ley 17/2022 ha reconocido un derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral en los mismos términos que se prevén en el artículo 49.1 c) del ET en relación con la extinción de los contratos de duración determinada, esto es, una indemnización de 12 días de salario por año de servicio o parte proporcional (nuevo apdo. e) art. 21 LCTI). Además,

este derecho indemnizatorio se ha extendido también a los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (disp. trans. segunda Ley 17/2022).

Se satisface así una reivindicación histórica del personal investigador predoctoral en formación que, desde la introducción de esta modalidad contractual en el año 2011, venía reivindicando el reconocimiento de un derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral. Por mi parte, sin embargo, vengo sosteniendo desde hace algún tiempo que el derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral ya existe con fundamento en el artículo 49.1 c) del ET. No es este el momento de desarrollar en detalle mi tesis al respecto¹⁵. Aunque no me resisto a exponer sintéticamente las razones que me llevan a sostenerla. A saber: 1) el artículo 20 de la LCTI remite expresamente al ET como normativa aplicable a las modalidades del contrato de trabajo específicas del personal investigador; 2) el silencio de la normativa específica de aplicación sobre la existencia o no de un derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral era una laguna normativa que integrar; 3) el artículo 49.1 c) del ET contiene una regla general favorable al derecho a la indemnización fin de contrato temporal y unas excepciones que, como tales, han de ser objeto de una interpretación restrictiva; 4) los contratos formativos que resultan excluidos del derecho a la indemnización fin de contrato temporal por el artículo 49.1 c) del ET son los contratos formativos recogidos con esa denominación en el propio ET, esto es, los contratos formativos en alternancia y para la práctica profesional adecuada (art. 11 ET); 5) el contrato predoctoral es un contrato de naturaleza formativa propio y distinto de los contratos formativos del artículo 11 del ET, estando incluido, por tanto, en el ámbito de aplicación de la regla general favorable al derecho indemnizatorio; y 6) los fines de la indemnización fin de contrato (el fomento del empleo estable y, sobre todo, la mejora de la calidad de la contratación temporal), así como una interpretación conforme a la Directiva 1999/70/CE y al principio de igualdad ante la ley (art. 14 Constitución española –CE–), contribuyen también a la vis expansiva de la regla general favorable a la indemnización contenida en el artículo 49.1 c) del ET, también en relación con el contrato predoctoral.

En atención a lo anteriormente expuesto, creo que es posible afirmar que este reconocimiento explícito del derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral que ahora realiza el artículo 21 e) de la LCTI nada añade ni quita a lo que se deduce de la aplicación al caso del artículo 49.1 c) del ET. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el asunto ha sido muy polémico, con sentencias de los tribunales de signo opuesto sobre el particular¹⁶, habiéndose decantado el Tribunal Supremo por una solución contraria a la existencia de un derecho indemnizatorio fin de contrato predoctoral¹⁷. De ahí que, aunque soy de la opinión

¹⁵ Para un estudio detallado de esta cuestión, me permito remitir a Ballester Laguna (2022). Específicamente sobre el contrato predoctoral, pueden consultarse las páginas 132 a 137.

¹⁶ A favor del derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral se ha dictado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 11 de abril de 2019 (rec. 34/2017). En contra, las SSTSJ de Asturias de 23 de junio (rec. 129/2020) y de 30 de junio de 2020 (rec. 48/2020); y Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla de 12 de febrero de 2020 (proc. 10/2019).

¹⁷ Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de octubre de 2020 (rec. 119/2019). Los principales argumentos esgrimidos por esta sentencia para sustentar su negativa al reconocimiento

de que el artículo 49.1 c) del ET brinda cobertura suficiente a la existencia de un derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral, reconozco también la oportunidad de su reconocimiento expreso en este caso para acabar con una doctrina judicial que, aunque errónea, se había impuesto en la práctica en el primer recurso de casación resuelto sobre el particular. Además, este reconocimiento expreso del derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral determinará que el mismo se convierta en un coste elegible de las ayudas concedidas para la contratación del personal predoctoral en formación, facilitando así su financiación por las entidades convocantes de las ayudas, junto al resto de los costes laborales y de seguridad social. Algo que no ocurría hasta la fecha dada la confusión reinante sobre la existencia o no de este derecho indemnizatorio ligado a la terminación regular del contrato predoctoral¹⁸, el cual se reconoce ahora sin ambages merced a la Ley 17/2022.

4. El contrato de acceso del personal investigador doctor

Regulado en el artículo 22 de la LCTI, el CASECTI pasa a denominarse de la mano de la Ley 17/2022 contrato de acceso del personal investigador doctor (en adelante, contrato de acceso). Pero no solo se trata de un mero cambio de nombre, pues la ley introduce algunas mejoras de su régimen jurídico que afectan a la descripción del objeto del contrato y, dentro de este, a las posibilidades de impartición de docencia, el tiempo de dedicación, la duración del contrato y las causas que interrumpen el cómputo del mismo, así como los efectos indemnizatorios anudados a la terminación del contrato por expiración del plazo convenido. De todas formas, la modificación más relevante que ha experimentado el contrato tiene que ver con su finalidad y su renovada orientación a facilitar el tránsito del personal investigador doctor hacia relaciones jurídicas estables, laborales o funcionariales, tanto en el seno de los OPI como de las universidades públicas. A ello obedece el nuevo artículo 22 bis de la LCTI.

de un derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral son los siguientes: 1) de entre las modalidades del contrato de trabajo específicas del personal investigador, solo en relación con el contrato de investigador/a distinguido/a se determinan los efectos económicos de la extinción (en verdad los efectos económicos de la extinción vía desistimiento de la parte empleadora); 2) la LCTI no reconoce una indemnización ligada a la extinción del contrato predoctoral y tampoco ha efectuado una remisión al ET en este punto; 3) el ET resulta de aplicación supletoria en aquellos aspectos en los que la LCTI no contenga regulación expresa; 4) para activar la supletoriedad del ET es necesario calificar el contrato predoctoral, pues hay contratos a los que dicho precepto estatutario priva del derecho a la indemnización fin de contrato; y 5) el contrato predoctoral constituye una modalidad contractual de carácter formativo asimilable al contrato en prácticas (en su versión anterior) del artículo 11 del ET.

¹⁸ Quizás por ello, el Ministerio de Ciencia e Innovación ha anunciado que asumirá el coste de las indemnizaciones fin de contrato predoctoral (y fin de CASECTI) de los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2022 (<https://www.ciencia.gob.es/Noticias/2022/Octubre/El-Ministerio-de-Ciencia-e-Innovaci-n-asumir--el-pago-de-las-indemnizaciones-por-finalizaci-n-de-los-contratos-predoctorales-y-posdoctorales.html>).

A todas estas cuestiones me referiré a continuación, distinguiendo el análisis de las modificaciones menores –llamémosle así– de su régimen jurídico de la que se considera más relevante relacionada con el cambio de orientación del contrato.

4.1. Las modificaciones menores operadas en el régimen jurídico del contrato de acceso

Como se ha anticipado, la Ley 17/2022 ha introducido algunos cambios menores en el régimen jurídico del renovado contrato de acceso.

El primero de ellos tiene que ver con el objeto del contrato, que si bien se define en los mismos términos en que lo hacía el CASECTI («La finalidad del contrato será la de realizar primordialmente tareas [...] orientadas a la obtención del personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzca a la consolidación de su experiencia profesional»), se especifica ahora que dichas tareas no son solo «de investigación», sino también de «desarrollo, transferencia de conocimiento e innovación», acomodando así el objeto del contrato al concepto amplio de ciencia reinante en la actualidad. Asimismo, se incrementa de 80 a 100 horas anuales las que se pueden dedicar al desempeño de la actividad docente, dejándose de exigir, además, que se trate de «colaboraciones complementarias en tareas docentes relacionadas con la actividad de investigación propuesta» (art. 21.1 e) en su versión anterior). Todo ello supone una ampliación de la actividad docente, tanto desde el punto de vista cuantitativo (el número de horas) como cualitativo (el tipo de docencia, no limitado a las colaboraciones complementarias que debían estar además relacionadas con la investigación que se lleva a cabo, ganando así en autonomía y en diversidad la docencia a impartir). Lo que debe valorarse como un paso positivo encaminado a facilitar la incorporación estable de este personal en el seno de las universidades públicas, aunque la carga docente de este contrato sigue siendo notoriamente inferior –menos de la mitad– a la que tiene su homólogo el contrato de profesor/a ayudante doctor/a (art. 50 LOU). Lo que sin duda deja el contrato de acceso en una peor posición de partida que el contrato de ayudante doctor de cara a la acreditación de los méritos docentes (otra cosa son los méritos investigadores) en el seno de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación (ANECA).

También la duración del contrato ha experimentado algunos retoques, estableciéndose la duración mínima en 3 años (antes era de 1) y la máxima en 6, salvo cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad¹⁹, en cuyo caso la duración máxima será

¹⁹ Sobre el concepto de «discapacidad» a los efectos de la duración ampliada del contrato de acceso, considero que resulta de aplicación analógicamente lo previsto en el artículo 6.1, párrafo 2.º, del EPIPF sobre el particular en relación con la duración del contrato predoctoral, a cuyo tenor:

A estos efectos, se considerarán personas con discapacidad las previstas en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

de 8 años (con anterioridad, la duración máxima era de 5 años en todos los casos). Las prórrogas dentro de la duración máxima del contrato siguen siendo de 1 año como mínimo, salvo en un supuesto excepcional que antes no se contemplaba en el CASECTI (aunque sí en el contrato predoctoral, lo que suponía un agravio comparativo entre ambos): cuando se hayan consumido más de 5 años, o de 7 en caso de personas discapacitadas, se permite que se concierte un nuevo contrato con otro/a empleador/a o prorrogarse el contrato vigente con el mismo/a empleador/a por el tiempo que reste –menos de 1 año– hasta el máximo establecido en cada caso. Además, se ha dispuesto que el tiempo consumido bajo la extinta modalidad de CASECTI se contabilizará para el cálculo de los periodos máximos del nuevo contrato de acceso. Lo que significa que una persona que viera extinguido el CASECTI tras 2 años de duración, por ejemplo, puede suscribir un nuevo contrato de acceso por el tiempo mínimo de 3 años y máximo de 4; a no ser que se trate de una persona con discapacidad, en cuyo caso el contrato de acceso podrá concertarse por un máximo de 6 años. Sin embargo, y salvo en relación con las personas discapacitadas, duraciones del CASECTI superiores a 3 años hacen inviable la suscripción del contrato de acceso con posterioridad, puesto que la duración mínima de este es de 3 años y la máxima de 6. Ello produce una verdadera distorsión, ya que la persona interesada no podrá completar la duración máxima del CASECTI mediante la suscripción de un nuevo contrato de este tipo, el cual resulta inviable desde la entrada en vigor de la Ley 17/2022, ni tampoco podrá recurrir al nuevo contrato de acceso al no poderse suscribir por un tiempo inferior a 3 años. Para evitarlo, considero que cabría interpretar que los 3 años como mínimo de duración del contrato de acceso se computan sumando el tiempo consumido en el CASECTI (por ejemplo, 3 años y 6 meses), permitiendo celebrar después el nuevo contrato de acceso (por ejemplo, con una duración inicial de 1 año y eventuales prórrogas hasta alcanzar la duración máxima posible). Es razonable interpretar que, si el tiempo consumido en el CASECTI cuenta a los efectos de la duración máxima del contrato de acceso, también debería contar a los efectos de su duración mínima.

En otro orden de ideas, aunque directamente vinculado con la duración del contrato de acceso, se ha planteado un problema relacionado con el desfase entre la duración mínima del contrato de acceso (3 años) y la duración de las ayudas posdoctorales de algunas convocatorias publicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2022, las cuales hasta la fecha se saldaban con la contratación a través del CASECTI y que se han visto privadas de la posibilidad de recurrir al nuevo contrato de acceso, quedando como única salida prácticamente viable la de recurrir al contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas. Es evidente que en el futuro las convocatorias de ayudas posdoctorales ajustarán sus duraciones a la nueva realidad. Pero ello no es óbice para que resulte criticable que la Ley 17/2022 no haya previsto una regla de derecho transitorio que hubiera permitido seguir recurriendo a la contratación mediante el CASECTI en relación con todas las convocatorias de ayudas posdoctorales que se hubieran lanzado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2022 con una duración inferior a 3 años, determinando que en tales casos rigiese la norma vigente al tiempo de la convocatoria de

las ayudas, en lugar de la norma vigente al tiempo de la celebración del contrato que ha sido el criterio adoptado sin excepciones.

Asimismo, la Ley 17/2022 ha precisado que el contrato de acceso es de «dedicación a tiempo completo» (art. 22.1 c) LCTI), cuestión sobre la que guardaba silencio la regulación del CASECTI permitiendo en aquel momento ambas modalidades de contratación (a tiempo completo y a tiempo parcial)²⁰. Por otro lado, la Ley 17/2022 ha hecho desaparecer la referencia al artículo 11.1 del ET (sobre el contrato en prácticas, ahora evolucionado en el contrato de formación para la práctica profesional) como norma supletoria para colmar las lagunas de regulación. Supresión que considero acertada dado que la remisión a dicho precepto estatutario contribuía a alimentar la falsa idea de la naturaleza formativa del contrato, la cual debe considerarse completamente superada desde la aprobación misma de la Ley de la ciencia en el año 2011, a la vista de la claridad con la que se expresa el artículo 20.4 de la LCTI, a cuyo contenido ya me he referido con anterioridad.

Por último, y al igual que ha ocurrido en el caso del contrato predoctoral, se han ampliado las causas que interrumpen el cómputo de duración del contrato de acceso. Asimismo, se ha reconocido un derecho a la indemnización fin de contrato de acceso por remisión a lo dispuesto en el artículo 49.1 c) del ET. Dado que ambas cuestiones ya han sido analizadas en relación con el contrato predoctoral, a lo allí expuesto me remito con carácter general. Aunque sí quiero realizar una puntualización en relación con el derecho a la indemnización fin de contrato de acceso. Y es que, a diferencia de lo acontecido sobre esta misma problemática en el marco del contrato predoctoral, los tribunales todavía no se han pronunciado –y es posible que ya no lo hagan– sobre la existencia o no de un derecho a la indemnización fin de CASECTI (a extinguir) con fundamento en el artículo 49.1 c) del ET.

4.2. La orientación del contrato de acceso a la estabilización

Con una regulación que presenta todavía algunos flecos abiertos, se anuncia en la exposición de motivos de la Ley 17/2022 que el nuevo contrato de acceso (en verdad tan solo el concertado en el seno de determinados organismos, todos ellos de carácter público²¹) está

²⁰ Recuérdese que el artículo 12.2 del ET dispone que: «El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación», debiéndose entender que está permitida siempre que no resulte excluida, como ocurre ahora con el contrato de acceso.

²¹ Así, las universidades públicas, los OPI de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas, los centros del Sistema Nacional de Salud y aquellos vinculados o concertados con este, y las fundaciones del sector público y los consorcios públicos de investigación (art. 22.2 LCTI). Quedan fuera de esta posibilidad, por tanto, los contratos de acceso concertados por las universidades privadas y por otras entidades privadas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LCTI.

orientado a la incorporación estable del personal investigador doctor al SECTI, favoreciéndose el tránsito desde este contrato de duración determinada y a tiempo completo hacia relaciones jurídicas estables, laborales o funcionariales, tanto en el seno de los OPI como de las universidades públicas. Modelo que, se afirma, está inspirado en el anglosajón denominado «*tenure track*». Para concurrir a la promoción, será necesario obtener el (nuevo) certificado R3, de investigador/a establecido/a, al que se podrá optar tras haber recibido una evaluación positiva de la actividad investigadora realizada en el marco del propio contrato de acceso.

Dicha evaluación (calificada por la exposición de motivos como intermedia²²) posee las siguientes características de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LCTI: 1) se podrá realizar a partir de la terminación del segundo año del contrato de acceso; 2) quedará sujeta a los requisitos que se establezcan, precisándose que la evaluación se utilizará exclusivamente a efectos de promoción; y 3) se llevará a cabo por distintos organismos o entidades según los casos²³. Además, se prevé la posibilidad de que los organismos financiadores del SECTI incluyan en sus convocatorias la posibilidad de evaluar la actividad investigadora desarrollada por personas que, sin haber sido contratadas a través del contrato de acceso, cuenten con experiencia posdoctoral, incluida la llevada a cabo en el extranjero, mayor de 3 años. Lo que en la exposición de motivos de la ley se presenta como una medida introducida para reducir la endogamia.

Tras haber superado esta evaluación del apartado 2 del artículo 22 de la LCTI, se podrá optar a la obtención de una certificación como investigador/a establecido/a (certificado R3), cuya concesión está en manos en todos los casos de la Agencia Estatal de Investigación²⁴.

²² La primera evaluación se habrá producido en el propio proceso selectivo del contrato de acceso que, de acuerdo con la exposición de motivos, «se produce en concurrencia competitiva a través de una evaluación científica».

²³ Así, si el contrato se realiza en el marco de programas de incorporación posdoctoral financiados por los organismos financiadores del SECTI, la evaluación será realizada por el organismo financiador correspondiente. En otro caso, se distinguen cuatro situaciones: 1) personal contratado por los OPI de la Administración General del Estado y otros organismos, fundaciones y consorcios de investigación que integran el sector público estatal: la Agencia Estatal de Investigación; 2) personal contratado por los OPI de otras Administraciones públicas: el organismo que designe cada comunidad autónoma o, en su defecto, la Agencia Estatal de Investigación; 3) personal contratado por centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con este, o con institutos de investigación sanitaria: el Instituto de Salud Carlos III; y 4) personal contratado por las universidades públicas: la ANECA o las agencias de evaluación del profesorado de ámbito autonómico.

²⁴ En la exposición de motivos se afirma que:

El nuevo sistema de evaluaciones externas promueve la excelencia y la transparencia en la selección y promoción del personal investigador, de acuerdo con los criterios OTM-R (*Open, Transparent and Merit-Based Recruitment of Researchers, Working Group of the Steering Group of Human Resources Management Under the European Research Area*, julio 2015) sobre selección y evaluación del personal investigador, y los incluidos en la Declaración de San Francisco sobre evaluación de la investigación (*Declaration of Research Assessment, DORA, 2012*), a la que se ha adherido la Agencia Estatal de Investigación a principios de 2021.

Se prevé incluso que la superación de la anterior evaluación intermedia puede considerarse un requisito suficiente para la obtención del certificado R3, siempre que, de conformidad con el criterio técnico de la Agencia Estatal de Investigación, queden garantizadas la calidad y la homogeneidad de criterios de dichas evaluaciones; en tal caso se acortarían considerablemente los plazos para poder optar a la promoción²⁵. De acuerdo con lo previsto en el artículo 22 bis de la LCTI, este certificado será reconocido en los procesos selectivos de personal de nuevo ingreso estable convocados por determinados organismos y entidades de naturaleza pública y tendrá efectos de exención o compensación de parte de las pruebas o fases de evaluación curricular o equivalentes. En el ámbito universitario (público), dicha compensación o exención de méritos investigadores se llevará a cabo en el proceso de acreditación. Las plazas de nuevo ingreso estable a cuyos procesos selectivos podrá concurrir el personal investigador con certificado R3 serán las siguientes: 1) en los OPI de la Administración General del Estado: escala de personal científico titular y escalas de personal laboral fijo; 2) en las universidades públicas: profesorado titular y profesorado contratado doctor; y 3) en los OPI de otras Administraciones públicas: escalas de personal funcionario o estatutario equivalentes y escalas de personal laboral fijo.

Adicionalmente, se prevé una reserva dentro del límite de la tasa de reposición del 25 % (en los OPI) y del 15 % (en las universidades públicas) a favor de las personas que hayan obtenido el certificado R3 o hayan superado una evaluación equivalente a la del Programa de Incentivación de la Incorporación e Intensificación de la Actividad Investigadora (el reputado certificado I3). Lo que hace pensar que ambos certificados (el nuevo R3 y el conocido I3) serán más o menos equivalentes y, por ende, exigentes de cara a su obtención; es posible, incluso, que el certificado R3 acabe desplazando al certificado I3. En el supuesto de que no se cubran todas las plazas de reserva, se prevé su acumulación al resto de plazas ofertadas²⁶.

Tal y como se apuntó con anterioridad, quedan todavía algunas incógnitas sobre el contrato de acceso que se tendrán que despejar, fundamentalmente relacionadas con los criterios de adjudicación de las ayudas a la contratación, los requisitos para superar la evaluación intermedia y los que se establezcan para la obtención del nuevo certificado R3. De la mayor o menor exigencia de unos y/o de otros va a depender que nos quedemos más cerca o más lejos de la consecución del doble desiderátum manifestado en la exposición de motivos de la Ley 17/2022 de que el contrato de acceso se erija en un instrumento en pos

²⁵ Así se afirma en la exposición de motivos: el modelo «está diseñado para reducir la edad de incorporación al sistema».

²⁶ Desde el año 2021, estos cupos ya existían en el marco del CASECTI, si bien estaban reservados a determinados programas de excelencia tales como el Ramón y Cajal y Miguel Servet (disp. adic. decimosexta LCTI en su redacción dada por el RDL 29/2021, de 21 de diciembre –BOE de 22 de diciembre–).

de la estabilización del personal así contratado en el seno de los OPI y de las universidades públicas y de que ello se pueda lograr, además, en el menor tiempo posible. No parece que la suscripción de un contrato de acceso sin experiencia posdoctoral previa permita el cumplimiento de los requisitos para la obtención del certificado R3 en un tiempo récord de 2 años. Tampoco parece probable que un uso masivo del contrato de acceso, como ha ocurrido hasta la fecha con el CASECTI, permita conseguir la «fijeza» en el empleo público de todo el personal contratado bajo esta modalidad. Aunque en relación con esto último hay que ser conscientes de que los OPI y, sobre todo, las universidades públicas pueden tener dificultades en incorporar a sus plantillas estables todo el personal investigador contratado a través del contrato de acceso.

5. El contrato de investigador/a distinguido/a

Se trata de un contrato que puede ser tanto indefinido como de duración determinada, a tiempo completo o a tiempo parcial, otorgándose un peso importante a la autonomía individual en la determinación de su régimen jurídico. Dos son las novedades que cabe destacar en relación con el contrato de investigador/a distinguido/a: la redefinición de su objeto y la inclusión expresa de la posibilidad de impartir docencia. Asimismo, se prevé una regla de derecho transitorio en relación con los contratos de esta tipología concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2022.

Ciertamente, la principal novedad introducida por la Ley 17/2022 en el régimen jurídico del contrato de investigador/a distinguido/a consiste en una mejor delimitación del objeto del contrato, con la finalidad de que este sirva realmente para la contratación de investigadores e investigadoras de excelencia, corrigiéndose así una práctica extendida, sobre todo en los OPI, consistente en recurrir a esta figura para la contratación estable del grueso del personal investigador doctor; pretensión que a partir de la reforma se va a poder ver colmada recurriendo al contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas regulado en el artículo 23 bis de la LCTI, al que más adelante me referiré.

El artículo 23 de la LCTI en su versión original ya dispuso que este contrato se podía celebrar con personal investigador, español y extranjero, de reconocido prestigio. Sin embargo, el objeto del contrato parecía desmentir esta orientación hacia la excelencia, ya que junto a «la dirección de equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito del conocimiento de que se trate» (lo excelente), se permitía recurrir al contrato para «la realización de actividades de investigación» (sin más), siendo aquí donde se canalizaba la contratación estable de cualquier doctor o doctora. Con la reforma, sin embargo, se refuerza la idea de excelencia que subyace tras esta contratación: de una parte, exigiendo al personal contratado (investigadores/as y tecnólogos/as) que:

[...] goce[n] de una reputación internacional consolidada basada en la excelencia de sus contribuciones en el ámbito científico o técnico. Asimismo, se podrá celebrar también con tecnólogos/as que gocen de una reputación internacional consolidada basada en la excelencia de sus contribuciones, tanto en el avance de técnicas concretas de investigación, como en valorización y transferencia del conocimiento e innovación que han generado;

y, de otra, circunscribiendo el objeto del contrato a:

[...] la dirección de equipos humanos como investigador/a principal, dirección de centros de investigación o transferencia de conocimiento e innovación, o de instalaciones y programas científicos o tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate.

De esta forma, se pretende que el contrato de investigador/a distinguido/a haga honor a su nombre. Lo que dicho sea de paso es lo mínimo que se puede pedir dado el peso que se concede a la autonomía individual en la determinación de buena parte del contenido contractual (duración del contrato; jornada laboral, horarios, fiestas, permisos y vacaciones), así como por el fortalecimiento que existe de los poderes empresariales (el contrato estará sometido al sistema de seguimiento objetivo que se establezca por la persona empleadora; exigencia de exclusividad, salvo autorización expresa por aquella; y posibilidad de extinguir el contrato por desistimiento de la empleadora). Lo que es típico de aquellas relaciones jurídico-laborales en las que se presupone a la parte trabajadora –al investigador/a verdaderamente distinguido/a– un cierto poder contractual.

La otra novedad que incorpora el contrato consiste en la posibilidad –antes inexistente en la letra de la ley– de impartir docencia hasta un máximo de 100 horas anuales, previo acuerdo con el departamento u organismo implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Por último, la disposición transitoria primera, párrafo 2.º, de la Ley 17/2022 dispone que los contratos de investigador/a distinguido/a que estuvieren vigentes en el momento de la entrada en vigor de la ley podrán continuar en las mismas condiciones en que fueron suscritos hasta su finalización, salvo que su objeto no encaje en la nueva ordenación legal del contrato. En tal caso, los contratos deberán modificarse en el plazo de 6 meses para adaptarse a otra de las modalidades contractuales vigentes, sin necesidad de autorización previa y sin cómputo del nuevo contrato en la tasa de reposición si este fuere indefinido o fijo. Se prevé así una suerte de novación extintiva, impuesta *ex lege*, por pérdida sobrevenida de su objeto y su transformación en cualquier otra modalidad contractual. Es de suponer que también cabría ajustar el objeto del contrato de investigador/a distinguido/a a los nuevos requerimientos actuales del contrato, evitando así su extinción y transformación en otro distinto.

6. El contrato de actividades científico-técnicas

El contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas fue introducido en la LCTI (art. 23 bis) mediante el RDL 8/2022, de 5 de abril (BOE de 6 de abril), y ahora se convalida de la mano de la Ley 17/2022 con algunas modificaciones de detalle, aunque sin solventar el principal problema interpretativo que planea sobre este contrato relacionado con su extinción.

La desaparición de la mano del RDL 32/2021²⁷ del contrato de obra o servicio determinado, incluido aquel que tenía por objeto la realización de proyectos de investigación científico-técnica, hacía presagiar su sustitución por una figura contractual indefinida²⁸. En un principio, parecía que iba a ocupar ese espacio el contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación dotado de financiación externa, incorporado en la disposición adicional vigesimotercera de la LCTI mediante el RDL 3/2019, de 8 de febrero (BOE de 9 de febrero). Sin embargo, el RDL 8/2022 procedió a sustituir este contrato indefinido por otro de nuevo cuño, introducido en un nuevo artículo 23 bis de la LCTI, denominado «contrato de actividades científico-técnicas», al que se dota de un régimen jurídico con el que se pretenden superar –sin conseguirlo del todo– las deficiencias que planteaba el *cuasi-non-nato* contrato indefinido de la disposición adicional vigesimotercera de la LCTI²⁹, derogado a partir de su introducción.

Las principales características que posee el contrato de actividades científico-técnicas son las siguientes³⁰:

- Es un contrato indefinido, no forma parte de la Oferta de empleo público y no requiere autorización cuando esté vinculado a financiación externa o a financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad. En todo caso, los procedimientos de selección de personal se regirán por convocatorias públicas en las que se garantizarán los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.
- El objeto del contrato consiste en la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas, las cuales se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, contruidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno

²⁷ Véanse sus disposiciones derogatoria única y transitoria tercera.

²⁸ Una panorámica general sobre las posibilidades de la contratación indefinida en el ámbito de la ciencia a partir de la reforma laboral de diciembre de 2021 en Molina Navarrete (2022, pp. 56-79).

²⁹ Para un estudio de este contrato, puede verse Ballester Laguna (2020).

³⁰ Para un estudio detallado del contrato, me remito a Moreno Gené (2022a).

o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos o contratos³¹ de I+D+i. Así pues, el contrato de actividades científico-técnicas se celebra en el marco de las líneas de investigación o los servicios científico-técnicos, sobre los cuales cuelgan los proyectos y los contratos pertenecientes a la línea o al servicio, pudiendo depender de uno o de varios grupos de investigación³². Se advierte que la creación de líneas de investigación distintas para cada proyecto o contrato puede plantear problemas de fraude de ley cuando una misma persona aparezca vinculada con la misma entidad con sucesivos contratos indefinidos de actividades científico-técnicas.

- Es posible contratar personal investigador propiamente dicho, personal técnico e, inclusive, personal de gestión. Así se desprende tanto del objeto del contrato –al que se acaba de hacer referencia– como de las titulaciones que dan acceso al mismo: licenciatura, ingeniería, arquitectura, diplomatura, arquitectura técnica, ingeniería técnica, grado, máster universitario, técnico/a superior o técnico/a, y doctor o doctora. Específicamente en el caso de las universidades públicas, el artículo 32 bis de la LCTI establece que estas podrán contratar personal técnico de apoyo a la investigación y a la transferencia de conocimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 bis, es decir, a través del contrato de actividades científico-técnicas. Esta misma idea se refuerza en la exposición de motivos de la Ley 17/2022, en la que se afirma la creación de «un nuevo contrato indefinido denominado contrato de actividades científico-técnicas, para la contratación de personal investigador, técnico y de gestión». Volviendo sobre el asunto relativo a las titulaciones que permiten suscribir el contrato de actividades científico-técnicas, la Ley 17/2022 ha supuesto una ampliación de aquellas, al permitir también la contratación de «personal cuya formación, experiencia y competencias sean acordes con los requisitos y tareas a desempeñar en la posición que se vaya a cubrir». Se soluciona así un problema práctico que planteaba el contrato en su configuración original en

³¹ En la primera versión del contrato, introducida mediante el RDL 8/2022, solo se contemplaban los «proyectos». Ahora se mencionan expresamente los «contratos» dentro de los cuales cabe considerar los del artículo 83 de la LOU.

³² El profesor Moreno Gené (2022a, p. 75) ha calificado la descripción legal del objeto del contrato como kafkiana.

El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) ha elaborado dos modelos de contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas, uno sometido al Convenio único de la Administración General del Estado (como es el caso de los OPI) y otro no sujeto a aquel. Dentro de su clausulado hay que indicar la línea de investigación o el servicio científico-técnico que constituye el marco general del contrato, debiéndose adjuntar una adenda al contrato por cada proyecto o contrato de investigación científico-técnica que se vincule a la línea o al servicio. En la hipótesis de que la persona contratada simultanee la prestación laboral en más de un proyecto o contrato deberán hacerse constar en la adenda los distintos proyectos o contratos en cuya ejecución participa simultáneamente.

la que había una lista cerrada de titulaciones de acceso, impidiendo con ello, por ejemplo, que un estudiante de grado procedente del bachillerato pudiera ser contratado bajo esta modalidad pese a ostentar los conocimientos necesarios para el desarrollo de la actividad contratada.

- Se afirma lacónicamente que corresponderá «al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral». Lo que resulta toda una obviedad que no permite resolver el principal problema interpretativo que planea sobre la extinción del contrato de actividades científico-técnicas y que no es otro que el de la aplicación del artículo 52 e) como causa objetiva de extinción del contrato. Cuestión que por su importancia se analiza a continuación en un epígrafe propio.
- De acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 17/2022, a los contratos indefinidos para la ejecución de planes y programas públicos de investigación actualmente vigentes les resultará de aplicación, tras la entrada en vigor de la ley, el régimen previsto en el artículo 23 bis de la LCTI.

6.1. Extinción del contrato. Especial referencia a la pérdida de financiación como causa extintiva del contrato de actividades científico-técnicas

Como toda relación laboral, el contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas queda sujeto, en potencia, a las distintas causas extintivas previstas con carácter general en el artículo 49 del ET³³. Así se deduce de la aplicación supletoria del ET a este contrato de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20.1 y 23 bis.4 de la LCTI. La única referencia explícita de la normativa específica a la extinción del contrato de actividades científico-técnicas es la que se contiene en el artículo 23 bis.4: «[...] correspondiendo al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral». Ya se ha dicho que esta afirmación es una verdad de Perogrullo. Pero es que, además, no es lo suficientemente precisa, ya que hay supuestos de finalización de la relación laboral que no generan indemnización alguna (por ejemplo, el mutuo acuerdo

³³ Se trata del mutuo acuerdo de las partes (incluyendo las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo), la decisión unilateral de la persona trabajadora (desistimiento *ad nutum*, resolución causal ex art. 50 ET y decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género), la decisión unilateral del empresario/a (despidos disciplinario, objetivo, colectivo o por fuerza mayor), u otras circunstancias que imposibilitan la continuidad del contrato de trabajo (muerte, jubilación o incapacidad).

Naturalmente, no resulta de aplicación la causa recogida en la letra c) del artículo 49 del ET (la expiración del tiempo convenido), prevista específicamente para la extinción de los contratos temporales.

de las partes, o el desistimiento *ad nutum* de la persona trabajadora o motivado específicamente por la situación de violencia de género). De ahí que hubiera sido conveniente relativizar el alcance de esta previsión —«la indemnización que resulte procedente»— con expresiones del tipo de «en su caso». Sea como fuere, la cuestión más importante a resolver es la relativa a la pérdida de financiación como causa extintiva del contrato que nos ocupa y su articulación normativa. Cuestión que no habiendo sido afrontada directamente por el artículo 23 bis de la LCTI ha de resolverse de la mano del artículo 49 del ET y otras normas concordantes del propio ET. Y para intentar dar a esta cuestión una respuesta lo más precisa posible, hay que partir de la premisa de que el contrato de actividades científico-técnicas admite distintas vías de financiación: propia, externa o mixta y sustentada (en todo o en parte) o no sustentada en convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva.

El principal problema interpretativo que planea sobre este asunto es el relativo a la aplicación (o no) del artículo 52 e) del ET³⁴ como causa objetiva de extinción del contrato de actividades científico-técnicas ligado a la pérdida de financiación³⁵.

Parece bastante claro que antes de la reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio), esta cuestión hubiera tenido una respuesta positiva —si el contrato hubiere existido entonces, se sobreentiende—, pues hasta ese momento, junto a las entidades sin ánimo de lucro, se mencionaba también a las Administraciones públicas como sujetos empleadores que podían actuar esta particular causa extintiva. Sin embargo, el asunto se torna mucho más vidrioso a partir de la reforma laboral de 2012 a la que se acaba de hacer referencia. En primer lugar, porque la Ley 3/2012 llevó la regulación de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP) en el sector público a la disposición adicional vigésima del ET —posteriormente reconvertida en la disp. adic. decimosexta—, la cual, manteniendo las reglas de procedimiento previstas para estos despidos en los artículos 51 y 52 c) del ET, a cuya regulación expresamente

³⁴ A cuyo tenor:

En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

³⁵ Agradezco públicamente la contribución de los profesores Cristóbal Molina, Eduardo Rojo y Juan García Blasco en el abordaje de esta problemática gracias al intercambio epistolar —vía *e-mail*— de ideas que tuvimos los días 6 y 7 de abril de 2022.

Véanse a este respecto también Molina Navarrete (2022, pp. 75-77) y Rojo Torrecilla (2022).

remitió, redefinió las causas de un tipo y de otro para adaptarlas a las singularidades del sector público, haciéndolas más rigurosas. En segundo lugar, porque se modificó también el tenor literal del artículo 52 e) del ET, suprimiéndose la referencia expresa que contenía a las Administraciones públicas como sujetos que podían actuar esta singular causa extintiva, contemplando a partir de entonces tan solo a las entidades sin ánimo de lucro. A partir de esta doble modificación legal, se dictaron un puñado de sentencias de suplicación –no hay doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre el particular– que interpretaron que las Administraciones públicas ya no podían recurrir a esta específica y singular causa de despido objetivo ligada a la pérdida de los fondos externos con los que se financian los contratos indefinidos cuya extinción se pretenda, concluyendo que aquellas debían acudir para ello a la causa económica prevista en la disposición adicional decimosexta del ET³⁶. Causa económica que se venía interpretando de una forma ciertamente exigente, obligando a ponderar la situación presupuestaria de la Administración globalmente considerada³⁷, afirmándose que la insuficiencia presupuestaria sobrevenida debía venir referida no al concreto puesto de trabajo afectado, sino al conjunto de la Administración³⁸. Además, la insuficiencia presupuestaria debía ser persistente, considerándose como tal –entre otras situaciones– la que se produce durante tres trimestres consecutivos³⁹. A todo ello hay que añadir –en tercer lugar– que el RDL 32/2021 ha derogado la disposición adicional decimosexta del ET, en la que se singularizaban los «expedientes de regulación de empleo» en el ámbito de las Administraciones públicas, dejando en el aire el problema de su sustanciación a partir de ese momento. Aunque la hipótesis más razonable, a mi juicio, es la de considerar que la extinción del contrato de trabajo por causas ETOP en el sector público debe discurrir a partir de ahora a través del marco general proporcionado por los artículos 51, 52 y 53 del ET.

Sea como fuere, queda todavía sin resolver el problema central sobre la idoneidad del artículo 52 e) del ET para extinguir el contrato indefinido de actividades científico-técnicas. Y ello resulta especialmente criticable, ya que este problema no es nuevo, sino que se arrastra desde el desaparecido contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación y se reitera en la primera versión del contrato de actividades científico-técnicas; habiendo denunciado la doctrina científica en ambos casos el

³⁶ Véanse en tal sentido las SSTSJ de Andalucía/Granada de 26 de octubre de 2017 (rec. 1175/2017); de Asturias de 10 de octubre de 2017 (rec. 1153/2017) y de 31 de octubre de 2014 (rec. 1955/2014); y de Canarias/Las Palmas de 30 de septiembre de 2014 (rec. 376/2014).

³⁷ STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de septiembre de 2014 (rec. 376/2014).

³⁸ STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2014 (rec. 1955/2014).

³⁹ Sobre la interpretación de las causas ETOP en el sector público antes de la reforma laboral de diciembre de 2021, pueden consultarse las siguientes monografías: Alfonso Mellado (2013), Rodríguez Escanciano (2013) y Roqueta Buj (2012).

problema de fondo que existía⁴⁰. Hubiera bastado para solucionar la cuestión de un pluma-zo con que el artículo 23 bis de la LCTI hubiese incorporado un apartado en el que se declarase expresamente aplicable al contrato la causa extintiva del artículo 52 e) del ET. Sin embargo, la Ley 17/2022, al igual que su precedente el RDL 8/2022, ha preferido decir lo que dice: que corresponderá al personal contratado «la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral»⁴¹.

Pues bien, siendo consciente de las dudas que se suscitan en torno al ámbito de aplicación del artículo 52 e) del ET a la vista de su tenor literal y de su evolución normativa, considero, sin embargo, que debe decantarse una interpretación favorable a su aplicación para proceder a la extinción del contrato de actividades científico-técnicas, sea cual sea la naturaleza pública o privada del empleador/a. Vaya por delante que en el caso de que el empleador/a sea una entidad privada sin ánimo de lucro de las contempladas en la disposición adicional primera de la LCTI, la literalidad del artículo 52 e) del ET permite su aplicación plena. Pero considero que este mismo tratamiento debe dispensarse también a las entidades del sector público (el grueso en la práctica de los sujetos empleadores) por la vía de realizar una interpretación amplia de las «entidades sin ánimo de lucro» a las que se refiere el artículo 52 e) del ET, omnicomprensiva de todas las entidades sin ánimo de lucro, sean estas públicas o privadas⁴². Con ello no solo se evita un agravio comparativo sobre la vía extintiva a seguir según la naturaleza de la entidad empleadora, máxime una vez que han desaparecido las especialidades de los despidos por causas ETOP en el sector público, sino, sobre todo, se facilita la aplicación de una norma que permite la extinción objetiva del contrato por la concurrencia de unas circunstancias que pueden darse perfectamente en relación con el contrato que nos ocupa.

Naturalmente, ello no significa la corrección sin más del despido objetivo que afecta al contrato de actividades científico-técnicas. Ha de darse el supuesto de hecho previsto en el artículo 52 e) del ET y seguirse el procedimiento establecido al efecto en el artículo 53.1 del ET. Así, debe tratarse de un contrato financiado por «ingresos externos de carácter finalista», «sin dotación económica estable», como exige el artículo 52 e) del ET. Lo que tiene su importancia, porque el contrato de actividades científico-técnicas admite distintas vías de financiación, externas y propias, estables o no. Lo que determinará su inaplicación en los casos que no puedan reconducirse al supuesto de hecho regulado en la norma.

⁴⁰ Véase cuando se introdujo el contrato de actividades científico-técnicas mediante el RDL 8/2022 a Moreno Gené (2022a, p. 80).

⁴¹ El modelo de contrato elaborado por el SEPE es, sin embargo, más atrevido y establece una cláusula (la octava) en la que se indica que:

A la finalización del contrato el/la trabajador/a tendrá derecho a recibir una indemnización de acuerdo con lo establecido en la letra b) del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores [esto es, la indemnización propia del despido objetivo] o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

⁴² Esta parece ser la postura de Cairós Barreto (2022).

Además, habrá que valorar el tratamiento a dispensar a situaciones tales como los retrasos –que no pérdida– en el percibo de los fondos externos de carácter finalista con los que se nutre el contrato o los casos de cofinanciación de aquel entre la entidad que concede las ayudas y la entidad contratante⁴³. Además, ha de tenerse en cuenta que «la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate» viene referida a los fondos que alimentan la línea de investigación de la que cuelgan los distintos proyectos y contratos. En cuanto al plano procedimental se refiere, la entidad empleadora debe cumplir los requisitos formales aparejados a la extinción del contrato por causas objetivas establecidos en el artículo 53.1 del ET: comunicación escrita a la persona trabajadora expresando la causa (la pérdida de la financiación externa) y puesta a disposición simultánea de la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades, junto a las exigencias menores del preaviso (15 días) y del permiso (6 horas semanales). En la hipótesis de que la persona trabajadora afectada cuestionase judicialmente la procedencia del despido objetivo, deberá quedar acreditado que concurre la causa esgrimida para extinguir el contrato y, en su caso, que se cumplieron correctamente los requisitos formales de entrega de la carta de despido y de puesta a disposición de la indemnización legal. En el supuesto de que la extinción afectase a un número de personas trabajadoras igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 del ET, deberá seguirse el procedimiento establecido para los despidos colectivos.

La otra opción interpretativa que se abre en caso de concluirse que la referencia genérica a las «entidades sin ánimo de lucro» no permite considerar incluidas dentro de las mismas a las entidades del sector público sería la de reconducir estas extinciones a las causas ETOP de los artículos 52 c) y 51 del ET⁴⁴, pues no parece que la desaparición de la disposición adicional decimosexta del ET de la mano de la reforma laboral de diciembre de 2021 deba interpretarse como una prohibición absoluta a las Administraciones públicas de recurrir a estas vías extintivas, cuya interpretación, además, considero que debería modularse teniendo en cuenta los supuestos de hecho que centran nuestra atención caracterizados por la pérdida de los fondos de carácter finalista que nutren

⁴³ Los tribunales ya se han enfrentado a problemas de este tipo en ámbitos distintos del que nos ocupa, concluyendo que el mero retraso en la percepción de la subvención que nutre el contrato no es causa extintiva del mismo, dado que la entidad pública contratante puede adelantar los fondos necesarios para seguir manteniendo el contrato de trabajo con la seguridad de que la entidad financiadora acabará abonándolos (véase la STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de septiembre de 2014, rec. 376/2014).

En relación con los supuestos de cofinanciación, se ha concluido que la pérdida de los fondos externos que nutren parcialmente el contrato de trabajo no constituye causa extintiva suficiente (véase la STSJ de Andalucía/Sevilla de 27 de junio de 2013, rec. 2292/2012). Aunque a mi juicio ello dependerá en verdad del peso que tuvieran las aportaciones respectivas, puestas en relación con el requisito legal para que la extinción prospere. Y es que no es lo mismo un contrato cofinanciado al 50 % que otro en el que la entidad contratante aporta tan solo un 5 % o un 10 % de su financiación, por ejemplo, para atender los costes sobrevenidos no estimados en el momento de la concesión de las ayudas (por ejemplo, los gastos de seguridad social adicionales aparejados a una situación de incapacidad temporal).

⁴⁴ Tal es también la tesis interpretativa de Moreno Gené (2022a, p. 81).

el contrato de actividades científico-técnicas⁴⁵. Inclusive cabría plantear la aplicación de la causa organizativa, que tal vez permitiría la extinción contractual cuando el puesto de trabajo quede vacío de funciones, como sucedería con el cierre total o parcial de la línea de investigación motivado por la pérdida de financiación externa con la que se sostiene el contrato.

Por último, solo queda por plantear la hipótesis de la inclusión en el contrato suscrito de una cláusula resolutoria ligada a la pérdida de los fondos externos con los que este se financia. Técnicamente se trataría de una condición de las denominadas «potestativas mixtas», al combinar la voluntad extintiva de una de las partes (la empleadora) con la concurrencia de un hecho objetivo futuro e incierto que escapa a su control (la pérdida de la financiación externa); condiciones que resultan admisibles en nuestro derecho de acuerdo con el artículo 1.115 del Código Civil⁴⁶. Lo que ocurre es que la condición resolutoria, con fundamento laboral en el artículo 49.1 b) del ET, cuenta con límites adicionales en el derecho del trabajo, como consecuencia de la limitación de la autonomía de la voluntad que opera en este ámbito⁴⁷. Ello ha llevado a sostener, por ejemplo, que la condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo no puede desplazar el marco legal de extinción del contrato, permitiéndose una ampliación de las causas legalmente establecidas, pero sin «puentearlas»; lo contrario chocaría con el principio de estabilidad en el empleo (art. 35.2 CE) y supondría una limitación de derechos reconocidos legamente y una renuncia encubierta de aquellos (arts. 3.1 c) y 3.5 ET)⁴⁸. De ahí que no creo que sea posible pactar una condición resolutoria ligada a la pérdida de fondos externos con los que se nutre el contrato en el caso de concluirse que para estos supuestos de hecho resulta aplicable el artículo 52 e) o c) del ET, donde se establecen procedimientos más garantistas para extinguir el contrato

⁴⁵ Así, aplicando la disposición adicional decimosexta del ET, entonces vigente, y sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en el artículo 52 e) del ET, se ha declarado procedente el despido colectivo por razones económicas, con fundamento en la supresión de una subvención estatal con la que se financiaban los contratos de trabajo afectados, argumentándose que ello encaja en el concepto legal de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente (véase la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2013, rec. 9/2013).

⁴⁶ A cuyo tenor:

Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código.

⁴⁷ Un estudio reciente de la operatividad de la condición resolutoria en el derecho del trabajo puede verse en Castiñeira Jerez y Ginès i Fabrellas (2019, pp. 1-21). Puede verse también Rodríguez Pastor (2013, pp. 40-52) y Villalba Sánchez (2018).

⁴⁸ Véase la STS de 17 de septiembre de 2014 (rec. 2069/2013), en la que se acuña el principio de tipicidad prioritaria:

Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos estos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen su encaje más pertinente.

de trabajo por voluntad unilateral del empresario ligada a un hecho objetivo como este, de índole económico y/o productivo. Solo en la hipótesis –no deseable– de que los tribunales no encontraran encaje en el artículo 52 e) o c) del ET a la extinción del contrato de actividades científico-técnicas en los casos de pérdida total o sustancial de los fondos externos con los que se financia el contrato, entonces cabría admitir una cláusula resolutoria de este tipo, la cual siempre será menos garantista de los derechos de las personas trabajadoras⁴⁹.

7. La contratación temporal en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y con cargo a fondos de la Unión Europea

La disposición adicional quinta del RDL 32/2021 introdujo un nuevo contrato de duración determinada, del que pueden hacer uso las entidades que integran el sector público reguladas en el artículo 2 del RDL 36/2020, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, solo por el tiempo necesario para la ejecución de los proyectos desarrollados en el marco de dicho plan.

También se permite hacer uso de este nuevo contrato para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea, aunque la disposición adicional décima de la Ley 17/2022 ha introducido una cortapisa importante a su utilización en el ámbito de la investigación al exigirse el carácter no competitivo de los fondos en cuestión, como ocurre, por ejemplo, con las subvenciones directas.

Se trata de contratos de duración determinada, propios y distintos de los previstos en el ET, por más que los mismos guarden una similitud evidente con el ya desaparecido contrato de obra o servicio determinado, atendiendo a sus objetos respectivos: el primero, con fecha de caducidad –hasta que se ejecuten todos los proyectos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia–, y el segundo, como una figura contractual más o menos estable, aunque ahora mucho más restringida en su utilización por razón de la nueva exigencia de que los fondos con los que se financia el contrato sean de naturaleza no competitiva.

La normativa específica reguladora de estos contratos guarda silencio sobre si existe o no un derecho a la indemnización a su terminación, lo cual constituye una laguna normativa que, a mi juicio, debe integrarse con la aplicación de la regla general favorable a la indemnización contenida en el artículo 49.1 c) del ET. La supletoriedad del ET para colmar

⁴⁹ Así, por ejemplo, la resolución del contrato de trabajo por aplicación de una cláusula de este tipo no daría lugar a lucrar el derecho a la protección por desempleo al no aparecer esta causa en el elenco de situaciones legales de desempleo recogidas en el artículo 267 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.

las lagunas existentes en otras normas jurídico-laborales; el hecho de tratarse de contratos propios y distintos de los contratos formativos y del contrato de duración determinada por causa de sustitución, que son los únicos excluidos por el propio artículo 49.1 c) del ET del derecho a la indemnización fin de contrato; y la no apreciación de incompatibilidad alguna entre el reconocimiento de esta indemnización y las características de los contratos en cuestión conducen al reconocimiento a su término de la indemnización de 12 días de salario por año de servicio o parte proporcional a que se refiere el artículo 49.1 c) del ET.

8. Conclusiones

Una vez expuestos los principales cambios normativos acaecidos en relación con los contratos laborales típicos del ámbito de la ciencia, expondré las principales conclusiones que se pueden extraer de la nueva ordenación.

Primera. Las modificaciones normativas introducidas por la Ley 17/2022 están alineadas con los objetivos de la reforma laboral de diciembre de 2021 en materia de contratación laboral, fomentando también en el ámbito de la ciencia la contratación por tiempo indefinido y mejorando el régimen jurídico y, por tanto, la calidad de la contratación temporal del personal dedicado a la ciencia. En la otra cara de la moneda, la reforma ha dejado algunos problemas que ya planteaba la regulación anterior sin solucionar y ha creado algunos problemas nuevos.

Segunda. Se ha producido una ampliación del ámbito de los sujetos de los contratos. Del lado empresarial y, más concretamente, en el ámbito universitario público, destaca la apertura de los contratos sea cual sea la naturaleza de los fondos con los que se financian: propios o externos, estables o no. Del lado de la parte trabajadora, además del personal investigador, se permite en determinados casos la contratación de personal técnico (contrato de investigador/a distinguido/a y contrato de actividades científico-técnicas) y de personal de gestión de la investigación (contrato de actividades científico-técnicas). Todo ello enmarcado en una concepción amplia de la ciencia comprensiva de la investigación, el desarrollo, la transferencia de conocimiento y la innovación.

Tercera. Es posible que la reforma protagonizada por la Ley 17/2022 suponga un incremento de los espacios de cofinanciación entre las entidades contratantes y las que conceden las ayudas. La posibilidad que se ha abierto a las universidades públicas de destinar fondos propios estables para la financiación de las modalidades específicas del contrato de trabajo del personal dedicado a la ciencia y la expansión de las causas que interrumpen el cómputo de los contratos predoctorales y de acceso pueden coadyuvar a ello. En el caso del contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas, una aportación significativa de la financiación con fondos propios de las entidades contratantes puede repercutir en materia de extinción del contrato, pudiendo convertir en inviable la vía del artículo 52 e) del ET.

Cuarta. Como medidas que contribuyen a mejorar o a clarificar el régimen jurídico de los contratos destacan las siguientes: la inclusión del periodo de orientación posdoctoral dentro del objeto mismo del contrato predoctoral; la ampliación de las causas de interrupción de los contratos predoctorales y de acceso; el reconocimiento expreso del derecho a la indemnización fin de contrato predoctoral y fin de contrato de acceso; la orientación del contrato de acceso a la estabilización, la mejora cuantitativa y cualitativa de la docencia impartida en su seno y la ampliación de su duración mínima y máxima; la redefinición del objeto del contrato de investigador/a distinguido/a en clave de excelencia y el reconocimiento expreso de la posibilidad de impartir docencia en el marco de este contrato; la inclusión del contrato de actividades científico-técnicas como una modalidad del contrato de trabajo específica del personal dedicado a la ciencia.

Quinta. La reforma ha creado también ciertos desajustes que se podrían haber evitado observando un mínimo de cuidado. Además, no se han solucionado algunos problemas que se arrastraban de la regulación anterior. Entre los primeros –los desajustes– señalaré los siguientes: los derivados de la inclusión del periodo de orientación posdoctoral dentro del objeto mismo del contrato predoctoral (su insuficiente delimitación y la falta de modificación expresa del EPIPF para ajustarse a la nueva regulación de la materia); las interrelaciones entre el CASECTI y el nuevo contrato de acceso desde la doble perspectiva de su duración y del derecho transitorio aplicable. Entre los segundos –problemas previos no solventados– destacan una mayor clarificación de la vía extintiva del contrato predoctoral derivada del incumplimiento de sus obligaciones por parte del director/a de la tesis doctoral, así como de la vía extintiva del contrato de actividades científico-técnicas ligada a la desaparición de los fondos que lo financian.

Sexta. El fomento de la contratación indefinida en el ámbito de la ciencia tiene como principales manifestaciones la sustitución del contrato (temporal) de obra o servicio determinado para la realización de actividades científico-técnicas por el contrato (indefinido) de actividades científico-técnicas, así como la decidida orientación del nuevo contrato de acceso al logro de la estabilización. Ello se acompaña, además, de una reducción de las posibilidades de utilización del contrato de duración determinada con cargo a fondos de la Unión Europea, que deben ser no competitivos, incrementándose también por esta vía el ámbito de la contratación indefinida.

Séptima. No hay que descartar, en los casos en los que resulte procedente, el recurso a las modalidades contractuales del ET para satisfacer determinadas prestaciones laborales de naturaleza temporal o indefinida que tengan difícil encaje en las modalidades del contrato de trabajo específicas del ámbito de la ciencia.

Octava. La reforma del régimen de contratación del personal dedicado a la ciencia exigirá la implementación de algunos ajustes en la normativa reguladora de las convocatorias de ayudas a la contratación de personal relacionados con la duración de las ayudas, sus objetos respectivos y los costes financiables. Es necesario proceder a la modificación del

EPIPF para adecuarlo a la nueva ordenación legal del contrato predoctoral. También la futura LOSU, actualmente en trámite parlamentario, deberá tener presente esta nueva ordenación normativa de los contratos laborales de la LCTI a la hora de regular los contratos de trabajo específicos del ámbito universitario, dada su interacción mutua.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2013). *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración pública*. Bomarzo.
- Ballester Laguna, F. (2019). El nuevo estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un «traje a medida» del contrato predoctoral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 220, 209-244.
- Ballester Laguna, F. (2020). El contrato indefinido para la ejecución de planes y programas públicos de investigación dotado de financiación externa. *Revista de Derecho Social*, 91, 209-231.
- Ballester Laguna, F. (2022). *El derecho a la indemnización fin de contrato temporal. Estudio sistemático y unitario en el ámbito de la relación laboral común, las relaciones especiales de trabajo y otros contratos con peculiaridades*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Cairós Barreto, D. M. (17 de junio de 2022). *El nuevo contrato de trabajo indefinido en el ámbito de la investigación: el contrato de actividades científico-técnicas*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/06/20-CAIROS-EL-NUEVO-CONTRATO-DE-ACTIVIDADES-CIENTIFICO-TECNICAS.pdf>
- Castiñeira Jerez, J. y Ginès i Fabrellas, A. (2019). La condición resolutoria como forma de extinción del contrato de trabajo. Las cláusulas de resultado. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/364360/458703>
- Luján Alcaraz, J. (2012). La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la ciencia. En C. Horqué Baena, I. Bonachera Ledro y A. I. Caro Muñoz (Coord. ^{as}), *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación* (pp. 175-210). Universidad de Sevilla.
- Molina Navarrete, C. (2022). Nuevos contratos indefinidos en la reforma: ¿modelos de transición-transacción para estabilizar al personal investigador público? *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 56-79. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.03>
- Moreno Gené, J. (2011). La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 340, 79-124. <https://doi.org/10.51302/rtss.2011.5127>
- Moreno Gené, J. (2022a). El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: una apuesta decidida por la contratación indefinida de los investigadores. *Revista de Derecho Social*, 98, 57-84.
- Moreno Gené, J. (19 de septiembre de 2022b). *La reforma de la Ley de la ciencia: ¿el fin de la temporalidad y la precariedad laboral*

- en el sector de la investigación?* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/09/josep-2.pdf>
- Rodríguez Escanciano, S. (2013). *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*. Iustel Publicaciones.
- Rodríguez Pastor, G. E. (2013). Extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes y por causas consignadas válidamente en el contrato. En C. L. Alfonso Mellado, G. E. Rodríguez Pastor y M. C. Salcedo Beltrán (Coords.), *Extinción del contrato de trabajo* (pp. 25-54). Tirant lo Blanch.
- Rojo Torrecilla, E. (14 de abril de 2022). Reforma laboral y contratación de personal investigador. Una mirada hacia atrás (Ley 14/2011, de 1 de junio) y otra hacia el inmediato futuro (Real Decreto-Ley 8/2022, de 5 de abril). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/reforma-laboral-y-contratacion-de.html>
- Roqueta Buj, R. (2012). *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones públicas*. Tirant lo Blanch.
- Sirvent Hernández, N. (2016). Las modalidades de contratación laboral previstas en la LCTI específicamente para el personal investigador. En F. Ballester Laguna (Coord.), *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral* (pp. 73-141). INAP. <https://www.inap.es/documents/10136/1716773/PagInicio-El-Estatuto-profesional.pdf/7c5dfcd4-f54f-5bdc-162d-19344fca88a5>
- Villalba Sánchez, A. (2018). *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*. Comares.

Fernando Ballester Laguna. En el ámbito de la investigación destaca la variedad temática que ha abordado; actividad que se ha visto reflejada en publicaciones y ponencias, nacionales e internacionales, así como en actividades de transferencia de los resultados de la investigación. Forma parte de los comités externos de evaluadores (pares) de distintas revistas de la disciplina. Desde el año 2010 es árbitro designado para resolver las controversias derivadas de las elecciones sindicales en las empresas y en las Administraciones públicas en la provincia de Alicante. <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una mayor protección de los intereses en juego

Carolina Blasco Jover

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

Universidad de Alicante (España)

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Extracto

Desde estas páginas pretende abordarse, de forma crítica, una revisión del esquema de la nulidad objetiva del despido; un tema no exento de trascendencia práctica en tanto que puede incidir –y de hecho incide– en la forma en que las empresas acometan el despido de quienes en ellas trabajan. De esta forma, de lo que se trata es de delimitar el alcance de esa «línea roja» que la parte empleadora no puede cruzar a la hora de tomar decisiones extintivas, y ello porque, si bien parece que se parte de un esquema muy consolidado, ya han surgido ciertas dudas que comienzan a resquebrajarlo. Así, se sentarán las bases para que una posible modificación legislativa amplíe, por un lado, el alcance subjetivo de este tipo de nulidad (a estos efectos, se centrará la atención en tres temas de interés: el despido de las empleadas del hogar, el de las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro* y el despido por el ejercicio de otros derechos distintos a los contemplados en el art. 55.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y clarifique, por otro, si ha de procederse al abono de una indemnización por los perjuicios ocasionados. Por último, se planteará una cuestión también crucial: si la tutela reparadora que ofrece el ET es suficiente o si, por el contrario, quien legisla habría de ser más contundente y prohibir, *ab initio*, un despido de estas características.

Palabras clave: despido; nulidad objetiva; indemnización; tutela preventiva; colectivos protegidos; garantías; artículo 183 LRJS.

Recibido: 13-09-2022 / Revisado: 27-09-2022 / Aceptado: 27-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 29-11-2022

Cómo citar: Blasco Jover, C. (2022). Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una mayor protección de los intereses en juego. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 59-96. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.6051>

Towards a redefinition of the objective nullity of dismissal: steps towards a greater protection of the interests at stake

Carolina Blasco Jover

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

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Abstract

The aim was to critically review the framework of the objective nullity of dismissal, an issue that is not exempt of practical significance. It can influence –and is, in fact, affecting– the way in which companies dismiss those who work in them. The objective therefore was to delimit the scope of that "red line" which cannot be crossed when employers make nullity decisions. Indeed, although nullity appears to be part of a highly consolidated framework, certain issues have already arisen, leading to some initial cracks in the structure. This leads to laying the basis for a possible legislative amendment in order to broaden the subjective scope of this type of nullity (focusing attention on three topics of interest: the dismissal of domestic workers, that of workers subjected to *in vitro* fertilization treatments and dismissal for the exercise of other rights than those contemplated in art. 55.5 ET) and also to clarify whether any compensation must be paid for the damages caused. Finally, an additional crucial question is addressed: whether the restorative protection offered by the ET is sufficient, or whether, on the contrary, the legislator should be more forceful and prohibit, *ab initio*, such a dismissal.

Keywords: dismissal; objective nullity; compensation; preventive protection; sheltered groups; guarantees; article 183 LRJS.

Received: 13-09-2022 / Revised: 27-09-2022 / Accepted: 27-09-2022 / Published (online preview): 29-11-2022

Citation: Blasco Jover, C. (2022). Towards a redefinition of the objective nullity of dismissal: steps towards a greater protection of the interests at stake. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 59-96. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.6051>



Sumario

1. Consideraciones previas
2. El alcance subjetivo de la nulidad: límites de la cobertura
 - 2.1. Empleada del hogar familiar: cuando el desistimiento empresarial concurre en el tiempo con un embarazo no comunicado
 - 2.2. El disfrute de otros permisos o derechos
 - 2.3. Las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*
3. Las garantías frente al despido nulo de forma automática
 - 3.1. La extensión de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados del artículo 183 de la LRJS
 - 3.2. La tutela preventiva derivada de la STJUE de 22 de febrero de 2018: ¿forma parte la indemnización de la misma?, ¿qué otros posibles contenidos puede albergar?

Referencias bibliográficas

1. Consideraciones previas

Son muchos los trabajos, los artículos, las opiniones que están centrando su atención en la mínima, aunque no irrelevante, reforma laboral acaecida por el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, que establece medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Porque, aunque es cierto que esta norma parece hacer avanzar (aunque no a pasos agigantados y habrá que comprobar qué ocurre en un futuro) al mercado laboral español, lo cierto es que arroja muchas incertidumbres, habida cuenta de las formulaciones que emplea, del «traje nuevo» –si se permite la expresión– con el que viste a viejos problemas (que persisten) y de conceptos o reglas a los que se les puede entrever las costuras fruto de una negociación seguramente complicada entre todas las partes implicadas. Todas esas incertidumbres, como se ha dicho, están siendo tratadas con profundidad por la más autorizada doctrina científica y lo que se pretende con este trabajo es ir más allá de la actualidad normativa, vislumbrar qué queda por hacer en una futura reforma laboral que implemente, de una vez por todas, ese Estatuto para las personas trabajadoras del siglo XXI tan largamente anunciado, pero que nunca termina de cuajar.

A este respecto, son muchas las cuestiones que podrían abordarse, pero, por lo que ahora interesa, creo que es fundamental avanzar, para reformar el régimen jurídico del despido, una materia tan importante como lo es, sin duda, la de la contratación. Obsérvese, por cierto, que el RDL 32/2021, a pesar de su loable finalidad, no se ha atrevido a modificar el coste del despido improcedente, y eso que la reforma de 2012 lo trastocó profundamente, siendo este, sin duda, el aspecto más lesivo de aquel RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La revisión de este aspecto ha quedado en el aire, aparcada, y ya hay voces críticas entre la doctrina que reclaman un cambio legislativo sobre el particular, tanto por afectar a normas constitucionales como supranacionales (Blasco Jover, 2022). Pero, con ser este un tema interesante y que quien legisla, antes o después, tendrá que afrontar, lo que se pretende con este trabajo es centrar la atención en una cuestión que, de igual modo, resulta relevante, y ello tanto a nivel teórico como práctico en el día a día de las empresas: la delimitación del alcance de la nulidad objetiva del despido. Porque, si bien parece que se parte de un esquema muy consolidado, ya han surgido ciertas dudas, tanto sobre su dimensión subjetiva como sobre su dimensión objetiva, y tanto en el plano doctrinal como en el judicial, que empiezan a resquebrajarlo.

En efecto, tal y como se conoce, el número 5 del artículo 55 del ET¹ comienza señalando que el despido «que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» será nulo. Esa es la primera nulidad que aparece en el precepto, la propia del despido con móvil discriminatorio o vulnerando derechos fundamentales. En este caso, la persona trabajadora debe aportar indicios suficientes de que su cese se debe a la discriminación o a la vulneración del derecho fundamental de que se trate, mientras que recae sobre la empresa la carga de probar la ausencia de discriminación o vulneración en las medidas adoptadas y en su proporcionalidad. Por lo demás, el despido, en estos casos, además de la nulidad, puede ser calificado con la procedencia o la improcedencia.

Junto con esta nulidad, aparece, en el segundo párrafo del precepto, otra, la nulidad que opera *ex lege*, de forma automática, y que se cierne sobre los despidos que se efectúen contra determinados sujetos, a saber: a) el 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), 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; b) el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el 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 esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; y c) el 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), 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. En estos casos, le basta a la persona trabajadora con demostrar que el hecho causante existe, debiendo entonces probar el empresario que el cese no está relacionado con el embarazo o con el ejercicio de los derechos señalados; prueba que, de producirse, comportará la declaración de procedencia del despido o, en caso contrario, la nulidad.

Pues bien, como se ha adelantado, en el momento actual planean, particularmente, dos interrogantes sobre el régimen jurídico que implementa la norma para la nulidad objetiva. El primer frente abierto afecta a su dimensión subjetiva, en concreto, a si la norma instaura un sistema de lista cerrada por lo que atañe a los colectivos protegidos o si, por el contrario,

¹ Por coherencia, las alusiones que en este trabajo se realicen sobre el texto del artículo 55.5 del ET deben entenderse extrapolables al propio del artículo 53.4 del ET.

a través de una interpretación extensiva o, al límite, de una futura reforma, podrían incorporarse más supuestos de nulidad objetiva a los ya previstos. Por vía judicial, de hecho, ya se ha incorporado a las empleadas de hogar en el caso de que exista desistimiento por parte de quien las contrató, pero, por ejemplo, ¿podría suceder lo mismo con las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*?, ¿y con las personas trabajadoras que se acogieran al derecho de adaptación por motivos de conciliación que contempla el artículo 34.8 del ET o a ese anunciado permiso para personas cuidadoras que trae su causa de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio?

El segundo frente, por su parte, tiene que ver con la posibilidad, planteada también judicialmente, de adicionar a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación (consecuencia propia de toda nulidad) la indemnización por lesión de derechos fundamentales que deriva del artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Esta cuantía ya es posible solicitarla (y conseguirla) cuando se alega, en virtud del primer párrafo del artículo 55.5 del ET, la existencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, pero más dudas plantea su petición en los supuestos de nulidad automática, especialmente en aquellos que tienen por objeto a la trabajadora embarazada y ese embarazo no es conocido por el empresario (Mercader Uguina, 2021). Como tendrá ocasión de verse, el debate, en este punto, está más abierto que nunca con interesantes fallos en suplicación en un sentido (positivo) o en otro (negativo). Razones, ciertamente, existen para abogar por un planteamiento u otro, pero ninguno está exento de crítica y acaban, a la postre, por otorgar a la interpretación un margen de actuación que va más allá de lo razonable por la problemática tan acuciante que se puede plantear en el seno de las organizaciones empresariales. Al fin y al cabo, todo lo que afecta –o es susceptible de afectar– a la indemnización que le pueda corresponder percibir a una persona trabajadora es siempre motivo de controversia a nivel empresarial por el desajuste económico que, en mayor o menor medida, ello comporta para la entidad.

Siendo este, pues, el contexto de la presente investigación, de lo que se trata es de intentar responder a los interrogantes que anteceden. Por qué se plantean, hasta qué punto queda margen para la interpretación, cómo una futura reforma permitiría solventarlos o qué otros nuevos problemas vendría a plantear la solución de estos dos frentes abiertos son los asuntos sobre los que se reflexiona en las páginas que siguen.

2. El alcance subjetivo de la nulidad: límites de la cobertura

La nulidad objetiva protege, parafraseando a la norma, a la trabajadora embarazada², a quienes se hayan convertido en progenitores o progenitoras de forma reciente y/o estén

² Aunque también al otro progenitor durante el embarazo de la mujer por aplicación de la doctrina de la discriminación refleja o por asociación. *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

ejercitando ciertos derechos de conciliación (señaladamente, el permiso para el cuidado del lactante, el permiso y la reducción de jornada para el cuidado de menor prematuro, la reducción de jornada por guarda legal, por cuidado de familiar y por el cuidado del menor afectado por enfermedad grave y la excedencia por cuidado de hijos o familiares) o ciertos ligados a la prevención de riesgos (suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia e incapacidad temporal por enfermedades relacionadas) y a las trabajadoras víctimas de violencia de género. Dejando ahora a un lado a estas últimas, el propósito de este tipo de nulidad se muestra muy evidente. Se trata de un mecanismo de acción positiva que trae su causa del artículo 14 de la Constitución española (CE) y que ha dispuesto quien legisla para proteger, frente a la desigualdad laboral por razón de sexo, a la mujer embarazada y a la madre reciente que ejercita o bien los derechos vinculados a la prevención, o bien los derechos de conciliación, por mucho que estos últimos, en aras de la consecución del objetivo de la corresponsabilidad, puedan ser utilizados también por el trabajador varón. Consecuencia directa de ello, además, es que se proteja a la familia (art. 39.1 CE), previniéndose así posibles conductas discriminatorias frente a hombres y mujeres que se fundamenten en las necesidades de conciliación que se abren cuando del cuidado de los miembros dependientes (fundamentalmente descendientes, pero no solo) se trata³. Siendo esto así, la cuestión ahora estriba en determinar si es posible extender los límites de la protección a otros supuestos en los que también esté en juego esa tutela a la mujer, a la familia o, incluso, al proceso mismo de gestación. Veamos.

(STSJ) de Galicia de 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021), que se apoya, a su vez, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman). Por lo demás y en cuanto respecta al embarazo, también se tutela con esta protección reforzada al embarazo ectópico, toda vez que existe el elemento o factor diferencial, «una realidad médica y patológica, muy cercana al embarazo, gravidez y otros por mucho que se pauten un tratamiento de aborto bioquímico». Sobre ello, STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2018 (rec. 194/2018). Finalmente, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Tercera, de 16 de junio de 2022 (rec. 6021/2021) confirma que la mujer embarazada queda amparada incluso en los estadios previos a la formalización del contrato de trabajo, pues resulta contrario al principio de igualdad la no formalización del contrato de la mujer que no se incorpora al puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó.

³ A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 153/2021, de 13 de septiembre, recuerda que:

[...] las medidas de conciliación están, en definitiva, vinculadas al mandato de protección de la familia, de los hijos y de la infancia, conforme al art. 39 CE, que son los primeros beneficiarios de las mismas. Su reconocimiento y ejercicio, tanto por mujeres como por hombres, es además esencial para erradicar la discriminación por razón de sexo que aún sufren las mujeres (art. 14 CE), debido a los estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento de su acceso, permanencia y promoción en el empleo.

2.1. Empleada del hogar familiar: cuando el desistimiento empresarial concurre en el tiempo con un embarazo no comunicado

Por lo pronto, se ha procedido, por vía judicial, a la ampliación a la que anteriormente se hacía referencia en lo que respecta al desistimiento del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar embarazada, sin que la parte empleadora tenga conocimiento del hecho mismo del embarazo. Era esta una situación que, ya incluso con anterioridad a la aprobación del Real Decreto (RD) 1620/2011⁴, generaba ciertas controversias judiciales por la omisión en el artículo 11 de la mencionada norma (en su redacción anterior al RDL 16/2022, de 6 de septiembre⁵) de toda referencia al despido nulo. Pues bien, ha sido la STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019), dictada en unificación de doctrina, la que ha puesto fin a ese debate, deslindando de forma muy nítida las fronteras entre el desistimiento, el despido y la nulidad discriminatoria y la objetiva cuando concurre una situación del tipo que ahora interesa.

En efecto, hasta el momento, los posicionamientos judiciales oscilaban entre aquellas resoluciones que consideraban que el desistimiento llevado a cabo cuando la trabajadora se encontraba embarazada había de ser considerado como un supuesto de nulidad objetiva y aquellos otros que lo negaban y que a lo más que llegaban era a evaluar si en la decisión empresarial extintiva se podían encontrar indicios razonables de discriminación para proclamar la nulidad por causa discriminatoria. La raíz del problema se conoce y ya se ha adelantado: el artículo 11 del RD 1620/2011 en su redacción vigente a la fecha de publicación de la sentencia arriba mencionada, al referirse al despido como causa de extinción contractual, solo contemplaba la declaración de procedencia o improcedencia de dicha decisión extintiva, que no su nulidad, y, además, en el segundo caso, no establecía posibilidad alguna de opción entre la readmisión o el abono de una indemnización, sino que disponía como único efecto el pago, en todo caso, de una indemnización en cuantía equivalente «al salario correspondiente a 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades». De igual forma, por lo que atañe al desistimiento, tan solo se hacía referencia a que el incumplimiento de sus requisitos formales implicaría que el empresario habría optado por el despido y que, en su caso, ello acarrearía el abono de la indemnización.

Como se constata, pues, ninguna referencia se realizaba a la nulidad. Y ello, *a priori*, resultaba del todo punto lógico, habida cuenta de que una calificación de tal calibre conlleva irremediabilmente la readmisión de la persona trabajadora; hecho este que, en la peculiar prestación de servicios de la que aquí se trata, interferiría en el derecho a la intimidad

⁴ RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. La norma que lo precedió fue el RD 1424/1985, de 1 de agosto.

⁵ Para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

personal y familiar (art. 18.1 CE)⁶, considerando el sacrificio que supondría para los integrantes del hogar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente. La norma se apartaba, pues, de un modo totalmente deliberado, de lo que disponen los artículos 55 y 56 del ET, conformando una regulación peculiar, cerrada, del despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, e introduciendo, asimismo, una figura, el desistimiento empresarial, ajena por completo a las causas de extinción del contrato de trabajo propias del ordenamiento laboral común. La nulidad en el cese de la persona trabajadora simplemente no se contemplaba.

Ahora bien, las dudas interpretativas comienzan a surgir tras la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH); norma que, como es bien conocido y por ello no hace falta incidir, modifica numerosos preceptos no solo del ET, sino también de la, por aquel entonces, Ley de procedimiento laboral y de la Ley general de la Seguridad Social, para erigir como principio básico a tener en cuenta la prohibición de discriminación directa por razón de sexo y todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. Cierto es que ninguna variación se produce entonces en el texto del RD 1424/1985, pero, ello no obstante, surge en sede judicial y al calor de aquella ley orgánica el debate acerca de si la decisión extintiva del empresario que coincida con el estado de embarazo puede obedecer a un móvil discriminatorio, con lo que ello implicaría, a saber: la nulidad del cese con el abono de los salarios dejados de percibir y la readmisión de la persona trabajadora.

En este sentido, la línea común ha sido la de considerar que el desistimiento empresarial, en estos casos, ha de gozar, igualmente, de la protección de nulidad, si bien, habida cuenta de la singularidad de la relación, sin posibilidad alguna de readmisión. Se corrige, pues, en sede judicial la voluntad de quien legisla y se admite un régimen de tutela específico para la empleada del hogar familiar, cercano al régimen común, pero, a la vez, alejado –o con matices, si se quiere– al únicamente admitirse como consecuencia de la calificación de nulidad el abono de los salarios dejados de percibir⁷. Ahora bien, ello no obstante, a partir de aquí, surgen dos líneas interpretativas del todo punto contrapuestas. Una, la primera, consistente en considerar, haciéndose jugar la clásica doctrina del TC y del TS sobre el desistimiento del contrato durante el periodo de prueba estando la trabajadora embarazada⁸, que el desistimiento empresarial acaecido durante el embarazo de la empleada de hogar o, incluso, tras él no goza de la protección de nulidad cualificada ex artículo 55.5.2.º b) del ET, sino de la propia

⁶ Un valor que, como bien señalaba el anterior RD 1424/1985 y se cuida de recordar el actual en su preámbulo, en esta relación laboral, más que en ninguna otra, ha de tenerse en consideración.

⁷ Abono que procede, por cierto, hasta la fecha en que se notifique la primera sentencia que declare la nulidad, sea esta la de instancia o la de suplicación. Sobre ello, la STS de 29 de enero de 2020 (rec. 2401/2017).

⁸ Por todas, la STC 17/2007, de 12 de febrero, y la STS de 18 de abril de 2011 (rec. 2393/2010).

del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese⁹. La segunda parte de la premisa mayor: si en la relación laboral ordinaria el despido de la trabajadora embarazada es nulo de forma automática por la gravedad intrínseca que conlleva, no hay motivo alguno para considerar lo contrario cuando se trate de una trabajadora del hogar familiar. Es más, incluso en estos casos, se llega a sostener que, a falta de readmisión, la indemnización que procede es la propia del despido improcedente, pero no la específica que contemplaba el RD 1620/2011¹⁰, sino, más bien, la fijada en el artículo 56.1 del ET, habida cuenta de que la nulidad se declara conforme a lo previsto en el artículo 55.5.2.º b) del ET¹¹.

A la disyuntiva explicada da solución, finalmente, la STS de 11 de enero de 2022, que, como anteriormente se ha adelantado, delimita muy claramente los conceptos de desistimiento, despido improcedente y nulidad objetiva y discriminatoria. De este modo, la sala expone, en primer lugar y de manera del todo punto didáctica, que el desistimiento empresarial requiere del cumplimiento de ciertas formalidades, como bien recalca el artículo 11.3 del RD 1620/2011, a saber, la comunicación escrita en la que conste la voluntad del cese de un modo claro e inequívoco y la simultánea puesta a disposición de una indemnización abonada íntegramente en metálico¹². De no atenderse el empleador a tales formalidades, se habrá de considerar que lo que se ha producido no es un desistimiento, sino, más bien, un despido que será merecedor de la calificación de improcedente, y ello por aplicación del número cuatro del precepto antes citado. Ahora bien, fuese desistimiento, fuese despido, se matiza por el tribunal –y aquí se encuentra el quid de la cuestión– que, si el cese tuviera relación con el embarazo, este habría de calificarse como nulo por aplicación de los criterios del artículo 55.5.2.º b) del ET, siendo indiferente el conocimiento empresarial de aquella circunstancia¹³.

⁹ Como botón de muestra, *vid.* las SSTSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (rec. 2838/2014), de Extremadura/Cáceres de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016) y de Madrid de 14 de febrero de 2014 (rec. 1834/2013).

¹⁰ Al efecto, 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades. En sentido favorable a esta indemnización, la STSJ de Extremadura/Cáceres de 15 de septiembre de 2016 (rec. 338/2016).

¹¹ Así, la STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (rec. 4191/2008).

¹² El actual artículo 11.2 del RD 1620/2011 añade, a estos requisitos, el concreto señalamiento de la causa que da origen a la extinción del contrato por voluntad del empresario, a saber, la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora del hogar o el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora. El desistimiento acausal, pues, deja de existir tras la aprobación del RDL 16/2022, de 6 de septiembre, pasando a convertirse en una extinción que ha de estar plenamente justificada en una causa en concreto.

¹³ Lo que es coherente, a su vez, con lo que dispone el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Y ello porque, aunque el despido y el desistimiento son situaciones jurídicas del todo punto diferentes, la extinción por desistimiento del

Para alcanzar esta conclusión, la sala hace jugar tres argumentos. El primero, la imposibilidad de aplicar ya por analogía la doctrina fijada para el desistimiento durante el periodo de prueba. Una imposibilidad que deriva, como es conocido, de la aprobación del RDL 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 en la ocupación. Esta norma introduce significativas novedades legislativas, entre ellas y por lo que ahora importa, una matización en el artículo 14 del ET, concretamente en su apartado segundo, por la que, desde ese momento, ha de entenderse nula:

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

La puntualización es de hondo calado, pues, como más arriba se ha indicado, los tribunales venían exigiendo, a falta de una previsión expresa en tal sentido, un panorama indiciario suficiente por el que se lograra apreciar la vulneración de derechos fundamentales para considerar la nulidad del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. La nulidad objetiva que ha venido a fijar el RDL 6/2019 es un paso más, uno no menor, para proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica frente a cualquier tipo de comportamiento discriminatorio por su estado. Lo que hace, precisamente, la STS de 11 de enero de 2022 –volviendo a poner el foco de atención, de nuevo, en las empleadas del hogar familiar– es hacerse eco de esa novedad legislativa, de paso enmendar su propia doctrina anterior (y la propia del TC) y, desde luego, eliminar de raíz cualquier intento por otro juzgado o tribunal de abogar, con base en aquella argumentación, por una nulidad distinta a la objetiva o automática.

El segundo argumento que se emplea es, si cabe, aún de mayor contundencia, pues se hace jugar el carácter supletorio de las normas estatutarias respecto al RD 1620/2011 al que alude el artículo 3 b) de esta norma. En efecto, el artículo 11.1 del RD 1620/2011, en su redacción anterior al RDL 16/2022, de 6 de septiembre, disponía que:

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá conforme a lo previsto en el presente real decreto y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma.

contrato de la trabajadora del hogar familiar embarazada debe verse como uno de los despidos proscritos por aquel precepto, toda vez que la noción en sí de «despido» es un concepto amplio que acoge varias formas de extinción contractual no deseadas por la persona trabajadora y, en consecuencia, sin su consentimiento. Sobre ello y por todas, SSTJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera) y de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, Danosa).

En modo alguno, quedaba excluida la aplicación de la letra k) que es la que se refiere al «despido del trabajador». Y sucede que una de las normas que regulan esta institución es el artículo 55.5.2.º b) del ET que contempla la nulidad objetiva de «las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)». Si ello es así cuando de una relación ordinaria se trata, no hay motivo alguno, como bien sostenían algunas sentencias dictadas en suplicación, para no aplicar dicho precepto a la relación especial del servicio del hogar familiar, máxime cuando –y este es el tercer argumento– el sector del empleo doméstico está, como demuestran las estadísticas, fuertemente feminizado¹⁴ y en el que, en consecuencia, mayor incidencia puede tener el embarazo de la trabajadora. La protección que ahora la sala viene a dispensar debe verse, pues, como una consecuencia directamente proporcional de la necesaria perspectiva de género que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas (arts. 4 y 15 LOIEMH)¹⁵, como un paso cualitativo más para reforzar la protección de un colectivo ya de por sí muy precarizado, especialmente vulnerable, y sobre el que pesa, en mayor medida que en ningún otro, un plus de riesgo por despido por el hecho mismo del embarazo.

Felizmente, esta doctrina judicial parece haber encontrado eco en el plano legislativo tras la aprobación del RDL 16/2022, de 6 de septiembre, pues si, como señala la nueva redacción del artículo 11.1 del RD 1620/2011, debe aplicarse, para la extinción del contrato, «la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación», parece claro que el artículo 55.5.2.º b) del ET desplegará aquí también todos sus efectos, protegiéndose *ex lege* a la trabajadora del hogar familiar embarazada frente al despido nulo. Protección, además, que incluso podría extenderse tras el alumbramiento. En efecto, los argumentos anteriormente expuestos que muy adecuadamente emplea la sala para tutelar a la trabajadora del hogar familiar embarazada pueden sin lugar a duda aplicarse a la integrante de este colectivo madre reciente que esté disfrutando o haya disfrutado de los permisos y suspensiones que contempla el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET¹⁶. La supletoriedad de la norma estatutaria y la perspectiva de género como metodología vinculante para atajar cierto tipo de discriminaciones que pesan sobre la mujer permitirían actuar, a mi modo de ver, de un manera global, integral, sobre estas situaciones, calificándose automáticamente como nulos todos aquellos desistimientos o despidos en el seno de esta relación laboral especial que incidieran en el disfrute del tiempo necesario para reponerse del hecho mismo del parto, para prevenir determinados riesgos o para, simplemente, conciliar. Lo contrario sería tanto como asignar una menor protección a la mujer que se emplee en el servicio doméstico,

¹⁴ Según datos de la Encuesta de población activa a diciembre de 2021, el 96 % de personas trabajadoras afiliadas al régimen especial del hogar familiar eran mujeres.

¹⁵ También artículo 29 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

¹⁶ A los que tiene derecho como confirma el artículo 9.6 del RD 1620/2011.

desdeñando la vigencia de los derechos fundamentales y de las exigencias conciliatorias y de la protección a la familia que emanan de la CE en un contexto ya de por sí caracterizado por una gran precariedad laboral.

Por lo demás, un último apunte a considerar. No se entra a debatir por la sentencia que declara la nulidad objetiva de este tipo de desistimientos o despidos ni la cuestión de la readmisión ni la propia de cuál haya de ser, en su caso, la indemnización a percibir. Sobre la primera, entiendo que muy acertadamente se pronunciaban las resoluciones de suplicación al eliminar de la ecuación –si se permite la expresión– la readmisión obligatoria de la trabajadora, habida cuenta de la especialidad o singularidad de esta relación laboral¹⁷. Por lo que atañe, en segundo lugar, a la indemnización a percibir, considero que la STS de 11 de enero de 2022 ha sentado, además, las bases para sostener que, a falta de readmisión, cabe proceder al pago de una indemnización calculada conforme a la fórmula del artículo 56.1 del ET. Si el embarazo determina que se aplique la regla del artículo 55.5.2.º b) del ET, ningún motivo existe, antes al contrario, para no considerar aplicables las reglas del cálculo de la indemnización que se prevén para el despido declarado improcedente. Por lo demás, y ya a mayor abundamiento, tampoco entra a discutir la sala sobre la procedencia de una posible indemnización adicional de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales anudada a la nulidad objetiva y de abono, de igual modo, automático. Sobre tal particular cuestión, se remite a lo que más tarde se comentará en el apartado correspondiente, pero cabe adelantar que el posicionamiento que aquí se va a sostener es favorable a considerar que deben entrar en juego las reglas del artículo 183.1 de la LRJS.

2.2. El disfrute de otros permisos o derechos

En otro orden de ideas, cabe hacer notar que entre el catálogo de causas de calificación de nulidad objetiva del artículo 55.5.2.º del ET no se encuentra el disfrute de otros permisos que determinan posibilidades conciliatorias y que, al tiempo, podrían afectar, en mayor o menor medida, a la regla de la no discriminación por razón de género. Me refiero, señaladamente, al disfrute de los 15 días por matrimonio, de los 2 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, del tiempo necesario para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad y del derecho de adaptación por conciliación que prevé el artículo 34.8 del ET¹⁸.

¹⁷ Algo que también refrendaría ahora la redacción del actual artículo 11.1 del RD 1620/2011.

¹⁸ No se alude aquí a los permisos por fallecimiento, traslado de domicilio habitual, cumplimiento de deberes públicos y desempeño de funciones sindicales en tanto que, como ya se ha comentado, el denominador

El hecho de que quien legisla no los haya incluido en ese listado ¿puede entenderse como un olvido intencionado? A mi modo de ver, así es, habida cuenta de las oportunidades legislativas que se han tenido para ello. Parece que, a este respecto, la voluntad legislativa es clara, por lo que habrá que concluir que, concretamente, la letra b) del artículo 55.5 del ET, segundo párrafo, presenta un *numerus clausus* en lo que se refiere a los permisos (y excedencias) que pueden motivar la nulidad objetiva del despido. Ello, además, arroja como consecuencia que no pueda desplazarse la interpretación literal de la norma por otra finalista o más tuitiva de acuerdo con los intereses en juego¹⁹. De sobra conocido es que la aplicación del aforismo *in claris non fit interpretatio* impide que se ejecute la labor interpretativa para no distorsionar ni alterar el sentido de la norma. Y, siendo esto así y habida cuenta de la precisión con la que se expresa quien legisla, debe concluirse que, por lo que atañe al segundo párrafo del artículo 55.5 del ET, tan solo cabe la pura aplicación de la norma en su dicción literal.

Ello no obsta, sin embargo, a que quien interprete la norma vaya más allá de su papel de mero constatador y acometa un ejercicio propositivo que, llegado el momento, pudiera sentar las bases para una reforma legislativa que, esta vez sí, tuviera presente, en mayor medida, la protección de los intereses conciliatorios y la proscripción de cierto tipo de discriminaciones. Esto es, precisamente, lo que ahora se pretende, pues de lo que se trata es de comprobar si el disfrute de los permisos contemplados en las letras a), b) y f) del artículo 37.3 del ET y en el artículo 34.8 del ET podría participar de la protección reforzada contra el despido que otorga la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET. Por lo pronto, ya se ha admitido la posibilidad de que el disfrute del permiso por matrimonio constituya un supuesto de despido nulo por ser una manifestación discriminatoria por razón de género cuando el anuncio de las nupcias ha determinado el cese o la extinción de la relación laboral. Así, ha sido otra vez una sentencia reciente del TS, esta vez de fecha 9 de febrero de 2022 (rec. 1871/2020), la que ha concluido que el despido de una trabajadora efectuado tras conocerse su petición a disfrutar de los 15 días de permiso ha de ser considerado nulo con base en el primer párrafo del artículo 55.5 del ET. Y ello, básicamente, por dos motivos. De un lado, porque la libre elección de estado civil entronca indefectiblemente con varios preceptos constitucionales, algunos de ellos, derechos fundamentales. Así, el

común de las causas que provocan la nulidad objetiva se encuentra en la protección de la maternidad (entendida esta en sentido amplio y en lo que ello conlleva en materia de desigualdad entre hombres y mujeres) y del cuidado de los miembros dependientes de la familia (ello con la excepción hecha, desde luego, de la protección reforzada que se dispensa, por razones más que evidentes, a las trabajadoras víctimas de violencia de género). Por el mismo motivo, en fin, se estima que un hipotético despido acaecido por el ejercicio del anunciado «permiso menstrual» tampoco habría de quedar protegido con la nulidad reforzada, lo que no obstaría a que tal cese se considerara, a mi parecer, como nulo de forma ordinaria por causa discriminatoria.

¹⁹ En contra, aunque con cautelas, Núñez-Cortés Contreras (2020).

artículo 10.1 de la CE (dignidad y libertad de las personas), el artículo 14 de la CE (igualdad y no discriminación)²⁰, el artículo 18.1 de la CE (intimidación personal y familiar) y el artículo 32 de la CE (derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio con plena igualdad). Desde este punto de vista, entonces, todo trato discriminatorio basado en el estado civil debe quedar proscrito por imperativo constitucional, lo que, además, es coherente con varias normas internacionales, entre ellas, el Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A ello hay que añadir, en segundo lugar, la circunstancia del género, porque cuando la despedida por razón de estado civil es mujer entra en juego otro agravante, el hecho de que su matrimonio puede acarrear ciertas connotaciones negativas a nivel de empleabilidad y productividad. Como recuerda la sala, el matrimonio de la mujer, históricamente, se ha asociado al surgimiento de responsabilidades y cargas familiares, porque sobre ella recae en la inmensa mayoría de ocasiones el peso de los cuidados (a descendientes y ascendientes) y el de la llevanza del hogar. Este hecho incontestable hace que, aún hoy, parece que resulte más interesante para la productividad empresarial una mujer sin ninguna carga familiar, de estado civil soltera, que otra casada, de ahí que la nulidad de su despido posea una «doble causalidad»: por género y por estado civil, esto es, por el ejercicio de un derecho anudado a la libertad y dignidad de la persona. Se apuntala, además, esta argumentación con la alusión al artículo 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; precepto que no solo garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, sino que expresamente proclama que «toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad» y, en muchas ocasiones, el matrimonio de la mujer se subsume en tal categoría.

²⁰ La argumentación de la sala es que, aunque el estado civil no se mencione como causa de discriminación en el artículo 14 de la CE, ello no quiere decir que se excluya, habida cuenta del carácter abierto de la norma. Además, para reforzar la aplicación de este artículo, se llega a remitir a la doctrina que se ha ido elaborando sobre la prohibición de toda discriminación a causa del estado civil en el contexto de las empresas con ideario (profesores de religión católica y centros de enseñanza). A mi modo de ver, sin embargo, el engarce del supuesto de hecho con la prohibición de discriminación, más en concreto, con la mención final del artículo 14 de la CE, es cuanto menos controvertido, puesto que, como se sabe, el propio TS, ya en su Sentencia de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000), había afirmado que:

La cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales [...] pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. [...] Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas.

Pues bien, si ello así aún se considera, no parece que, hoy por hoy, el matrimonio de la mujer pueda ser un factor de segregación o de diferenciación con connotaciones negativas. Ello se podría sostener en épocas ya pasadas, pero, ciertamente, no en la actualidad.

Adoptar, pues, una decisión peyorativa para quien trabaja como consecuencia de que anuncia o contrae matrimonio constituye, a tenor de esta doctrina, infligirle un trato opuesto a diversos preceptos constitucionales, señaladamente, a los artículos 10, 14 y 18 de la CE, sancionado, en el caso del despido, con la nulidad por lesión de derechos fundamentales y por causa discriminatoria si entra en juego la variable del género. Pues bien, siendo tal la interpretación judicial, cabe plantearse si sería menester dar un paso adelante más y dotar a este hecho de la suficiente entidad como para que, en una futura reforma, pudiera quedar listado como causa de nulidad objetiva. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa. Porque una cosa es considerar que se vulneran ciertos derechos fundamentales cuando el empresario acomete una decisión de este tipo y otra muy distinta es tenerla en cuenta como una causa más de nulidad automática del despido. Y ello por dos motivos. Primero, porque lo que tienen en común los motivos de nulidad objetiva contemplados en el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET es o bien la tutela de la salud reproductiva de la mujer, o bien el cuidado, protección y tutela de miembros de la familia dependientes que generan ciertas y prolongadas necesidades conciliatorias, y ello, ciertamente, en el caso de la solicitud del permiso por matrimonio no acontece²¹. Y segundo, porque, aunque pudiera defenderse una (más que) hipotética inclusión del disfrute del permiso de la letra a) del artículo 37.3 del ET en el texto de la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET cuando quien lo ejerciera fuera una mujer, habida cuenta de aquella vinculación que se comentó más arriba entre la feminidad, el matrimonio, la maternidad y el cuidado del hogar y de la progenie, lo cierto es que ello podría provocar un efecto totalmente indeseado y ajeno a toda cobertura jurídica: la idea, equivocada, de que, en lo que a permiso por matrimonio se refiere, debe asegurarse a la mujer que lo ejercita una mayor protección frente al despido que al hombre que también haya tomado la decisión de contraer nupcias. No creo que pueda existir suficiente argumentación para sostener esta pretensión²². Bien es verdad que el género afecta a la empleabilidad, a la carrera profesional, a los ingresos incluso y a la permanencia en el puesto de trabajo, pero no entiendo que pueda o deba inferirse de ahí una mayor tutela frente a la extinción del contrato cuando quien hace uso del permiso por matrimonio es una mujer. El disfrute de este permiso, a los efectos que ahora interesa, debe ser neutro y, si es el caso, dar pie a la nulidad del despido en virtud del primer párrafo del artículo 55.5 del ET, pero no más. Ninguna explicación constitucional y jurídicamente solvente podría encontrarse a la exclusión de los trabajadores varones que hacen uso del permiso por matrimonio de la protección que brinda la nulidad objetiva.

Más discutible puede ser, por otro lado, la no inclusión del permiso de 2 días por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización en el listado de causas que determinan la nulidad objetiva del despido. A fin de cuentas, de lo que se trata aquí es de prestar ciertos cuidados a determinados familiares dependientes,

²¹ Como es conocido, su finalidad no es otra que la de facilitar la transición de un estado civil a otro, concediéndose, para ello, un determinado lapso temporal para atender las necesidades que rodean a ese cambio.

²² Aunque por otro motivo, también sustenta este planteamiento García Murcia (2022, p. 9).

algo que, *a priori*, encaja con la filosofía que impregna el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET. No obstante, ninguna norma europea obliga a que este permiso por infortunios familiares deba recibir tal protección. A todo lo más que se llega es a que el artículo 11 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, contemple la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado» de alguno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, aquellos que comportan un tiempo de ausencia al trabajo «por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador». Entre esas medidas, bien puede figurar la nulidad por causa discriminatoria cuando el despido se fundamente en el ejercicio del permiso que contempla la letra b) del artículo 37.3 del ET, pero de ahí no cabría inferir la extensión de la protección reforzada que otorga el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET.

Ciertamente, a esta argumentación nada habría que objetar desde el punto de vista del cumplimiento de las normas europeas; con todo, me planteo si no es posible ver el asunto desde otra perspectiva. Una que engarce con los cuidados, el género (por ese rol de cuidadora que, como ya se ha indicado, se le atribuye a la mujer), la conciliación, la corresponsabilidad y, al límite, la protección de la familia. Si el *modus operandi* de quien legisla ha sido asegurar al disfrute de determinados derechos en materia de conciliación una protección reforzada frente al despido para evitar cierto tipo de discriminaciones, bien podría defenderse un posicionamiento por el que a este permiso por infortunios familiares se le otorgara una mejor protección contra la decisión extintiva empresarial, superando, incluso, a la prevista en la Directiva 2019/1158. Con ello se evitaría, de un lado, que existieran derechos de conciliación de primera y de segunda categoría, si se permite la expresión, derechos cuya tutela viene determinada simplemente por el acaecimiento del hecho causante y derechos que, para los mismos efectos, requieren de la demostración por parte de la persona trabajadora de un panorama indiciario. Pero también, y de otro lado, se evitaría que no aparecieran espacios de impunidad precisamente por el hecho de que quien juzga no considere suficientes los indicios aportados al proceso. A mayor abundamiento, debe admitirse que, aunque la configuración de este permiso (de corta duración y para asistir a ciertos parientes en momentos puntuales y muy concretos en el tiempo) puede suponer que raras veces acontecerá el despido, este sí puede llegar a producirse. De hecho, fácilmente puede pensarse en situaciones en las que la enfermedad de una persona de la familia, pese a estar estabilizada, ocasione varios procesos puntuales de gravedad, de hospitalización o de intervenciones quirúrgicas, por lo que la persona trabajadora se vería obligada a solicitar este permiso, de forma sucesiva, para proporcionar los debidos cuidados²³. Evidentemente, si

²³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005 (rec. 14/2005) y Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 de agosto de 1983. En contra, STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2016 (rec. 554/2016).

esta prolongación en el tiempo aconteciera, la persona trabajadora se colocaría en una situación cuanto menos proclive a su despido, habida cuenta de la disfuncionalidad organizativa, productiva o económica que ello generaría en la empresa. Y si esto puede producirse, mal puede entenderse que se salvaguarden con una protección reforzada unos derechos destinados a conciliar la vida familiar con la laboral y otros no.

Los mismos argumentos empleados anteriormente pueden utilizarse, también, para abogar por que el disfrute del derecho de adaptación por conciliación que contempla el artículo 34.8 del ET motive la nulidad objetiva del despido, aun cuando la Directiva 2019/1158 tampoco lo contemple²⁴. Es más, incluso muy fácilmente es posible aportar otro adicional. Porque téngase en cuenta que los derechos en materia de conciliación cuyo ejercicio podría motivar un despido nulo de forma automática son los denominados «derechos de ausencia», es decir, aquellos que suponen que la persona trabajadora deje de prestar servicios para atender a las labores de cuidado. Por el contrario, el derecho de adaptación del artículo 34.8 del ET, siendo un derecho en materia de conciliación capaz de conseguir un menor presentismo, que, por ello, permite conjugar de mejor forma la esfera familiar con la laboral y que, además, obstaculiza de una forma óptima que aumente la brecha de género, no goza, paradójicamente, de idéntica protección. De nuevo aparece aquí el argumento de la doble tipología de derechos en materia de conciliación, de primera y de segunda categoría, pero, esta vez, entre los derechos de ausencia y los de presencia, cuando el ejercicio de ambos puede provocar serias reticencias en el empresario. Si se quiere avanzar hacia un panorama que favorezca la conciliación y la corresponsabilidad, que proteja de forma eficaz y eficiente a la familia, que ensalce la tan necesaria labor de cuidados y que, además de todo ello, logre conseguir un mayor vínculo o compromiso de la persona trabajadora con los objetivos empresariales, se debe apostar por dar un mayor impulso a esas políticas que se han venido en denominar de *work life balance*, presididas por el postulado del trabajo decente, que es, precisamente, uno de los objetivos de la Agenda 2030 (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 1.666). Siguiendo la línea marcada por esta senda se encuentra la modificación legislativa por la que desde estas páginas se apuesta, que debe ir más allá para tener en cuenta, también, el recurso a los derechos conciliatorios de presencia y tutelar, en consecuencia, a la persona trabajadora con la protección más enérgica que supone la nulidad objetiva frente a cualquier extinción del contrato tomada a consecuencia de la solicitud de adaptación o, incluso, del ejercicio de la misma (Igartua Miró, 2019).

²⁴ El artículo 12 de la norma europea prevé que:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9.

El último precepto mencionado en este artículo contempla las fórmulas de trabajo flexibles. Por lo tanto, parece que solo el tiempo de ausencia en el ámbito de estas fórmulas quedaría protegido frente al despido.

Menos dudas –de hecho, ninguna– debería plantear la incorporación en el listado del artículo 55.5.2.º b) del ET del permiso para personas cuidadoras ya anunciado, pero aún no plasmado en norma interna alguna. Cabe recordar que este permiso lo incorpora por vez primera la Directiva 2019/1158. Así, su artículo 6 contempla la obligación de los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de 5 días laborables al año por trabajador». En nuestro país, el Ejecutivo español ya lo ha anunciado como parte de una nueva ley sobre familias y, si este anuncio realmente llega a trasladarse al plano legislativo y no se queda en papel mojado o en un simple eslogan –si se permite la expresión–, creo que lo correcto, desde el plano jurídico, sería que la incorporación de este nuevo permiso en el texto del ET implicara de suyo una modificación de la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET para integrarlo como causa que puede dar origen a la nulidad objetiva del despido. Algo que avalaría no solo el variado argumentario que más arriba se ha empleado, sino también el artículo 12 de la directiva antes citada; precepto que, como se ha tenido oportunidad de comentar²⁵, proscribía toda extinción contractual por el hecho de haber solicitado o disfrutado de uno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, el del artículo 6, justamente el permiso para personas cuidadoras.

Quien bien haya seguido el razonamiento se habrá dado cuenta, ya a estas alturas, de que, desde estas páginas, se apuesta por una protección reforzada en bloque de los derechos de conciliación. Exigencias constitucionales e, incluso, europeas avalarían este posicionamiento, pero también la cada vez más imperiosa necesidad de focalizar la atención debida en el trabajo de los cuidados (de personas de corta edad, pero también longevas) y de tener en cuenta el rol que principalmente asume la mujer en esa tarea. Además, y aunque ello suponga reforzar una medida sancionatoria, no se puede negar la repercusión que tal modificación podría tener para, de un lado, cambiar cierta cultura empresarial basada en la consecución de objetivos y en apartar a quienes, por tener a quien cuidar, no pueden lograr esa meta y, de otro, generar un mayor compromiso con los objetivos empresariales, algo que enlazaría con esa meta del trabajo decente a la que anteriormente se ha hecho referencia.

Restaría por analizar, en fin, para completar esta visión que aquí se ofrece, la posibilidad de incorporar al listado de causas que provocan la nulidad objetiva del despido el disfrute del permiso contemplado en la letra f) del artículo 37.3 del ET, esto es, el permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad. Ciertamente, no parece tener mucho sentido que el primero, el relacionado con el embarazo, tenga que incorporarse a la letra b) del artículo 55.5.2.º del ET, puesto que, a la postre, un despido acaecido por el disfrute de este derecho sería un despido nulo de forma automática por afectar a la mujer embarazada.

²⁵ Vid. nota anterior.

A estos efectos, no está de más recordar que se ampara el hecho biológico del embarazo desde su inicio hasta el comienzo de la suspensión por nacimiento de hijo, por lo que a la trabajadora gestante ya se la está tutelando. Ninguna protección adicional sería menester dispensarle cuando hace uso del permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto. Esta misma cobertura, sin embargo, no la tiene quien solicita el permiso para el caso de adopción.

En efecto, cuando de la maternidad biológica se trata, el permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto tutela el proceso mismo de la gestación, que obviamente solo tiene lugar en la trabajadora embarazada, a la cual el ET ya ampara frente al despido. Pero, cuando de la maternidad o paternidad adoptiva se trata (entiéndase «adoptiva» en sentido amplio), ello no acontece, cierto, pero sí existe un momento previo en el que la persona trabajadora ha de cumplir con toda una serie de formalidades (visitas, entrevistas, asistencia a cursos) que, si todo sale bien, culminarán en una resolución administrativa o judicial que determinará el inicio del correspondiente periodo de suspensión. Para permitir a quien trabaja realizar todo ese *iter* burocrático se adiciona a la letra f) del artículo 37.3 del ET el permiso para acudir a todas las sesiones de información y preparación correspondientes. Ocurre, no obstante, que esas ausencias al trabajo pueden, a la postre, ocasionar un cierto riesgo de despido, tanto por el desajuste organizativo al que tal vez aboque a la empresa como por lo que significa prepararse para una adopción, guarda o acogimiento, esto es, tener a otra persona al cuidado con todo lo que ello comporta. Porque ello puede acontecer, no estaría de más que quedara claramente establecida la nulidad objetiva del despido cuando se solicita o se está disfrutando del permiso en caso de adopción. La inseguridad quedaría, en cierto modo, conjurada y no se dejarían espacios de impunidad que terminarían por limitar el alcance del derecho.

2.3. Las trabajadoras sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro*

Finalmente, y en otro orden de ideas, cabe plantearse si el cese de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* podría formar parte del elenco de causas que conforman la nulidad objetiva del despido. A este respecto, es obvio reconocer que no hay norma europea alguna que tutele con tal protección reforzada este estadio. Lo que se protege con estricta observancia es el embarazo en sí, desde que comienza hasta que se produce el alumbramiento e, incluso, más allá, al blindarse frente al despido al progenitor o a la progenitora recientes cuando hacen uso de su derecho a suspender el contrato por nacimiento de hijo. Sobre eso, se pronunció ya en su momento la STJUE de 26 de febrero de 2008 (asunto C-506/06, Mayr), que declaró que la protección reforzada frente al despido no se aplica:

[...] a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de

esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero estos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

Y ello, entre otros motivos, por la posibilidad de conservar los óvulos fecundados durante, en ocasiones, años. Porque, según el tribunal, este hecho podría tener «el efecto de conceder el beneficio de la protección reforzada contra el despido aun cuando la transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella». No obstante, lo anterior no impediría, también al decir de la Gran Sala, que la trabajadora pudiera eventualmente acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo. Así, en la medida en que se demostrara que el despido se basa «esencialmente» en el hecho de que la trabajadora se ha sometido a tal tratamiento –al cual solo ella, por motivos obvios, puede someterse– y se encuentra en una fase avanzada del mismo (entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero), ese despido habría de ser calificado como nulo por discriminatorio por razón de sexo.

En nuestro país, sin embargo, esta doctrina del despido discriminatorio por razón de género ha sido acogida de forma irregular en sede judicial. Así, es posible encontrar resoluciones en las que se declara no la nulidad, sino, más bien, la improcedencia del cese, bien por el hecho de que no se ha demostrado el suficiente panorama indiciario²⁶, o bien porque ni siquiera se ha considerado aplicable la regla de la inversión de la carga de la prueba²⁷. Otras resoluciones, sin embargo, apuestan por poner en valor la probabilidad de embarazo y engarzar ahí la nulidad del despido con base en la discriminación por razón de género. Por decirlo de otro modo, según estas sentencias es obvio que quien se somete a un tratamiento de fecundación *in vitro* no está en situación de embarazo, pero es probable que lo

²⁶ STSJ de Canarias/Las Palmas de 11 de diciembre de 2019 (rec. 974/2019).

²⁷ Señala la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 de septiembre de 2010 (rec. 277/2010) que ello debe entenderse así porque el Tribunal de Justicia:

[...] no establece –como parece en una lectura apresurada– que sea contrario a la Directiva 76/207 el que se despida a una trabajadora en tratamiento de fertilidad antes de la implantación del embrión en el útero (por su condición de mujer y no por su condición de embarazada), sino que lo que establece es que eso será así «en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada está sometida a tal tratamiento» [...]. Por tanto, es necesario acreditar que el despido se basa «esencialmente» (es decir, que no es un elemento secundario o coadyuvante) en el hecho de que la trabajadora está sometida a tratamiento de fertilidad. Y, tal condicionante no implica, dados sus claros términos, que se produzca inversión alguna de la carga de la prueba [...], porque, de hacerlo, se estaría utilizando selectivamente, para conseguir el fin propuesto (la nulidad del despido) una doctrina comunitaria en lo que interesa, pero soslayando su difícil condicionante («que se demuestre que ese despido se basa esencialmente en el hecho del tratamiento»).

Con base en ello, se declara la improcedencia del despido efectuado, porque no se logra demostrar que el cese «se basara "esencialmente" (ni siquiera secundariamente) en este hecho».

esté si ese tratamiento prospera. Y, si ello es así, su despido en tal situación «puede considerarse discriminatorio por razón de género, pues el embarazo que se pretende es una circunstancia biológica exclusiva de la mujer», suficiente para invertir la carga de la prueba, y ello con independencia del conocimiento o no de tal circunstancia por la empresa²⁸. Por lo demás, otro conjunto de sentencias no otorga la protección que ofrece la nulidad (y confirman, por ende, la procedencia del cese) al no haberse procedido, en el momento del despido, a la transferencia del óvulo fecundado al útero de la mujer²⁹. La problemática concluye, finalmente, con la STS de 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015), que declara la nulidad del despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* cuando aún no se había producido la implantación. Pero ello no por la vía de asimilar esta circunstancia a la propia del embarazo –ya que ello no es acorde con el derecho de la Unión–, sino, más bien, por entender que se ha producido una discriminación por razón de sexo, habida cuenta de que el tratamiento en cuestión solo puede llevarse a efecto en el cuerpo de la mujer. Consecuencia de ello es que se invierta, en estos casos, la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa acreditar que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada.

Siendo, pues, tal la doctrina del TS, cabe plantearse si existen motivos para cuestionarla, esto es, para abogar por que una futura reforma estatutaria se plantee la necesidad de entender que el despido de la trabajadora que se encuentra en fases muy avanzadas del tratamiento de fecundación *in vitro* debe formar parte del elenco de causas que conforman la nulidad objetiva. ¿Podría, de nuevo, ser este un caso en que la norma española superara los estándares mínimos de protección que ofrecen las normas europeas, en particular, el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE? A mi modo de ver, no. Ciertamente es que, entre la doctrina, hay quien ha pretendido situar el valor de la procreación en el centro de la protección que dispensa aquel precepto, más allá del proceso, natural o artificial, que lleve a esa meta (Gutiérrez-Solar Calvo, 2008, p. 3). Según esta línea interpretativa, no solo el embarazo, sino todo el proceso mismo que conduce a la gestación de un niño o una niña, se desarrollara este de modo natural o con ayuda médica, habría de quedar protegido de forma reforzada frente al despido. Incluso se ha argumentado, para apuntalar esta idea, que no extender la protección por embarazo a supuestos como el que nos ocupa podría asemejarse a no proteger con la garantía de indemnidad a quien anuncia una inminente demanda por despido (Tarabini-Castellani Aznar, 2011, p. 3). No obstante, con ser estos argumentos del todo punto sugerentes y muy atractivos por todo lo que supondrían para la defensa del hecho mismo de la maternidad, no creo, a mi modo de ver, que puedan sostenerse. Y ello, básicamente,

²⁸ SSTSJ de Cataluña de 5 de abril de 2019 (rec. 30/2019), de 19 de noviembre de 2015 (rec. 4499/2015) y de 17 de octubre de 2002 (rec. 4431/2002), y de Madrid de 17 de julio de 2015 (rec. 183/2015) y de 9 de octubre de 2008 (rec. 3842/2008).

²⁹ SSTSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2013 (rec. 6182/2012) y de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 19 de octubre de 2009 (rec. 499/2009).

por propia reducción al absurdo. Porque, si se piensa, otorgar una protección reforzada contra el despido a la trabajadora que se encuentra en fases avanzadas de su tratamiento de fecundación sería tanto como proteger la fertilidad, se logre esta tanto de modo artificial como natural. Y, mirada la cuestión desde este ángulo, ello conduciría, al límite, a declarar nulo de forma automática el despido de cualquier trabajadora por el mero hecho de que su condición de mujer la hace ser capaz de concebir y de lograr el embarazo. Pero, es más, incluso se llegaría al extremo de declarar nulo también de forma automática el despido de todo trabajador varón, puesto que, sin él, no puede existir fecundación, ni, por lo tanto, probabilidad de embarazo³⁰.

Por lo tanto y a mi juicio, una cosa es que deban buscarse fórmulas para desterrar ciertos perjuicios empresariales a la hora de contratar mujeres por su capacidad para convertirse en madres, por ende, en cuidadoras y, por lo tanto, en personas que van a tener que hacer uso de los derechos de conciliación que se plasman en el ET, con todo lo que ello implica a nivel de organización y productividad en la empresa, y otra muy distinta es intentar sobrepasar los límites de una protección normativa que puede calificarse, en este punto, de cabal y mesurada, desbordándola hasta llegar a resquebrajar el (delicado) equilibrio en el que se encuentran los poderes empresariales y los derechos de quienes prestan servicios en la organización.

3. Las garantías frente al despido nulo de forma automática

3.1. La extensión de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados del artículo 183 de la LRJS

Como se dijo en la parte introductoria de este trabajo, son dos los frentes abiertos que planean sobre la nulidad objetiva del despido. Uno, el de su alcance subjetivo, que es el que acaba de analizarse. Otro, que es el que ahora interesa, el de sus consecuencias. Porque, como bien se conoce, a la nulidad le sigue la readmisión y el abono de los salarios de tramitación. Pero ¿puede haber algo más?, ¿alguna otra consecuencia cuando de la nulidad objetiva se trata? La pregunta no es en modo alguno ociosa. Primero, porque, de ofrecer una respuesta afirmativa, el coste económico de este tipo de despidos se incrementaría considerablemente. Y, segundo, porque existe ya una regla que ampara el pago de una indemnización de tal calibre cuando de la nulidad discriminatoria se trata (art. 183 LRJS) y,

³⁰ Y lo mismo cabría argumentar cuando, en vez de la búsqueda del embarazo, se planeara la adopción, el acogimiento o la guarda. Se llegaría al extremo, totalmente absurdo, de que el despido se declarara nulo de forma automática simplemente por el hecho de que la persona trabajadora, ya fuese hombre o mujer, cumpliera con los requisitos exigidos legalmente para adoptar, acoger o proceder a la guarda del menor.

siendo esto así y al menos *a priori*, parece que no exista fundamento suficiente alguno para negar el reconocimiento de una indemnización cuando la nulidad del despido proviene de conductas empresariales de gravedad cualificada a las que quien legisla ha tenido a bien otorgarles un tratamiento procesal más favorable.

La controversia se ha suscitado en el marco de la nulidad objetiva por razón de embarazo de la trabajadora no conocido por la parte empresarial. Los posicionamientos se dividen en dos. Así, existen, por un lado, resoluciones judiciales que niegan que este supuesto de nulidad objetiva deba llevar aparejado de forma automática un resarcimiento económico más allá de la readmisión y del abono de los salarios de tramitación, porque esto solo acontecería cuando se demostrara, de forma adicional, la existencia de discriminación. Es decir, que no bastaría, para que se generara el derecho al percibo de una indemnización, que quedara acreditado el hecho mismo del embarazo, sino que, además, sería necesaria la prueba de que existe un suficiente panorama indiciario de discriminación³¹, y, en este sentido, se hace jugar cierta doctrina constitucional según la cual:

[...] el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (STC 92/2008, de 21 de julio)³².

Se refuerza, además, este modo de entender la problemática con el argumento de que la vulneración de un derecho fundamental requiere de un ánimo voluntario y culposo por parte de quien infringe el mandato; cosa que no puede ocurrir cuando el embarazo no es conocido por el empresario³³.

³¹ De este modo, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de noviembre de 2015 (rec. 2005/2015) dispone, para el caso enjuiciado, que:

[...] el despido en este caso es nulo no por la mera aplicación de la norma objetiva del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino porque, aunque tal norma no existiera, la situación de baja por embarazo o maternidad produce un panorama indiciario de que un despido en tal situación puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad, incluida la prueba, en su caso, de que desconociera tal circunstancia. Por tanto, el despido era nulo en este caso no solamente por aplicación de la norma objetiva, sino por considerarse acreditada discriminación ilícita con base en las normas aplicables a la valoración de la carga de la prueba. Por consiguiente, existe vulneración de derechos fundamentales y procede la indemnización por tal causa.

Sobre ello, también, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de julio de 2013 (rec. 1171/2013).

³² Con todo, la lectura de esta sentencia debe realizarse de forma cautelosa para los efectos que ahora interesan, pues en ella se juzgaba un despido que se había acometido en un momento previo a la introducción en el texto estatutario de la nulidad objetiva.

³³ Así, la STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021 (rec. 1926/2021) dispone que:

[...] declarada la nulidad automática del despido, la falta de prueba del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora impide que haya incurrido en violación

Más favorables son, por su parte, otras resoluciones judiciales que abogan por la automaticidad de la indemnización³⁴. Así, se entiende que si de lo que se trata es de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria por discriminación, dispensando a la persona trabajadora de la carga de acreditar un panorama indiciario sobre la vulneración del derecho fundamental y eximiéndola, incluso, de probar que el empresario tenía conocimiento de la circunstancia del embarazo, lo lógico es entender también que la automaticidad se extiende incluso al abono de una indemnización por los daños y perjuicios que se hubiesen podido padecer. Y todo ello al margen de que «existan o no indicios de tratamiento discriminatorio, de que concurra o no un móvil de discriminación o incluso de que no tuviera conocimiento la empresa». No sería relevante, pues, acreditar un perjuicio específico sobre el que apuntalar la condena indemnizatoria, puesto que este se presumiría en todo caso. Y, en cuanto al argumento del ánimo culposo al que anteriormente se hacía referencia, este se ha contrarrestado sosteniendo que «reiterada doctrina constitucional establece que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales (SSTC 225/2001 y 74/2008)» (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 9 de diciembre de 2019, rec. 407/2019).

Todo está a la espera, pues, de un pronunciamiento en unificación de doctrina del TS que resuelva la controversia. Hasta que este llegue, evidentemente no se puede hacer más que posicionarse en un extremo o en otro de la balanza. Y, a mi modo de ver, creo que no es difícil escoger. En efecto, volviendo a poner el foco de atención en la totalidad de los supuestos contemplados en las letras a), b) y c) del artículo 55.5.2.º del ET y no solo en la situación protegida del embarazo de la trabajadora, no puede negarse la mayor: quien legisla ha optado por que determinadas conductas empresariales, en tanto que afectan a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, a la conciliación, a la responsabilidad y, al límite, a la protección a la familia, deben sancionarse con un mecanismo de acción positiva, en este caso, con un tipo de nulidad, la objetiva, que ofrece un estatus de protección más ventajoso a la persona trabajadora que la nulidad ordinaria. Pues bien, si ello es así, cabalmente no puede pensarse que la persona despedida obtenga por la nulidad de tipo discriminatorio una indemnización destinada a reparar el daño que la conducta ilícita empresarial ha generado y, sin embargo, en la nulidad objetiva, la que ofrece una protección de más alto nivel, no la consiga. O, por mostrarlo con un ejemplo, en idéntica situación de discriminación por razón de género se encuentra una trabajadora despedida por someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* que otra que ha visto extinguido su contrato por

del derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo contemplado en el artículo 14 de la CE y, en consecuencia, que proceda la condena a indemnización de los daños y perjuicios morales que realiza la sentencia, ya que la infracción del derecho fundamental ha de ser voluntaria y culpable, y únicamente cabe condena a indemnización de daños y perjuicios, según el artículo 183 de la LRJS, cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, que en este caso concreto no ha resultado acreditado.

³⁴ SSTSJ de Galicia de 7 de mayo de 2021 (rec. 1216/2021), de Madrid de 18 de junio de 2021 (rec. 286/2021) y del País Vasco de 12 de junio de 2018 (rec. 1028/2018).

razón de su embarazo. No hay motivo alguno para ofrecerle a la primera una indemnización que le repare los daños ocasionados y negársela a la segunda³⁵, cuando de la misma discriminación y de los mismos perjuicios se trata. Además, y a la postre, el mensaje que se le transmite al empresario es muy distorsionador: se le dice que, aunque procesalmente la nulidad objetiva le suponga un inconveniente, la extinción le saldrá más a cuenta, puesto que tan solo deberá abonar los salarios de trámite. Y no parece, ciertamente, que esta consideración sea la más adecuada de sostener en atención a los intereses que están en juego.

Por lo tanto, en mi opinión, la clave de la cuestión radica en entender que el acto ilícito del empresario genera, *per se* y con independencia de cualquier intencionalidad, una vulneración a determinados valores constitucionales³⁶ e, incluso, europeos³⁷ que debe repararse más allá de lo que simplemente dispone el artículo 55.6 del ET. El artículo 183 de la LRJS debería ser de aplicación también en estos casos y no restringirse a aquellos en los que se declare que existe una situación de discriminación real y concreta probada por un suficiente panorama indiciario. Por ello, una futura decisión del TS o una eventual modificación legislativa deberían ir en este sentido y aclarar que el hecho generador de la nulidad (el embarazo o el disfrute de ciertos derechos preventivos o en materia de conciliación) debe determinar, en buena lógica, no solo que se declare de forma automática la nulidad del despido, sino también que proceda, de modo igualmente mecánico, el abono de una indemnización que compense por la vulneración acaecida y que disuada en cierta forma al empresario de tomar este tipo de decisiones. Y ello, claro está, salvo que quede demostrada la procedencia del despido (García Rubio, 2020, p. 30). Otra solución sería, como bien se ha señalado por las resoluciones dictadas en suplicación que se muestran favorables a esta interpretación, «difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado» (STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, rec. 286/2021), además de suponer que se rebaje una cuestión que, ya se

³⁵ Aun cuando el embarazo no sea conocido por el empresario, porque esta circunstancia podría modular a la baja la indemnización, pero no eliminarla de raíz (Molina Navarrete, 2019, p. 66). En sentido contrario, López Terrada (2020, p. 35).

³⁶ No es ocioso recordar aquí la doctrina sentada por la STC 3/2007, de 15 de enero, sobre el valor interpretativo de la dimensión constitucional de las medidas conciliatorias. Así, se señala en esta resolución que:

[...] la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento.

³⁷ Artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ha visto, tiene un evidente encaje constitucional a un tema de mera legalidad ordinaria (Molina Navarrete, 2018, p. 139).

Así las cosas, creo que es obligado concluir que la readmisión, junto con el abono de los salarios dejados de percibir, no constituye reparación suficiente que pueda compensar por los daños derivados de la decisión empresarial que judicialmente se califica con la nulidad objetiva³⁸. A partir de aquí, no obstante, surgen dos preguntas que, evidentemente, también deben encontrar respuesta. De un lado, cómo haya de cuantificarse tal indemnización y, de otro, si tal monto forma parte o no de la tutela preventiva a la que alude la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porrás Guisado). A esta segunda cuestión, por su especificidad, se ofrecerá la oportuna contestación acto seguido, en el epígrafe siguiente; ahora baste con señalar, por lo que al cálculo de la indemnización se refiere, que este dependerá, desde luego, de los daños materiales que se hayan ocasionado, que habrán de demostrarse conforme a las vías tradicionales. Pero, de igual modo, también dependerá de los daños morales –que se entienden indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental–³⁹ y estos son más difíciles de cuantificar. Con todo, parece que, en estos momentos, se encuentra asentada la doctrina judicial⁴⁰ que considera aplicable el régimen de sanciones que prevé la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) (arts. 8.2 y 40.1 c)⁴¹, pero teniendo en cuenta, para realizar una valoración en su conjunto, aspectos tales como la antigüedad de la persona trabajadora, la persistencia temporal de la vulneración del derecho o la intensidad en su quebrantamiento, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros⁴².

³⁸ Del mismo parecer, Beltrán de Heredia Ruiz (2018).

³⁹ Aun cuando en la demanda no se hayan llegado a concretar los parámetros necesarios para cuantificar el importe (SSTS de 23 de febrero de 2022, rec. 4322/2019, y de 9 de marzo de 2022, rec. 2269/2019).

⁴⁰ A modo de ejemplo, STC 246/2006, de 24 de julio, SSTS de 23 de febrero de 2022 (rec. 4322/2019) y de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015), y STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2021 (rec. 1216/2021).

⁴¹ Como se conoce, el artículo 8.12 de la LISOS contempla como infracción muy grave:

Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

⁴² STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019).

3.2. La tutela preventiva derivada de la STJUE de 22 de febrero de 2018: ¿forma parte la indemnización de la misma?, ¿qué otros posibles contenidos puede albergar?

Como anteriormente se decía, el hecho de que se apueste por anudar al despido por nulidad objetiva una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados conduce a plantearse, también, si tal monto económico forma parte o no de esa tutela preventiva a la que alude la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porras Guisado) cuando se refiere al despido de la trabajadora embarazada o madre reciente. Y, en mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. En esta resolución, si se recuerda, el TJUE llega a afirmar que la protección frente al despido que dispensa el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE se divide en dos: por un lado, la protección contra el cese en sí mismo considerado, y ello con carácter preventivo, y, por otro, la protección contra las consecuencias del despido en concepto de reparación. Así, la trasposición correcta del mencionado artículo obligaría a los Estados miembros a ofrecer esta doble protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, y no limitarse –como sería el caso del Estado español, al decir del tribunal– a «establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado». La tutela reparadora consistente en «la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo», por lo que –se concluye–:

El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

La lectura de esta sentencia obliga, en línea de principio, a entender que una cosa es adoptar medidas para que el hecho mismo del despido no se produzca (tutela *ex ante* o preventiva) y otra muy distinta, aunque ligada a ella, es que, una vez cometido el hecho ilícito, este origine una serie de consecuencias cuya finalidad última sea la reparación por los daños ocasionados (tutela *ex post*). La readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir forman parte de la reparación, desde luego, pero también el pago de la indemnización por la que desde este trabajo se aboga en tanto que, a fin de cuentas, de no haberse cometido el acto ilícito del despido, ninguna vulneración de derechos fundamentales habría acontecido y ninguna medida resarcitoria tendría que haberse activado⁴³. Puede oponerse, no obstante, que la indemnización del artículo 183 de la LRJS también cumple, como indica

⁴³ En esta línea, también Fernández Avilés (2018, p. 157).

el propio texto normativo, una función disuasoria o preventiva. Y ello es cierto, porque si la vulneración de un derecho fundamental no implica perjuicio patrimonial alguno para el culpable de la lesión, este se verá animado a cometerla de nuevo, lesionando, otra vez, el derecho fundamental de que se trate. A la luz de esta interpretación, la crítica a la STJUE es fácil acometerla, puesto que instrumentos existirían en el derecho interno para prevenir el despido de las trabajadoras embarazadas o de parto reciente, siendo uno de ellos esta indemnización del artículo 183 de la LRJS (Molina Navarrete, 2018, p. 141). Con todo, dos argumentos pueden barajarse para contrarrestar este posicionamiento. Primero, que la indemnización forma parte, aun con todo, de la tutela *ex post* a la que anteriormente se aludía (procede el pago de la indemnización, porque la vulneración ha implicado la nulidad de un despido que previamente se había cometido). Segundo, que la tutela preventiva a la que hace referencia la sentencia Porrás Guisado bien puede ser otra distinta.

Y es que estamos acostumbrados, especialmente en los últimos tiempos, a convenir que la indemnización por despido –ya sea por despido improcedente, ya sea por lesión de derechos fundamentales– debe tener un cierto componente disuasorio que pueda ser capaz de prevenir conductas ilícitas futuras. Por ello, es sencillo concluir, tras una primera lectura de la sentencia europea, que el monto indemnizatorio forma parte *per se* de la tutela preventiva. No obstante, parece que ello no es lo que quiere decir tal resolución. Lo que se sugeriría⁴⁴ es la necesidad de proyectar la tutela preventiva sobre el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, muy distinto, por lo tanto y en puridad, al ámbito o al entorno que surge a raíz de una discriminación. De este modo, se conectaría la Directiva 92/85/CEE, que –debe recordarse– tiene como finalidad 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 lactancia⁴⁵, con los riesgos que:

[...] un posible despido supone para el estado físico y psíquico [de estas trabajadoras], incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo [...]. [Es por ello por lo que] el legislador de la Unión ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido⁴⁶ durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

⁴⁴ STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015).

⁴⁵ No cabe olvidar, no obstante, que el propósito de esta directiva no se agota en el ámbito de la seguridad y salud laboral, porque también trata de garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no sean motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras en este estado (Fernández López, 2005, p. 18).

⁴⁶ E, incluso, actos preparatorios del mismo (STJUE de 11 de octubre de 2017, asunto C-460/06, Paquay).

Resituando, pues, el foco de atención en la legislación de prevención, se trataría de conjurar, *ex ante*, los específicos riesgos (trastornos físicos, pero también en la psique, como el miedo, el estrés, la ansiedad o las inseguridades) que la «contingencia» de una decisión extintiva empresarial ocasiona en el ánimo de una trabajadora embarazada o de parto reciente; riesgos que, al decir de la sentencia europea, siempre existirán. Desde este punto de vista, entonces, cierto es que cabría entender que la protección que se dispensa por la legislación estatutaria frente al despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia es fragmentaria al no tener en cuenta más que el resarcimiento por el despido ilícito. No habría, en este sentido, tutela preventiva alguna en el ordenamiento español. En la norma laboral no se encuentra, no existe como tal, una prohibición, directa, de despedir a estas trabajadoras. Tampoco en la LISOS, en donde recuérdese que se contempla (y no es poco) como infracción muy grave aquella sobre la discriminación (art. 8.12 LISOS). Esta infracción, junto con su correspondiente sanción, puede servir, ciertamente y como se dijo, para cuantificar el importe de la indemnización a percibir cuando ya se ha cometido el despido, pero no parece tener la fuerza jurídica suficiente para prevenirlo o, al menos, no de la manera en la que lo requiere la sentencia Porrás Guisado.

Por lo tanto, tal vez sea el momento de explorar la posibilidad de instaurar concretas medidas para evitar, *ab initio* y del modo en que lo requiere la sentencia europea, que el despido se produzca⁴⁷. Y lo primero que podría plantearse es que quien legisla previera, tal vez en el texto del artículo 49 del ET, una concreta prohibición de despedir a las trabajadoras durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final de la suspensión por maternidad (adopción, acogimiento o guarda, por asimilación), atendiendo a lo que indica el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE y que, incluso, superando los estándares mínimos de protección que esta marca, podría extenderse a los trabajadores varones que ejercitaran los derechos de conciliación en coherencia con lo que prevé el segundo párrafo del artículo 55.5 del ET⁴⁸. Esta medida complementaría lo dispuesto en el citado precepto estatutario, que quedaría como mecanismo de salvaguarda por si el despido finalmente se produjera y hubiera de calificarse como nulo de forma automática. Eso sí, esta prohibición no sería en modo alguno absoluta o ilimitada (bien entendido, ninguna prohibición lo puede ser), sino que estaría condicionada por la existencia de razones justificativas que avalasen, aun en estos supuestos, la toma de la decisión extintiva, como bien apunta el TJUE en consonancia con el artículo 10 de la directiva antes mencionada.

⁴⁷ Y ello a salvo de que se pudiera solicitar la aplicación directa del artículo 10 de la Directiva 92/85. Sobre ello, las SSTJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos) y de 4 de octubre de 2001 (asunto C-438/99, Jiménez Melgar).

⁴⁸ Si ello así no se hiciera, tal vez una prohibición de este tipo, referida de modo exclusivo a las mujeres, tendría el efecto perverso de poner en peligro la contratación de este colectivo por las dificultades de gestión de personal que pudiera apreciar el empresario. Además, el hecho de diseñar una prohibición de despido para el progenitor o la progenitora hasta que finalice la correspondiente suspensión por nacimiento de hijo sería un mecanismo más para fomentar la corresponsabilidad y superar los roles de género en las tareas de cuidado.

Con todo, un problema se plantearía y sería el de delimitar el radio de actuación de esta prohibición. En concreto, habría que determinar qué concretas extinciones contractuales serían susceptibles de integrar la prohibición, lo que conduce, irremediadamente, a que el concepto de «despido» tenga que ser definido a los efectos que ahora interesan. A mi modo de ver, si un mandato de tal calibre se planteara a nivel legislativo, creo que lo más factible sería atender a lo que indicaba ya en su momento la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera). En ella, si se recuerda, se dictaminaba que la noción de despido debe entenderse como «un concepto de derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros» y que debe interpretarse «en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Tomando lo anterior, pues, como referencia, habría que concluir que, en el contexto a que este trabajo se refiere, toda extinción del contrato que no contase con el consentimiento de las personas trabajadoras tuteladas por la prohibición debería quedar proscrita. Así, y sin ánimo exhaustivo, los despidos disciplinarios, objetivos y colectivos, las extinciones que trajeran su causa del artículo 50 del ET, las resoluciones del contrato derivadas de la negativa de la persona trabajadora a aceptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o un traslado⁴⁹, las extinciones *ante tempus* de los contratos temporales o la extinción de estos mismos contratos cuando se hayan declarado fraudulentos, la extinción por no superación del periodo de prueba cuando este superase el plazo máximo legal establecido en el convenio colectivo aplicable o el desistimiento en el caso del trabajo del hogar familiar⁵⁰. *A sensu contrario*, habría que entender como neutras a efectos de esta hipotética prohibición todas aquellas extinciones que derivaran bien de la voluntad de la persona trabajadora (dimisiones y abandonos, extinciones por causas inherentes a ella, bajas incentivadas en un contexto de crisis empresarial⁵¹), bien del deseo conjunto de ambas partes (extinciones por mutuo acuerdo o por las causas pactadas) o de hechos totalmente objetivos (extinciones de contratos temporales celebrados lícitamente por válida finalización de los mismos o extinciones derivadas de la muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física o por extinción de la personalidad jurídica de la sociedad siempre que no continuara la actividad), o bien de hechos del todo punto ajenos al empresario (fuerza mayor).

En otro orden de ideas, también habría que analizar si, más allá de esta prohibición, podrían buscarse otras vías tendentes a reforzar, para el colectivo protegido, la estabilidad en el empleo o la conservación del mismo. Y, a este respecto y al margen de lo que se ha propuesto cuando acontece un despido colectivo⁵², debe valorarse aquí la incidencia que

⁴⁹ Sobre ello, las SSTJUE de 21 de septiembre de 2017 (asunto C-429/16, Ciupa), de 21 de septiembre de 2017 (asunto C-149/16, Socha) y de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14, Pujante Rivera).

⁵⁰ Sobre la inclusión de este desistimiento en el concepto de despido, *vid.* nota 13.

⁵¹ Puesto que habría sido decisión de la persona trabajadora acogerse a tal baja.

⁵² Cuando acontece un despido de estas características (que fue el asunto que juzgó la sentencia Porras Guisado), se ha propuesto establecer derechos de preferencia bien de modo legal o convencional, causas

la legislación de prevención podría tener ante una hipotética decisión de cesar a la trabajadora embarazada o de parto reciente. Porque si aceptamos que la tutela preventiva se encuentra en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, habrá que concluir necesariamente que resulta de aplicación el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y que, en consecuencia, la empresa, con anterioridad al despido (entendido este en el sentido más arriba indicado), tendría que adoptar las medidas necesarias para prevenir los riesgos que su decisión puede conllevar, esto es, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el pase a un puesto o a unas funciones diferentes o el pase a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural; suspensión que, como es conocido, se mantendrá «durante el periodo necesario para la protección de la seguridad [de la trabajadora] o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

Bien sabido es, no obstante, que este precepto no está pensado para evitar los riesgos que derivan de una extinción contractual, sino, más bien, para evitar los que derivan del concreto puesto de trabajo en sí y de las particulares condiciones en las que se desarrolla la prestación laboral, hasta el punto de que el empresario viene obligado, en primer lugar, a «determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos» y, en segundo lugar, a acometer evaluaciones adicionales a la inicial para comprobar, en los puestos de trabajo con riesgo y una vez conocida la situación de embarazo o lactancia, el grado, la duración y la naturaleza de los riesgos específicos a los que puede quedar sometida la trabajadora⁵³. De ahí, en consecuencia, que se prevea una tutela escalonada, que suponga, en primer término, el mantenimiento del puesto de trabajo, aunque adaptando las condiciones de trabajo, en segundo término, la recolocación a otro puesto de trabajo exento de riesgo y, en tercer término, la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia⁵⁴.

Evidentemente, este esquema mal encaja con lo que se pretende. Cierto es que podría defenderse que el empresario habría de efectuar, tomando como base lo dispuesto en los artículos 16 y 26 de la LPRL, una evaluación de riesgos inicial que tuviera en cuenta las posibles consecuencias que un despido puede acarrear para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia (Ballester Pastor, 2018, p. 11). Ello, llevado a la práctica, supondría contemplar en dicha evaluación que el despido en sí es un potencial «agente» nocivo para

reforzadas y concretas para despedir o una explicación de los criterios de selección utilizados por la que se observe que son ajenos a todo móvil discriminatorio o a la situación protegida en sí (Ballester Pastor, 2018, p. 10; Fernández Avilés, 2018, p. 161).

⁵³ En el bien entendido, según la STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos), que «la falta en la evaluación del riesgo supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado al embarazo o la lactancia y constituye una discriminación directa por razón de sexo».

⁵⁴ En este proceso, además, intervienen la mutua o el Instituto Nacional de la Seguridad Social; organismos que, en su caso, tendrán que certificar (o no) la existencia del riesgo en el concreto puesto de trabajo.

la salud reproductiva e, incluso, para la producción láctea en su calidad y en su cantidad en tanto que generaría toda una serie de consecuencias nocivas y específicas para la trabajadora embarazada o madre reciente por la exposición al conflicto que esto le supondría y el estrés que ello le ocasionaría. Ahora bien, esa evaluación de riesgos debe culminar con un listado de puestos de trabajo exentos de riesgos, pero, obviamente, la pregunta surge de modo inmediato: ¿es que acaso existe algún puesto de trabajo exento de la contingencia del despido y de los padecimientos, ansiedades, inseguridades o miedos que este conlleva? Parece que no, pero, entonces, ¿cómo, sin llegar al absurdo, dar cumplimiento a esa obligación que impone el artículo 26.2 de la LPRL sobre el listado de puestos libres de riesgos, libres, por lo que ahora importa, del agente estresor que vendría a ser la contingencia del despido?

Las mismas dudas surgen con respecto a las medidas preventivas a las que se obliga al empresario. Porque, en cuanto a la obligación de adaptar las condiciones de trabajo, ¿cómo acometerla? Parece difícil en este contexto. De hecho, creo que puede convenirse sin duda alguna que la misma, ante una decisión extintiva, no tendría razón de ser, porque no se trata de modificar unas condiciones laborales que resultan nocivas, sino de prevenir los efectos perjudiciales de un despido, y ello no se consigue con una mera adaptación de condiciones. Por lo que atañe, en segundo lugar, a la recolocación en otro puesto compatible con el estado de la trabajadora tampoco resultaría factible. Primero y principal, porque ese otro puesto no quedaría –debe insistirse– exento del riesgo que derivaría de un posible despido, y de eso, precisamente, es de lo que se trata, de resituar a la trabajadora en una actividad que no le genere perjuicio alguno. Segundo, porque en determinadas circunstancias (cierre de la empresa) materialmente no podría acontecer. Y tercero, porque, aunque pudiera admitirse la viabilidad de la transferencia a otro puesto de trabajo, habría que considerar, en el escenario que aquí se baraja, si esto sería lo más adecuado para la trabajadora embarazada o de parto reciente, en tanto que puede ser preferible mantenerla en su actividad, a la que ya está acostumbrada, que ir cambiándola, una, dos o varias veces, a otra u otras nuevas a las que habría de adaptarse, con todo lo que ello le podría implicar a nivel de estrés o ansiedad. Con lo cual, parece que solamente quedaría el recurso a la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia. A la trabajadora le bastaría con que el empresario decidiera colocarla en alguna de estas dos situaciones suspensivas, según correspondiera, para prevenir los riesgos que el despido lleva implícitos. Pero, si esto fuera así, se abriría entonces otro interrogante: ¿cuándo habría que declarar a la trabajadora afecta por la situación suspensiva?

En una primera aproximación, el día inicial podría quedar fijado en el momento de la comunicación del embarazo al empresario o, en su caso, en el momento en que la trabajadora se hubiera reincorporado a su puesto de trabajo tras la suspensión por nacimiento de hijo⁵⁵. Sería, en ese momento, cuando operaría la obligación de suspender el contrato. No obstante, resultaría, entonces, que se desbordarían las fronteras propias de estas suspensiones y

⁵⁵ Siempre que el lactante no hubiera cumplido los 9 meses de edad y la madre hubiese optado por la lactancia natural (art. 48.7 ET).

–no se olvide– de las correspondientes prestaciones públicas, permitiéndose que cualquier trabajadora, por el mero hecho de estar embarazada o ser madre lactante, pudiera acogerse a esta protección. Y ello a su vez implicaría, primero, entender que cualquier trabajadora madre o que vaya a serlo con un embarazo que cursa con normalidad está impedida para trabajar (lo que no es cierto) y, segundo, que el gasto público en prestaciones a raíz de la ampliación de la cobertura aumentaría exponencialmente. Descartada, entonces, por lógica, esta posibilidad, la opción más plausible sería entender que la suspensión, cualquiera de ellas, habría de coincidir con el momento en que se procediera al cese, que es, en definitiva, el momento en que podrían surgir los riesgos derivados de un despido. Concretando más, resultaría que, como el empresario vendría obligado, por un mandato imperativo derivado de la prevención de riesgos laborales, a declarar a la trabajadora en situación suspensiva, no podría, aunque quisiera, adoptar la decisión extintiva. Ello a salvo, claro está, de que entendiera que existen razones justificadas para ello, lo que abriría, entonces, la posibilidad de impugnar el despido efectuado a través del artículo 55.5.2.º a) o b) del ET. Tutela preventiva y tutela reparadora, de este modo, coexistirían, complementándose mutuamente.

No cabe obviar, sin embargo, los inconvenientes a los que conduciría este planteamiento. En primer lugar, porque, para entender imponible al empresario la obligación, ante un posible despido, de suspender el contrato de la trabajadora en cuestión, habría que trascender del propio redactado del artículo 26 de la LPRL que vincula la suspensión, como más arriba se ha comentado, con agentes, procedimientos o condiciones del trabajo o de la actividad desarrollada. El despido en sí mismo considerado no parece que pueda situarse, estrictamente, en esa categoría. Es, por decirlo muy gráficamente, un trance que planea sobre cualquier puesto de trabajo, pero una cosa es eso y otra bien distinta considerar que el mismo condiciona de modo peculiar y particular el modo en que la trabajadora desarrolla su prestación de servicios. Ligado con esto, resulta que, además, y en segundo lugar, le resultaría muy complicado al empresario acometer esa evaluación de riesgos específica a la que anteriormente se ha hecho referencia. Con la misma se pretende perfilar el riesgo de modo individual, es decir, el correspondiente a la trabajadora en cuestión en función de sus propias condiciones personales, de la naturaleza, grado y duración de la exposición al riesgo o mismamente del procedimiento o régimen de trabajo. Pero esa concreción, en el contexto del que aquí se trata, no se lograría, porque el impacto de la decisión extintiva sobre la salud física y mental de la trabajadora siempre existiría al decir de la sentencia Porras Guisado. Se podrá argumentar que ello estará en menor o en mayor medida en función de las circunstancias de la trabajadora, pero es que esto sería realmente inocuo, porque la influencia negativa del despido sobre el embarazo o la efectividad de la lactancia natural concurriría de modo inexorable. Y si ello es así no parecería tener mucho sentido exigir el cumplimiento de esta obligación al empresario en tanto que sería, realmente, neutra a los efectos que aquí interesan. Finalmente, repárese en un hecho que puede mermar la eficacia preventiva de esta medida. La suspensión por riesgo habría venido motivada por una concreta decisión extintiva empresarial que habría quedado paralizada. Pero ¿qué ocurriría cuando ya no estuviera la trabajadora protegida por las situaciones que derivan de la

maternidad? Ciertamente, en ese momento, el riesgo del despido se actualizaría de nuevo, porque lo que habría pasado es que ese agente estresor no habría quedado eliminado de forma definitiva. Simplemente habría quedado en estado latente, durmiente, con motivo de la suspensión por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia. Siendo esto así, parece claro concluir que la tutela preventiva vehiculizada a través de la suspensión del contrato no sería completamente eficaz en tanto que, si de lo que se trataba era de eliminar de raíz toda inseguridad, incertidumbre, miedo o estrés que pudieran resultar nocivos para la maternidad, ello no se habría conseguido del todo. La trabajadora, por decirlo con otras palabras, sería sabedora de que tendría pendiente una orden de despido que se materializaría cuando transcurrieran los correspondientes lapsos protectores, siendo ello algo que, en mayor o menor medida, siempre le repercutirá en su estado de ánimo y en su modo de afrontar la maternidad.

Apuntado todo lo anterior, parece, pues, que, en un escenario como el que se describe, se antoja cuanto menos dudosa la aplicación del artículo 26 de la LPRL, a salvo, de nuevo, de una eventual modificación legislativa que realizara los ajustes necesarios en la norma para alojar de forma específica en el precepto los riesgos derivados de un posible despido. Y si incierta resulta ser la aplicación del artículo 26 de la LPRL, parece que habrá que concluir, en consecuencia, que con las debidas cautelas habría que tomar también la aplicación del régimen sancionador previsto en los artículos 13.1 y 40.2 de la LISOS para el caso de omisión o incumplimiento de los deberes previstos en aquel precepto. Además, repárese en que otro problema se añadiría a los anteriores ya mencionados. Porque para que puedan activarse las medidas de protección escalonadas que contempla el artículo 26 de la LPRL y para que estas resulten eficaces y eficientes, se necesita –aunque no se obligue a ello⁵⁶ que el estado de gestación de alguna forma se conozca, bien porque voluntariamente la trabajadora lo haya comunicado, o bien porque el embarazo ya sea perceptible a simple vista. Pero si ninguna de estas dos situaciones acontece, la controversia es evidente: la trabajadora puede no comunicar su incipiente embarazo por el temor al despido (y, a estos efectos, recuérdese que, para que el despido se califique con la nulidad, no se requiere que el empresario tenga conocimiento del mismo) o por preservar su intimidad, al menos en los primeros meses, precisamente los más complicados desde el punto de vista de la gestación, lo que haría que la tutela preventiva resultara inviable de llevar a cabo por el empresario, porque, desde luego, no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación si no se le notifica el hecho causante de la misma. A estos efectos, no cabe duda de que, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, la trabajadora, tanto por su bien como por el de su hijo o hija, habría de ser diligente y comunicar su estado, aunque ninguna norma legal la

⁵⁶ En efecto, no puede derivarse del artículo 29 de la LPRL una pretendida obligación de la trabajadora de comunicar su estado al empresario (con su correspondiente sanción), porque ello supondría tanto como situar su derecho a la intimidad en un plano de mera legalidad ordinaria, confrontándolo con el deber del empresario de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras y con la respectiva obligación de estas de colaborar para que su entorno sea lo más seguro posible.

conmine a ello. El riesgo del despido cierto es que existiría, pero, si se efectuara esa modificación legislativa a la que anteriormente se hacía referencia sobre la instauración de una prohibición de despedir, aquel podría, en cierto modo, conjurarse. Y no tan solo por la prohibición, sino también por la sanción en el ámbito de la prevención en la que podría incurrir el empresario por su incumplimiento. Porque una hipotética incorporación en el texto estatutario de la prohibición de despedir a las trabajadoras madres debería tener su reflejo, de igual modo, en la normativa de prevención y también, desde luego, en la normativa sancionadora para incorporar en los artículos 13 y 40.2 de la LISOS la infracción y la sanción que correspondieran por su incumplimiento.

Menos complejo, por lo demás, parece ser encajar la obligación informativa del empresario en este contexto (art. 18 LPRL). Así, habría de informar sobre los riesgos que un posible despido pudiera implicar para el embarazo o la lactancia a fin de que la trabajadora, llegado el caso, supiera cómo reaccionar, tuviera mecanismos para evitar poner en peligro su salud o la del niño o la de la niña durante unas etapas tan especialmente complicadas. Algo que, en la práctica, pasaría, entiendo, por ofrecer una información suficiente sobre los riesgos de cariz físico o psicosocial que la exposición ante esta situación conflictiva puede comportar y por mantener en la empresa una red de apoyo social y emocional que ayudara a la trabajadora embarazada o madre reciente a saber gestionar una situación de este tipo.

Finalmente, dos últimos apuntes a considerar, esta vez, sobre el impacto de la normativa de prevención de riesgos en materia de reparación por los daños ocasionados. Así, en primer lugar, se ha sugerido (Ballester Pastor, 2018, p. 10) que juegue, en este contexto, la figura del recargo de prestaciones por lo que atañe a la maternidad o al desempleo cuando la readmisión no fuera posible, que es lo que ocurre, ya se comentó, con las trabajadoras empleadas del hogar familiar. A mi modo de ver y pese a que ello merecería una reflexión más detallada de la que aquí puede hacerse por falta de espacio, parece forzado entender aplicable la institución del recargo si de lo que se trata es de conectarla al incumplimiento de las medidas escalonadas del artículo 26 de la LPRL, porque ya se ha visto que las mismas son, cuanto menos, de dudosa articulación en la práctica. Podría ligarse, tal vez, al incumplimiento bien de la obligación informativa, bien de la propia sobre la evaluación de riesgos inicial de no preverse en esta los daños nocivos que una decisión de despido puede acarrear para las trabajadoras embarazadas o madres lactantes. O, al límite, al incumplimiento de ese deber de seguridad que, con carácter general, el empresario tiene para con las personas a las que tiene contratadas (art. 14 LPRL). De considerarse así, habría, entonces, que entrar a examinar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del empresario en relación con la adopción de las medidas de seguridad y el daño ocasionado, y parece complicado, en este sentido, suponer que es la situación de riesgo creada por la empresa por su omisión o falta de las medidas de seguridad lo que contribuye de modo decisivo a la producción del daño (en sentido estricto, lo es la decisión del despido). Salvaría, sin embargo, este obstáculo entender que, de haber adoptado las medidas de seguridad que correspondieran, los efectos nocivos del despido se podrían, al menos, haber paliado.

Por lo demás, la aplicación en estas hipótesis del recargo de prestaciones presumiría que los perjuicios ocasionados por el despido constituyen accidente de trabajo (más complejo es entender que sean enfermedad profesional), lo que merecería también una reflexión aparte por lo que ello supondría de expandir las fronteras de este concepto.

En segundo lugar, también se ha propuesto, en lógica coherencia con la línea seguida por la sentencia europea, que la indemnización a percibir no sea inferior a la que correspondería por la infracción de la normativa de prevención. Sin embargo, de igual modo aparece aquí el problema mencionado anteriormente (la dificultad aplicativa del art. 26 LPRL), con lo que, otra vez, habría que salvarlo si de lo que se trata es de alcanzar un monto indemnizatorio que responda, de igual modo, al incumplimiento de las normas de prevención. La solución podría venir dada, entiendo, por la posible apreciación en el supuesto de hecho de las infracciones graves de los artículos 12.1 b) (incumplimiento de acometer la evaluación de riesgos), 12.6 (incumplimiento de la planificación preventiva) y 12.8 de la LISOS (incumplimiento en materia informativa). De considerar aplicable lo previsto en tales preceptos correspondería, entonces ya sí, adicionar a la cuantía reparadora por el daño ocasionado las multas previstas en la letra b) del artículo 40.2 de la LISOS, consiguiéndose, de este modo, que aquella fuera un correctivo de carácter integral frente a la conducta ilícita del empresario.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, M. A. (2018). El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 45, 1-17 (versión electrónica).
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (11 de febrero de 2018). Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización? *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2018/02/11/despido-injustificado-y-embarazo-desconocido-readmision-e-indemnizacion/>
- Blasco Jover, C. (2022). La adecuación del derecho de opción en caso de despido impropio a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3245>
- 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://doi.org/10.51302/rtss.2018.1526>
- Fernández López, M. F. (2005). Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 79, 11-68.

- García Murcia, J. (2022). Nulidad del despido adoptado tras anuncio de matrimonio por parte de la trabajadora. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001721
- García Rubio, M. A. (2020). Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 236, 1-34 (versión electrónica).
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2008). Tratamiento de fecundación *in vitro* de la trabajadora desconocido por el empresario y despido. (Comentario a la STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Mayr). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 11, 1-8 (versión electrónica).
- Igartua Miró, M. T. (2019). Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53.
- López Terrada, E. (2020). La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(1), 2-39.
- Mercader Uguina, J. R. (4 de noviembre de 2021). ¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: luz, más luz... *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>
- Molina Navarrete, C. (2018). El «plus de riesgo de despido» de las mujeres embarazadas: ¿«indemnización disuasoria» también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 134-142. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1616>
- Molina Navarrete, C. (2019). *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*. Comares.
- Núñez-Cortés Contreras, P. (2020). Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). De la tutela de la mujer trabajadora a la corresponsabilidad: aportaciones desde el derecho de la Unión Europea. *Dirittifondamentali*, 1, 1.640-1.670. <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Escanciano-De-la-tutela-de-la-mujer-trabajadora-a-la-corresponsabilidad.pdf>
- Tarabini-Castellani Aznar, M. (2011). Despido y fecundación *in vitro*. *Aranzadi Social*, 12, 1-6 (versión electrónica).

Carolina Blasco Jover. Profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alicante (España). Doctora *cum laude* en Derecho (2009) y Premio Extraordinario de Doctorado (2013). Ha publicado numerosas contribuciones en Derecho del Trabajo y ha participado, como ponente o como autora de comunicaciones, en diversos congresos y seminarios de especialización en la disciplina. Igualmente, ha sido investigadora principal y colaboradora de varios proyectos de investigación de ámbito estatal, autonómico y universitario, y ha obtenido becas para realizar estancias docentes y de investigación en varias universidades europeas. Entre sus líneas de investigación destacan los temas referentes a la conciliación, la tecnología, los grupos de empresas, la igualdad, la extinción del contrato, la representación de los trabajadores y la contratación. <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?

Patricia Espejo Megías

*Profesora contratada doctora interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha (Cuenca, España)*
patricia.espejo@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0001-6151-277X>

Extracto

El objetivo de este trabajo científico es analizar los aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual de todas las personas, en particular, mujeres, niñas y niños, en tanto principales víctimas de todas las formas de violencia sexual. Garantizar de forma integral el derecho a la libertad sexual supone necesariamente acometer una serie de reformas legales que indudablemente han de traspasar los muros del ámbito de las relaciones laborales. El lugar de trabajo es un escenario complejo donde a menudo tienen lugar violaciones del derecho a la libertad sexual y a la integridad moral de las personas trabajadoras, y es por ello que deviene necesario modificar el acervo normativo laboral para hacer efectivos en este ámbito la protección y el derecho a la asistencia social integral de todas las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia sexual; una violencia no contemplada en la anterior Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género aprobada en 2004. Así, en las páginas que siguen, analizaremos las modificaciones operadas en virtud de esta ley orgánica en el Estatuto de los Trabajadores, en el Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley general de la Seguridad Social. De semejante manera, pero *a contrario sensu*, se analizarán las consecuencias de la falta de modificación de la Ley de prevención de riesgos laborales.

Palabras clave: tutela laboral; protección integral; derechos fundamentales; deber general de prevención; riesgos laborales; necesaria formación; empresas libres de violencia.

Recibido: 06-10-2022 / Revisado: 21-11-2022 / Aceptado: 22-11-2022 / Publicado (en avance *online*): 19-12-2022

Cómo citar: Espejo Megías, P. (2022). La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 97-122. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7219>



Labor protection of the right to sexual freedom: comprehensive protection?

Patricia Espejo Megías

*Profesora contratada doctora interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha (Cuenca, España)*
patricia.espejo@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0001-6151-277X>

Abstract

The aim of this scientific paper is to analyze the labor aspects of Organic Law 10/2022, 6th September, on the comprehensive guarantee of the sexual freedom of all persons, in particular women, girls and boys, as the main victims of all forms of sexual violence. Comprehensively guaranteeing the right to sexual freedom necessarily involves undertaking a series of legal reforms that must undoubtedly go beyond the walls of labor relations. The workplace is a complex scenario where violations of the right to sexual freedom and the moral integrity of workers often take place, which is why it is necessary to modify the body of labor legislation in order to make effective in this area the protection and the right to comprehensive social assistance for all workers who are considered victims of sexual violence; a violence forgotten by the previous Organic Law on comprehensive protection measures against gender violence approved in 2004. Thus, in the following pages, we will analyze the amendments made by virtue of this organic law to the revised text of the Workers' Statute Law, to the revised text of the Basic Statute of the Public Employee Law and to the General Social Security Law. Similarly, but in the opposite direction, the consequences of the failure to amend the Law on the prevention of occupational risks will be analyzed.

Keywords: labor protection; comprehensive protection; fundamental rights; general duty of prevention; occupational risks; necessary training; violence-free companies.

Received: 06-10-2022 / Revised: 21-11-2022 / Accepted: 22-11-2022 / Published (online preview): 19-12-2022

Citation: Espejo Megías, P. (2022). Labor protection of the right to sexual freedom: comprehensive protection? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 97-122. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7219>



Sumario

1. Introducción
 2. Concepto y alcance del derecho a la protección integral de la libertad sexual
 3. Prevención de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo
 4. La Ley de prevención de riesgos laborales: la gran olvidada
 5. Responsabilidad social corporativa: un distintivo empresarial contra las violencias
 6. Derechos laborales y de Seguridad Social: tiempo de trabajo y desempleo
 7. Faltas de asistencia al trabajo y nulidad del despido
 8. Prevención de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito del derecho y en el ámbito educativo superior: breve referencia a su impacto en las relaciones laborales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El Boletín Oficial del Estado (BOE) español de 7 de septiembre publicó la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS); una importantísima norma cuyo objetivo declarado es la protección holística y transversal de derechos humanos esenciales tales como la integridad física y moral, la libertad y la vida, modificando, a tal efecto, las principales normas que integran el ordenamiento jurídico laboral.

La condición de ciudadanía en un país social, democrático y de derecho como el nuestro debería asegurar en todo caso el pleno disfrute de estos derechos inherentes al ser humano. Sin embargo, los datos oficiales ponen de manifiesto cómo, a menudo, el ejercicio efectivo por parte de las mujeres y las niñas de estos derechos viene siendo atávicamente obstaculizado por la estereotipia patriarcal androcéntrica, que ampara y favorece la discriminación hacia las mujeres e impide toda expresión de libertad contraria a los roles de género ordenados por la sociedad patriarcal.

Según datos de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, relativos al primer y segundo trimestre del año 2022, 19 mujeres han sido asesinadas fuera del seno de la pareja o expareja (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2022). De conformidad con las recomendaciones e informes de la relatora especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, se considera que la violación es una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito intolerable y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y se afirma que la causa principal de asesinato hacia las mujeres es la sexual, esto es, el denominado «feminicidio sexual» (Naciones Unidas –ONU–, 2021). Así las cosas, según la ONU, estaríamos frente a «la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica».

Esta realidad transgrede los principios y valores fundamentales que cimienta la Constitución española (CE) desde el propio artículo 1, que reconoce como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, debiendo todos los poderes públicos actuar de forma que se acometan todos los cambios necesarios en aras de alcanzar las condiciones para que esta libertad e igualdad de las que deben gozar todas las personas, de forma individual y en el seno de los grupos en los que se integren en la sociedad, sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

La específica protección de las mujeres y las niñas viene expresada en el artículo 14 de la CE, clave de bóveda del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico español, al blindar de forma categórica el derecho de igualdad ante la ley de todos los españoles (y

todas las españolas) sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo ni tampoco por causa de otros factores que indudablemente se entrelazan con este originando la llamada «discriminación múltiple», a saber, el nacimiento, la raza, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Como es natural, el reconocimiento constitucional de la igualdad por razón de sexo solo se hará efectivo si se consigue expulsar de todos los ámbitos de la vida, incluido el ámbito de las relaciones laborales, todas y cada una de las manifestaciones de violencia que impiden que las mujeres tengan acceso a los derechos humanos que deberían ser congénitos.

Nuestra carta magna también decreta como derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17 CE); derechos que evidentemente se están infringiendo de manera sistemática cuando hablamos de mujeres y niñas, y también de niños.

El BOE de 12 de diciembre de 1995 publicaba la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En virtud de esta ley se establecía un sistema de ayudas públicas en favor de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos con lesiones graves en su salud física o mental o con resultado mortal y de las «víctimas de violencias sexuales», incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, siendo su artículo 2 el que enumera los medios a través de los cuales podía y debía acreditarse la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, entre ellos, una sentencia condenatoria o una resolución judicial que hubiera acordado como medida cautelar de protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del sujeto activo del delito.

Es importante subrayar el mayor grado de protección en esta ley de las víctimas de violencias sexuales y de violencia de género como pone de manifiesto, en particular, la ampliación del plazo genérico de prescripción de la acción para solicitar estas ayudas de 1 año a 5 únicamente en el supuesto de sufrir violencia sexual o violencia de género.

Años más tarde, en 2004, España aprobaba una ley orgánica que, por primera vez, perseguía combatir de forma integral todo acto de violencia, física y psicológica, que, como manifestación de discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce históricamente sobre estas, estableciendo medidas de protección de carácter integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en el seno de la pareja, por parte de los cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por análogas relaciones de afectividad, independientemente de que hayan o no convivido. Dentro de las manifestaciones de violencia protegidas por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004), se incluyen, de conformidad con su artículo 1.3, «las agresiones a la libertad sexual», pero el sujeto activo de dichas conductas parece seguir siendo el referido en el punto primero del precepto, esto es, el cónyuge o pareja afin.

Así las cosas, esta primera ley integral contra la violencia hacia las mujeres aprobada en nuestro país, aun suponiendo un paso trascendental en la lucha contra los feminicidios y todas las violencias que los anteceden, dejaba un vacío importante en la protección de las mujeres víctimas de violencias sexuales más allá del ámbito de las relaciones de pareja.

A pesar de esta conceptualización, cabe destacar que en su exposición de motivos el Poder Legislativo recuerda cómo las Naciones Unidas habían afirmado ya en 1995, en la IV Conferencia Mundial celebrada en Beijing, que la violencia hacia las mujeres es un obstáculo para lograr la paz y la igualdad, y que viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los tres ámbitos básicos de la vida: «maltrato en el seno de las relaciones de pareja, acoso en el medio laboral y agresión sexual en la vida social». Desafortunadamente, esta alusión introductoria a las agresiones sexuales en la vida social no se ve reflejada en el articulado de la ley.

Por otro lado, cabe destacar que la especial protección económica de esta ley hacia las mujeres con menos recursos gozaba de plena compatibilidad con las ayudas públicas recogidas en la precitada Ley 35/1995 en beneficio de las víctimas de violencias sexuales.

Este escenario explica la suma importancia de la aprobación de la LOGILS en la medida en que esta ley sí tiene como objetivo garantizar y proteger de forma integral el específico derecho a la libertad sexual, erradicando todas las formas de violencia de carácter sexual, siendo este derecho una de las principales vindicaciones de las instituciones internacionales y del movimiento feminista a nivel global y, también, en nuestro país, sobre todo, desde la violación múltiple perpetrada en los sanfermines de 2016.

Sin entrar en consideraciones de carácter penal, cabe recordar cómo esta agresión múltiple fue considerada en primera y segunda instancia como un delito de abuso sexual; situación que originó una escalada de protestas ciudadanas en favor de la determinación como agresión sexual de unos hechos de tal envergadura. Finalmente, en 2019, el Tribunal Supremo revisó la sentencia de instancia considerando que se trataba de un hecho delictivo constitutivo de agresión sexual, habida cuenta de la innegable intimidación tratándose de cinco sujetos activos y una sola víctima. En virtud de la LOGILS se elimina del Código Penal español la distinción entre agresión y abuso sexual tipificándose como delito de agresión sexual toda conducta que atente contra la libertad sexual sin mediar el expreso consentimiento de la otra persona.

La ausencia hasta la fecha de una protección jurídica efectiva frente a las violencias sexuales suponía consentir, por inacción, «una de las violaciones de los derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños», como sostiene taxativamente la ley en su exposición de motivos.

Devenía necesaria una acción firme en este sentido, habida cuenta del compromiso adquirido por España en el año 2014 con la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)¹, que establecía la obligación de los poderes públicos de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, entre ellas, la violencia sexual, precisando, a tal efecto, de la inmediata adecuación del derecho español y de la consecuente puesta en marcha de las medidas necesarias para dar cumplimiento a dicho convenio.

Porque, si bien es cierto que España ha ratificado paulatinamente los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas, las violencias sexuales, como es el caso del antedicho Convenio de Estambul, nuestro ordenamiento interno seguía sin adecuarse a una parte sustancial de sus contenidos.

En este sentido, es importante subrayar cómo en el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul elaborado por el Grupo de expertos y expertas en acción contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del Consejo de Europa se pone de manifiesto la preocupación de esta pléyade al considerar que nuestro país estaba «concentrando todos los esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual».

Por otro lado, debe observarse lo preceptuado en otros convenios internacionales tales como el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia), el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), y en el derecho derivado de la Unión Europea, como es el caso de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de las y los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

La explotación sexual de las mujeres, de las niñas y de los niños a través de medios digitales, esto es, la denominada «prostitución 2.0», la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía infantil y el resto de pornografía no consentida y la extorsión a través de medios digitales son, según la LOGILS, violencias de carácter sexual que merecen de una especial atención, adquiriendo los instrumentos supranacionales señalados una especial importancia a los efectos de esta ley orgánica.

¹ BOE de 6 de junio de 2014: Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

También es importante subrayar la inestimable labor del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que en 2020 celebró su cuarenta aniversario, que ha demostrado ser una herramienta fundamental de ayuda a las mujeres de todo el mundo para conseguir cambios en su vida cotidiana en favor de la igualdad, la libertad y la dignidad humanas.

Estos tratados y convenios internacionales de derechos humanos establecen el deber de actuar con firmeza frente a todas y cada una de las formas de violencia hacia las mujeres, entre ellas, las violencias sexuales. Un acervo legal internacional de promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas que recibió un importante impulso con la aprobación por Naciones Unidas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 en el año 2015, ocupándose su objetivo número 5 de advertir la urgente necesidad de erradicar todas y cada una de las manifestaciones de violencia que se ejercen contra las mujeres y las niñas a lo largo y ancho del planeta como requisito *sine qua non* para conseguir el declarado desarrollo global y humano sostenible.

No obstante lo anterior, hay que poner de manifiesto que:

[...] la arquitectura compleja bajo la que se han diseñado estas políticas mundiales, sus limitaciones técnicas y las fundadas críticas de la comunidad internacional proyectan importantes limitaciones para que esta novedosa agenda pueda alcanzar los objetivos previstos de construir un planeta mejor para las generaciones venideras (Gómez Gil, 2018, p. 107),

en relación con las tres dimensiones esenciales que contempla: la social, la ambiental y la económica.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó en 2019 tres importantes instrumentos que debemos considerar en el análisis de un marco de actuación tendiente a garantizar de forma integral el derecho a la libertad sexual de las trabajadoras. Se trata del Convenio número 190 sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de la Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y de la Resolución relativa a la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, que reconocen la incompatibilidad de la violencia hacia las mujeres con el trabajo decente, con los derechos humanos en el trabajo y con la igualdad de oportunidades.

El artículo 1 b) del Convenio 190 establece de forma rotunda que la violencia y el acoso a los que se refiere afectan a las personas por razón de su sexo o género, repercutiendo de manera desproporcionada en las mujeres. La OIT considera válido que los diferentes países definan violencia y acoso de forma conjunta o separada, admitiendo, en todo caso, su dimensión de género.

2. Concepto y alcance del derecho a la protección integral de la libertad sexual

Es siempre necesario establecer una noción lo más completa posible del tema que nos ocupa. La conceptualización en este caso ha ido construyéndose y ampliándose paulatinamente a través de la lucha del movimiento feminista a nivel internacional y de la aprobación sosegada pero firme de determinados instrumentos jurídicos que España ha ido ratificando.

Por ejemplo, el precitado Convenio de Estambul define la violencia contra las mujeres como:

[...] todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Por su parte, la violencia de género a la que se refiere la LO 1/2004 comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Pero no solo. La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia².

De conformidad con el artículo 3 de la LOGILS, es violencia sexual «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual de una persona en cualquier ámbito, público o privado, incluyendo el ámbito digital». Podríamos entender que la norma enumera un listado *numerus apertus* de manifestaciones de violencia sexual al decir que esta definición incluye la agresión sexual, el acoso sexual, el acoso con connotación sexual, la explotación de la prostitución ajena, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la trata con fines de explotación sexual y todos los demás delitos tipificados en el Código Penal (título VIII, libro II) destinados a proteger de forma específica la libertad e integridad sexual de las y los menores de edad. Por su parte, la violencia sexual digital comprendería, en todo caso, la difusión a través de medios tecnológicos de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil y la extorsión sexual.

² El texto del apartado 4.º del artículo 1 de la LO 1/2004, que incluye en el concepto de violencia de género la «violencia vicaria», fue introducido por la disposición final décima de la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE de 5 de junio).

Además, el ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende el feminicidio sexual o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas señaladas *supra*, siendo este la punta del iceberg de todas estas abominables conductas (art. 3.1).

Es importante señalar que la LOGILS se aplica a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, y también a personas españolas en el extranjero, pudiendo a estos efectos recabarse la asistencia de embajadas y oficinas consulares (art. 3.2).

Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la dignidad, a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad, a la salud y, en el caso del feminicidio sexual, el derecho a la vida. Por ello, el objeto declarado de esta ley es garantizar de forma integral el pleno ejercicio de estos derechos a través de la puesta en marcha de medidas efectivas de carácter global y coordinado entre todas las Administraciones públicas, tanto estatales como autonómicas, y sentar las bases para erradicar todas las violencias sexuales.

Este conjunto de políticas públicas de carácter interdisciplinar y armonizado debe ser suficiente para garantizar la sensibilización, la prevención, la detección y la sanción de las violencias sexuales, es decir, ha de tratarse de políticas que aseguren una respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, incluidas la atención integral inmediata y la completa recuperación física, psicológica y emocional en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las manifestaciones de violencia sexual (art. 1.2).

En este orden de consideraciones, podemos afirmar que en el presente trabajo abordamos una problemática histórica y compleja, que trae causa de una concreta cultura sexual enraizada en patrones misóginos, y que lanza un mensaje claro de sometimiento, subordinación y miedo a todas las mujeres por el mero hecho de nacer tales.

Por tanto, cuando hablamos de violencias sexuales nos estamos refiriendo a una gravísima lacra social de carácter sistémico y estructural, por lo que la solución no puede consistir en ningún caso en la observación del problema como una cuestión individual y coyuntural. Ergo, como bien profiere la ley en su exposición de motivos, «la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una auténtica cuestión de Estado».

Conviene destacar que de entre los medios para la acreditación de la condición de víctima de violencia sexual que refiere el artículo 37 de esta ley encontramos, además de los informes de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género y de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración pública competente, los informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora, así como la sentencia recaída en el orden jurisdiccional social, siempre y cuando quede previsto en

las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos, lo que amplía notablemente lo preceptuado en el artículo 23 de la LO 1/2004, en la redacción dada por la disposición final novena de la LOGILS, relativa a los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género.

3. Prevención de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo

Los aspectos relacionados con el control y la prevención de la seguridad y la salud ocupan un lugar destacado en el tan importante Convenio 190 de la OIT. La LOGILS incorpora un número importante de derechos y obligaciones en materia laboral, sin embargo, el ámbito preventivo laboral no resulta ser precisamente un aspecto que cobre en esta ley la relevancia que merece y necesita.

Cuando se trata de actuar frente a la violencia por razón de género, en especial la violencia sexual, considero que la fase de acción fundamental se corresponde con ese estado previo a la existencia de la misma, esto es, la fase de prevención y sensibilización. De ello se ocupa el artículo 12.1 de la LOGILS que establece el deber de todas las empresas de promover condiciones laborales en el seno de su organización que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y en el acoso por razón de sexo en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), referido al procedimiento específico que las empresas deben arbitrar para prevenir ambos tipos de acoso y aquel otro destinado a canalizar las denuncias y reclamaciones que sus trabajadoras pudieran formular, tomando sendos procedimientos, a menudo, la forma de protocolos contra el acoso.

Pero no solo. El plan de prevención de las violencias sexuales en el ámbito laboral debe incluir acciones dirigidas a evitar todas las formas de violencia sexual que puedan darse en el ámbito digital, que toma un especial protagonismo en esta ley. Asimismo, la ley proclama la obligación de las empresas de arbitrar procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias y reclamaciones que puedan formular las personas que presten servicios en ellas.

Por tanto, todas las empresas quedan obligadas a promover acciones de sensibilización y a ofrecer, además, formación sobre protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio (art. 12.2 LOGILS). Este último aspecto resulta a mi juicio muy relevante en tanto en cuanto todas las medidas adoptadas por la empresa, de prevención, denuncia y reparación, gozan de un efecto *erga omnes*. Dicho de otro modo, la totalidad de las medidas que adopte la corporación será de aplicación a toda la plantilla, sin excepción. Esto incluye a las personas trabajadoras con contratos temporales, fijos discontinuos y en prácticas, a las becarias, a las voluntarias y, también, a aquellas personas trabajadoras

cedidas, esto es, que presten sus servicios en la empresa por medio de contratos de puesta a disposición. Esta previsión legal es de suma importancia en la medida en que hemos venido asistiendo a una producción jurisprudencial, incluso por parte del más Alto Tribunal español, que ha avalado la legalidad de la discriminación que sufrían las personas trabajadoras con contratos de duración determinada, por ejemplo, en materia de despido.

Pareciera que esa acción de promoción de condiciones de trabajo que eviten la comisión de ilícitos penales y otro tipo de actos sancionables tanto administrativa como laboralmente que ordena la norma se materializará en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación, debiendo negociar todas ellas con la representación legal de las personas trabajadoras (art. 12.2 LOGILS).

Debemos tener presente que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los convenios colectivos, entre los que se encuentra el relativo a la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo, viene efectuando de forma anual campañas dirigidas a constatar el grado de cumplimiento por parte de las empresas de las medidas previstas en el citado artículo 48 de la LOIEMH. Este marco de actuación inspectora en la materia viene determinado por la Instrucción 3/2011, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, dictada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Además, según el último Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2020³, el organismo se compromete a incrementar las actuaciones realizadas a las empresas, sobre todo a aquellas sobre las que pese sospecha de irregularidades o que tengan la obligación legal de adoptar planes de igualdad y otras medidas dirigidas, entre otras cuestiones, a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. La Ley de prevención de riesgos laborales: la gran olvidada

El artículo 12.2 de la LOGILS obliga a las empresas a incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por mujeres la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo informar a sus trabajadoras adecuadamente y ofrecer formación al respecto. Es la única ocasión en todo el articulado en que la norma se refiere a los riesgos laborales. Ninguna otra mención.

³ Véanse los datos estadísticos que arroja el informe (pp. 122, 156 y 162) en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf

En este sentido, cabe señalar diferentes cuestiones que, en mi opinión, son de suma importancia. La primera es que, a pesar de lo preceptuado en el referido apartado 2 del artículo 12 de la LOGILS, la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) no resulta modificada en la larga lista de disposiciones finales, por lo que nos encontramos ante una previsión vacía de contenido que no ha tenido ningún reflejo en la normativa de prevención vigente. Tampoco se dice que, por real decreto o reglamento de desarrollo, se determinarán las modificaciones necesarias para que la LPRL se adecúe al contenido de esta ley orgánica. Así las cosas, parece razonable aceptar, entretanto, una interpretación integradora, de tal forma que las obligaciones empresariales sean exigibles *de facto*.

La segunda tiene que ver con el hecho de reducir a los puestos de trabajo ocupados por mujeres el deber de valorar la violencia sexual como uno de los riesgos laborales de las empresas. A mi modo de ver, carece de sentido limitar este deber a una situación que, en muchos casos, será de carácter temporal. Dicho en otros términos, ceñir esta obligación legal al puesto de trabajo que ocupen las trabajadoras en un determinado momento impide que hablemos de una prevención de las violencias sexuales real y efectiva, debiendo ser modificados con premura diversos preceptos de la LPRL independientemente de la situación coyuntural de las relaciones de puestos de trabajo de cada empresa.

En toda la LPRL no encontramos ni una sola alusión al acoso sexual o al acoso por razón de sexo como posible riesgo a valorar y prevenir en la empresa. Solamente una disposición adicional, la decimoctava, relativa a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, menciona la violencia hacia las mujeres. Por lo tanto, ninguna referencia genérica en toda la ley de prevención española a la violencia de género en general, mucho menos a la sexual.

En este orden de consideraciones, parece interesante aportar al análisis qué preceptos necesariamente deberían verse modificados para no contravenir el derecho a la garantía integral de la libertad sexual que proclama y protege la LOGILS. En primer lugar, el artículo 14.1 de la LPRL, que reconoce el derecho de «los trabajadores» a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, debería ser redactado incluyendo a «las trabajadoras» en este derecho.

Como el ejercicio de este derecho supone irremediablemente la existencia de un deber empresarial de protección de todas las personas trabajadoras frente a todos los riesgos laborales, el apartado 2 del citado artículo 14 debería ser también modificado, porque no incluye a las trabajadoras, y no se trata, en la práctica, de la falta de uso de un lenguaje inclusivo y no sexista de esta norma, que también. En este caso es una realidad que en la valoración de riesgos no hay ni rastro de las violencias sexuales ni de ninguna otra. La nueva redacción debería obligar a las empresas de forma categórica, en cumplimiento del deber de protección de la salud en el trabajo, a garantizar la seguridad y la salud de todas las personas que presten servicios en su empresa en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluida la violencia de género y la violencia sexual.

Pero no debemos olvidar que las empresas no solo han de evaluar los «riesgos inevitables», sino que han de actuar mucho antes, evitando los riesgos y, en su caso, procurando combatir los riesgos desde su origen, planificando la prevención de todos los riesgos concurrentes buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, «las relaciones sociales» y «la influencia de factores ambientales en el trabajo», de conformidad con las letras c) y g) del artículo 15. Esto último no es un asunto baladí en la medida en que diferentes investigaciones han puesto de manifiesto «la existencia de una serie de factores relacionados con el trabajo que facilitan las situaciones de acoso sexual y sexista» (Cuenca Piqueras, 2015); factores que no solo tienen que ver con una ausencia de prevención, sino que guardan relación con el sector productivo, el tipo de empresa y su modelo organizativo o las condiciones de trabajo de sus trabajadoras.

Pero, además de estos factores, debemos siempre considerar que, de conformidad con el Convenio 190 OIT sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, las empresas deben adoptar un enfoque de género inclusivo e integrado «que aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de la discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género», porque, indudablemente, la correcta observación y prevención de estos factores de riesgo será indispensable para acabar con todas las formas de violencia hacia las mujeres en el trabajo, entre ellas, la violencia sexual.

Ciertamente, los aspectos relacionados con la seguridad y la salud ocupan un lugar destacado en el Convenio 190, cuyo artículo 9 ordena a los Estados miembros adoptar leyes que obliguen a las empresas a implantar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso y la violencia en los lugares de trabajo. A tal efecto, este precepto exige a las empresas evaluar estos riesgos y adoptar medidas específicas para prevenirlos.

Continuando con el análisis de la prescindida ley de prevención, vemos como su artículo 16.2 establece el deber de la empresa de realizar una evaluación inicial de los riesgos para garantizar la seguridad y la salud de su plantilla, debiendo considerar, entre otras cuestiones, las características de los puestos de trabajo existentes y de las personas que han de desempeñarlos, y debiendo incluir aquellas otras actuaciones preventivas recogidas en la normativa sobre protección de riesgos específicos. Por supuesto, esta evaluación inicial deberá ser actualizada cuando exista algún cambio en las condiciones laborales preliminares y cuando tenga lugar cualquier situación que produzca daños en la salud de alguna persona trabajadora, en cuyo caso el empresario o empresaria deberá llevar a cabo una investigación al respecto que determine si las medidas de prevención resultan insuficientes, en aplicación del artículo 16.3 de la LPRL. Sea como fuere, el artículo 16.2 de la LPRL establece que, cuando los resultados de la evaluación lo hicieran necesario, las empresas tendrán que realizar controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de las personas que presten servicios en su seno para detectar situaciones potencialmente riesgosas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta, además, lo ordenado por el Convenio 190, máximo referente normativo en la materia, este segundo apartado debería incluir de forma expresa dentro del deber de actuación de las empresas para prevenir los riesgos de carácter específico la violencia y el acoso, para poder así enmarcar la actividad preventiva en protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo «como una obligación de seguridad y salud laboral empresarial más, incardinada en su deber general de protección» (Olarte Encabo, 2020, p. 63).

Por otro lado, veíamos cómo el artículo 12.2 de la LOGILS obliga a las empresas a informar a sus trabajadoras adecuadamente del alcance y contenido del derecho a la protección integral de su libertad sexual en el seno de la empresa. En este sentido, observamos cómo el artículo 18 de la LPRL impone a las empresas la obligación de aportar las medidas adecuadas para que la plantilla reciba toda la información relativa a los riesgos para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función y a las actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos detectados.

Asimismo, el artículo 12.2 de la LOGILS establece que las empresas deben ofrecer formación sobre violencia sexual, estableciendo el artículo 19 de la LPRL que esta formación será requisito *sine qua non* para que las empresas cumplan fielmente con su deber de protección, que deberá consistir en contenidos teóricos y prácticos, que deberá ser suficiente y adecuada para prevenir todos los riesgos presentes y futuros, y que se facilitará tanto en el momento de la contratación como cuando se produzcan cambios en los puestos de trabajo o se introduzcan nuevas tecnologías, debiéndose adaptar a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, y repetirse periódicamente si fuera necesario, y en materia de violencia, sin duda, lo es.

Por último, es importante poner de relieve la gravedad de las situaciones de violencia sexual, de manera que, con base en el artículo 21 de la LPRL, la trabajadora víctima de dicha violencia tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo si considera que permanecer en él supone un riesgo grave e inminente para su vida o su salud, pudiendo la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa acordar, incluso, la paralización de la actividad de las trabajadoras afectadas por dicho riesgo, comunicándolo inmediatamente a la empresa y a la autoridad laboral.

5. Responsabilidad social corporativa: un distintivo empresarial contra las violencias

El artículo 12.3 de la LOGILS regula y gradúa un distintivo empresarial para aquellas empresas que adecúen su estructura y sus normas de funcionamiento al contenido de esta ley orgánica. La concreta denominación de este distintivo es «Empresa por una sociedad

libre de violencia de género». El procedimiento específico, esto es, los requisitos para su otorgamiento, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan, así como el proceso de revisión periódica y, en su caso, las causas de retirada de este distintivo, deberá definirse y concretarse a través de un real decreto.

Resulta, sin duda, muy relevante que la ley contemple un proceso de revisión periódica de las empresas que logren este distintivo, habida cuenta de que podrán darse circunstancias *a posteriori* que justifiquen su retirada. Y esto es particularmente importante en materia de igualdad y lucha contra las violencias, ya que, en muchas ocasiones, se han detectado importantes lagunas en cuanto a la existencia de organismos que velen por el cumplimiento de los derechos de igualdad entre mujeres y hombres en el seno de las organizaciones empresariales comprobando, por ejemplo, el grado de cumplimiento del contenido de sus planes de igualdad o de sus protocolos de acoso.

Por el momento, y hasta que se apruebe el real decreto de desarrollo del distintivo empresarial que introduce la LOGILS, sirva de orientación el distintivo empresarial en materia de igualdad que regula el artículo 50 de la LOIEMH. Era la primera vez que el Ministerio de Trabajo creaba un distintivo destinado a reconocer y valorar a aquellas empresas que aplicasen políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadoras y sus trabajadores. De conformidad con el citado artículo, cualquier empresa, pública o privada, puede presentar por escrito al Ministerio de Trabajo un balance sobre los instrumentos de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo.

El artículo 50 de la LOIEMH señala, además, los criterios que han de ser tenidos en cuenta para su concesión, entre ellos, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los distintos grupos y categorías profesionales, así como en los órganos de dirección y control de la empresa, la adopción de planes de igualdad y la publicidad no sexista de los productos o servicios que ofrezca.

También en este caso se habla de un control periódico por parte del Ministerio de Trabajo de las empresas que obtengan el distintivo en materia de igualdad para comprobar el efectivo cumplimiento de los parámetros de igualdad presentados en la fase de solicitud. Caso contrario, el distintivo les será retirado. El tiempo transcurrido desde el año 2007 ha demostrado muchas buenas prácticas, pero, también, que el tráfico comercial y el fin publicitario que señala la norma ha sido, en muchas otras ocasiones, un objetivo prioritario, sino el único, de las empresas solicitantes.

De igual forma que la ley objeto de estudio, la LOIEMH remitió la determinación del procedimiento específico para su concesión e incluso la concreta denominación del distintivo en materia de igualdad a un posterior real decreto. Dos años más tarde, en el BOE de 3 de noviembre de 2009, se publicaba el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la empresa».

Entretanto y no, lo que sí que parece lógico es que toda empresa que presente su candidatura a obtener el distintivo de «Empresa por una sociedad libre de violencia de género» deberá cumplir rigurosamente con lo establecido en esta ley orgánica e integrar la perspectiva de género a nivel técnico y organizativo, incluidos los espacios de sus centros de trabajo, con el fin de que resulten seguros y accesibles para todas las trabajadoras, tal y como dispone el artículo 16 de la LOGILS.

6. Derechos laborales y de Seguridad Social: tiempo de trabajo y desempleo

El capítulo II del título IV de la ley es, indudablemente, un capítulo fundamental para las y los iuslaboralistas. Bajo el título «Autonomía económica, derechos laborales y vivienda», la norma recoge un conjunto de derechos laborales y de protección social para las trabajadoras que sufran violencia sexual que tienen que ver con el tiempo de trabajo y con la protección frente al desempleo. De este modo, las trabajadoras víctimas de la violencia sexual tendrán los mismos derechos que las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Así, de un lado, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción de la jornada, a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, a la adaptación de su puesto de trabajo, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y, en última instancia, a la extinción indemnizada de su contrato de trabajo (art. 38.1 LOGILS).

La disposición final decimocuarta se ocupa de las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores (ET) para ampliar todos estos derechos laborales a las trabajadoras víctimas de violencia sexual. Conjuntamente, no parece que exista ninguna novedad reseñable en los artículos que recogen dichas modificaciones, a saber, el 37.8 del ET (permisos), el 40.4 del ET (movilidad geográfica), el 45.1 n) del ET (suspensión del contrato), el 49.1 m) del ET (extinción del contrato) y el 53.4 b) y 55.5 b) del ET (nulidad de los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva o de cualquiera de los derechos que garantiza para ellas el ordenamiento jurídico español), cuya nueva redacción simplemente añade la expresión «o de violencia sexual» a continuación de «trabajadoras víctimas de violencia de género», a excepción del nuevo artículo 40.4 del ET, que amplía ciertamente el contenido del derecho a la movilidad geográfica.

La anterior redacción del artículo 40.4 del ET establecía que las trabajadoras víctimas de violencia de género o de terrorismo que se viesan obligadas a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios tenían derecho a ocupar otro puesto de igual categoría quedando reservado el suyo por un periodo de 6 meses y que al finalizar dicho plazo podían optar entre regresar a su inicial puesto de trabajo o continuar en el nuevo, decayendo, en ese caso, el deber de la empresa de reservar por más tiempo su anterior puesto.

Pues bien, la nueva redacción del apartado 4 del artículo 40 del ET establece que, además de todo ello, las trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, de víctimas de terrorismo «o de víctimas de violencias sexuales», terminado el periodo inicial del cambio de centro de trabajo o del traslado, que ahora tendrá una duración de entre 6 y 12 meses, podrán decidir no solo regresar a su puesto de trabajo anterior o continuar en el nuevo, sino, también, extinguir su contrato de trabajo, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, con un máximo de 12 mensualidades.

Respecto del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencias sexuales, cabe recordar que el mismo podrá hacerse efectivo por medio de los diferentes mecanismos de flexibilidad interna a favor de las personas trabajadoras, tales como la adaptación de su horario de trabajo, la aplicación del horario flexible y otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en su empresa, así como la realización de su jornada a distancia, de forma total o parcial (art. 37.8 ET).

En relación con el derecho a la suspensión de la relación laboral de las trabajadoras víctimas de violencia sexual con reserva de su puesto de trabajo, hay que decir que el artículo 38.1 de la LOGILS establece un periodo suspensivo máximo de 6 meses. Sin embargo, la norma contempla que el órgano jurisdiccional pueda prorrogar este plazo de suspensión por periodos de 3 meses, con un máximo de 18 meses, en los casos en que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la trabajadora víctima de violencia sexual requiriese la continuidad de dicha suspensión. Por su parte, el apartado 3 del artículo 38 establece que, llegado el momento de la reincorporación de la trabajadora víctima de violencia sexual, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, debiéndose garantizar los ajustes que se precisen si se tratase de una trabajadora con discapacidad.

En suma, haciendo un balance general de los derechos laborales reconocidos en el artículo 38 de la LOGILS:

[...] cabría reflexionar sobre la ventaja implícita que supondría para las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual, cuando fuera posible a la vista de sus circunstancias personales y las objetivas de su empresa, optar primero por la movilidad y, en un segundo momento, si no fuera posible el mantenimiento en el nuevo lugar ni el retorno al antiguo, proceder a la extinción con derecho a indemnización y a desempleo (Álvarez Cuesta, 2022, p. 2).

Ex aequo, las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tienen derecho a la reducción de la jornada, a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia, por vía del artículo 40 de la LOGILS, el cual hace una remisión expresa al artículo 37 en cuanto a la acreditación por parte de las empleadas públicas de las circunstancias que puedan dar lugar al reconocimiento de estos derechos.

Es importante destacar que, a diferencia del resto de trabajadoras, las funcionarias públicas víctimas de la violencia sexual, en virtud de la nueva redacción del artículo 49 d) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuando opten por solicitar una reducción de jornada en un tercio o menos mantendrán su salario íntegro. Resultaría especialmente interesante que pudiera preverse el derecho a la reducción de jornada para todas las trabajadoras en estos términos para que no exista esa diferente o, si se prefiere, desigual protección legal de unas y otras.

Las estadísticas evidencian cómo siguen siendo las mujeres quienes solicitan, en la práctica totalidad de los casos, las reducciones de jornada por cuidado de hijo, hija o cualquier familiar a cargo; situación que concede a la persona trabajadora afectada por la reducción una doble protección ante el despido, existiendo una presunción *iuris tantum* de que en ese caso se trataría de un despido discriminatorio y, por ende, nulo, debiendo la persona que ostenta el poder de dirección en la empresa justificar el porqué del despido a esa trabajadora con jornada reducida en lugar de otra persona de la plantilla. De igual forma, debemos también recordar que para el cálculo de la prestación por desempleo no se tendrá en cuenta la reducción de jornada de la trabajadora. Más razones para que pudiera modificarse al efecto el apartado 8 del artículo 37 del ET, para conceder las prerrogativas establecidas en el artículo 49 d) del EBEP a las demás trabajadoras.

Según la disposición final decimoquinta, las empleadas públicas víctimas de violencias sexuales gozarán, también, del resto de derechos reseñados *supra* tales como la movilidad geográfica (art. 82.1 EBEP), sin necesidad de que tras su traslado a otro puesto –que se considerará forzoso a todos los efectos– se determine como vacante de necesaria cobertura y quedando obligada la Administración pública competente a comunicarle todas las vacantes ubicadas tanto en la misma localidad como en cualquier otra que la funcionaria expresamente solicite, o la remuneración de las faltas de asistencia, que se considerarán justificadas por el tiempo que determinen los servicios de asistencia social o los servicios de salud, como veremos en el epígrafe siguiente (art. 49 d) EBEP).

También las trabajadoras por cuenta propia que sean víctimas de la violencia sexual gozarán de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo y de movilidad geográfica y, en última instancia, del derecho a la excedencia, de conformidad con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (art. 38.5 LOGILS).

De otro lado, a efectos de la protección e inserción social de las trabajadoras víctimas de violencias sexuales, el artículo 38.2 de la LOGILS reconoce su derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social y en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En este sentido, cuando una empresa formalice un contrato de interinidad con una persona desempleada para sustituir precisamente a una trabajadora víctima de violencia sexual que se haya visto obligada, o bien a suspender su contrato de trabajo,

o bien a ejercitar su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, se beneficiará de una bonificación del 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora víctima de violencia sexual sustituida o durante 6 meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

En tal sentido, hay que destacar que se ha incluido un programa de acción específico para las trabajadoras víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo en el marco de los planes anuales de empleo previstos en el artículo 11 del Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo, en virtud del artículo 39 de la LOGILS. Así las cosas, las trabajadoras por cuenta ajena que se hallen desempleadas y las trabajadoras por cuenta propia que hayan tenido que cesar su actividad como consecuencia de sufrir cualquier violencia sexual podrán, en el momento de demandar un empleo, solicitar las ayudas económicas previstas en el artículo 41 de la LOGILS si cumplen los requisitos que ahí se detallan: no superar el salario mínimo interprofesional en cómputo anual o el doble del mismo en caso de que formen parte de una unidad familiar, sin contar la parte de las pagas extraordinarias en cualquier caso (art. 39.2 LOGILS).

Esta ley prevé, en definitiva, una reparación integral transformadora, esto es, una reparación que no solo es económica, sino también simbólica y social, y que contempla no solo la completa reparación de la trabajadora, sino también la no repetición de la conducta (art. 54 LOGILS). Para ello, dirige un mandato a todas las Administraciones públicas para que aprueben medidas que garanticen de forma real y efectiva la plena recuperación de las víctimas de la violencia sexual tanto en el plano físico como en el psicológico y social.

A tal efecto, las políticas públicas en este sentido no solo tienen que ir destinadas a reparar la salud global de las trabajadoras víctimas de violencias sexuales, sino que han de permitir el restablecimiento de su dignidad y reputación, y la superación del estigma social asociado a este tipo de violencias.

Por lo tanto, se trata de fomentar un compromiso colectivo por parte de las Administraciones públicas contra las violencias sexuales a través de la puesta en marcha de diferentes programas coordinados destinados, de un lado, a asegurar la recuperación integral de las víctimas de la violencia sexual y, de otro, a garantizar la reinserción y la no reincidencia de las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual. Asimismo, el citado precepto reconoce el derecho al olvido de las víctimas, esto es, el derecho a ejercitar acciones de supresión en el ámbito digital. Este derecho es fundamental en la actual sociedad 4.0, habida cuenta de que cada vez es más frecuente que las conductas de violencia sexual tengan lugar a través de medios tecnológicos, quedando, por tanto, registradas en buscadores de internet y en medios de comunicación social de uso público.

7. Faltas de asistencia al trabajo y nulidad del despido

La LOGILS reconoce que las faltas de asistencia o de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada del padecimiento de una situación de violencia sexual se considerarán justificadas y serán remuneradas. Su artículo 12.4 establece la procedencia y retribución de las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo en estos supuestos teniendo la trabajadora víctima de la violencia sexual que comunicar a la empresa –no dice que deba ser por escrito– su retraso o falta al trabajo tan pronto como le sea posible. Como es natural, su condición de trabajadora víctima de violencia sexual ha debido ser previamente acreditada por los servicios sociales de atención o de salud, según los casos, a efectos de ejercitar este derecho. De igual forma, el artículo 40.2 de la LOGILS determina la justificación y remuneración de las ausencias totales o parciales al trabajo de las funcionarias públicas que gocen de la condición de víctimas de violencias sexuales por parte de los servicios sociales o de salud, debiendo comunicar estas ausencias a la mayor brevedad (art. 49 d) EBEP).

Permítanme la consideración de la pertinencia de introducir en el análisis algunas reflexiones sobre la situación de incapacidad temporal en la que puede derivar la situación física y psicológica resultante de las violencias sexuales sufridas por las personas trabajadoras y sobre el blindaje frente al despido objetivo en supuestos de faltas de asistencia al trabajo por razón de enfermedad previsto en el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52 d) del ET (en lo sucesivo, RDL 4/2020). El despido de una persona trabajadora en situación de absentismo laboral justificado, esto es, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, ha pasado por todos los niveles de protección social. En un primer momento se estableció la nulidad de este tipo de despidos. Después, tras la reforma de 1994, el denominado «despido por enfermedad» pasó a ser improcedente. Varias décadas más tarde, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en su tendencia de facilitar/abaratarse el despido, modificó la letra d) del artículo 52 del ET, configurando el despido por absentismo como la consecuencia de un número determinado de faltas de asistencia cometidas por la persona trabajadora que no superaran los 20 días ininterrumpidos, derogando la referencia cumulativa a la tasa de absentismo total de la plantilla.

Por tanto, la derogación de la causa de despido del artículo 52 d) del ET:

[...] es un acto legislativo excepcional, en la medida en que ningún legislador desde 1980 ha eliminado causas de despido, antes al contrario, las ha aumentado o facilitado como sucedió con la propia reforma laboral del 2012. Y, más en concreto, el artículo único del RDL 4/2020 supone una corrección y una refutación de la doctrina que fijó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 118/2019 (Baylos Grau, 2020).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, validó la desprotección social del derecho fundamental de las personas trabajadoras al cuidado y atención de su salud al determinar la constitucionalidad del despido de una trabajadora enferma de lumbalgia grave en situación de incapacidad temporal por duración de 9 días. Para el Tribunal Constitucional, el hecho de que una persona tenga una serie de bajas médicas por enfermedad, con independencia del origen profesional o no de estas dolencias, implica una onerosidad sobrevenida que habilita a la rescisión unilateral del contrato de trabajo, apartándose del Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa de la persona empleadora, cuyo artículo 6 reconoce que «la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo».

Felizmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIITND), prohíbe de forma explícita cualquier acción contraria a la igualdad de trato por motivos de salud, lo que genera indefectiblemente la nulidad del despido de las personas trabajadoras que se encuentren enfermas. El artículo 2.1 de esta ley representa una cláusula general de prohibición de discriminación que amplía las causas de discriminación recogidas en el artículo 14 de la CE, incluyendo, entre ellas, la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Por su parte, el artículo 2.3 de la LIITND establece que la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato y su artículo 26 reconoce expresamente que son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en esta ley. Sin duda, el paso de improcedente a nulo de todos aquellos despidos efectuados a personas trabajadoras que se encuentren enfermas o cuya condición de salud no sea apta para el desempeño de las actividades propias de su empleo supone reconquistar un derecho usurpado.

De acuerdo con este orden de consideraciones, resulta profundamente relevante superar definitivamente la diferenciación entre bajas médicas de corta y de larga duración. Esto es así en la medida en que, con anterioridad a la aprobación de esta norma, solo el despido producido en el seno de una incapacidad temporal de larga duración podía equipararse a una discapacidad y ser categorizado como un despido discriminatorio y, por tanto, nulo. Sin embargo, el resto de despidos por enfermedad eran calificados en todo caso como improcedentes y si la persona afectada no tenía mucha antigüedad en su empresa, esto se convertía en una forma muy económica de expulsarla de su empleo.

No cabe duda de que las situaciones de violencia sexual son en todo caso discriminatorias. Así lo establece el artículo 7.3 de la LOIEMH. Tampoco cabe duda de que la LIITND produce un cambio de escenario sustancial que va más allá del reconocimiento de la nulidad de los denominados «despidos por enfermedad», independientemente de su duración, estableciendo su artículo 27 una importantísima presunción *iuris tantum* al decir que una vez quede acreditada la discriminación «se presumirá la existencia de daño moral», siendo las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios responsables del daño causado

cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización y dirección. Así las cosas, tras calificarse nulo un despido por enfermedad, las empresas deberán proporcionar la correspondiente indemnización a la persona trabajadora afectada por el mismo. A tal efecto, la norma establece que el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación prevista en la ley y a la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Por último, resulta fundamental destacar cómo el artículo 30 de la LIITND nos recuerda que, de conformidad con las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora, en este caso la trabajadora en situación de baja por enfermedad profesional derivada de una situación de violencia sexual en el trabajo, aporte indicios sobre la existencia de esta situación de violencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. De las medidas de protección y reparación frente a la discriminación se ocupa el artículo 25 de la LIITND estableciendo la obligación de las empresas de aplicar los métodos e instrumentos suficientes para su detección, de adoptar todas las medidas preventivas necesarias y de articular otras medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias.

8. Prevención de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito del derecho y en el ámbito educativo superior: breve referencia a su impacto en las relaciones laborales

La importancia de una formación adecuada en materia de igualdad y de lucha contra todas las violencias hacia las mujeres y niñas en las carreras judicial y fiscal es, sin duda, mayúscula y su incidencia en el ámbito laboral es innegable. Por ello, antes de concluir, resulta profundamente interesante introducir una breve referencia a lo preceptuado por la LOGILS en este sentido por su indudable repercusión en el orden social. Hace unos años escribí un breve artículo titulado «Violencia de género y formación judicial» en el que hablaba precisamente sobre las medidas contenidas en la Ley orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género; una ley profundamente importante en tanto en cuanto incorpora un conjunto de medidas que tratan de dar respuesta a la desprotección de las mujeres víctimas de la violencia de género y de la violencia sexual en el proceso judicial como consecuencia de la falta de formación y coeducación de las personas que integran la carrera judicial y fiscal.

Conviene conocer que de los aproximadamente trescientos temas en que se divide la oposición de judicatura y fiscalía, solamente tres hacen referencia a la situación de subordiscriminación y violencia que sufrimos las mujeres. Ahora bien, solo uno de estos temas

aborda esta problemática de forma directa, esto es, el referido a la LO 1/2004 y a la LOIEMH. Los otros dos temas contribuyen a la protección de las mujeres desde un aspecto preventivo y social, pero no pueden considerarse temas específicos de derecho antidiscriminatorio. Me refiero al tema que recoge la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuyo ámbito subjetivo de aplicación no es exclusivo de las mujeres víctimas de violencia de género, y al dedicado a la protección que el sistema público de Seguridad Social ofrece a las mujeres en situación de embarazo, parto y lactancia, el cual simplemente permite a las personas que quieren ingresar en la carrera judicial y fiscal:

[...] conocer el sistema de protección de una situación biológica diferente de igual forma que en el temario se contemplan otras situaciones protegidas como la incapacidad temporal, permanente, total, absoluta y gran invalidez que surgen como consecuencia de un accidente laboral o no laboral o de una enfermedad laboral o común (Espejo Megías, 2019).

En cuanto a las violencias sexuales, esta ley orgánica fue, sin duda, «un tren perdido», a pesar de que el Convenio de Estambul había sido ratificado por España 4 años antes.

En este escenario adquiere especial importancia que la LOGILS dirija un taxativo mandato, precisamente relacionado con el temario de oposición, al Ministerio de Justicia, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, al cuerpo de letrados de la Administración de Justicia y a cualquier otro personal al servicio de la Administración de Justicia. Su artículo 27.1 les compele a incluir:

[...] temas dedicados a la igualdad entre hombres y mujeres desde una perspectiva interseccional, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales, considerando la situación de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad o inmigrantes, entre otras.

Todos ellos deberán asegurar que en la formación inicial y continua de las y los integrantes de la carrera judicial, del Ministerio Fiscal y de cualquier otro personal de este ámbito se incluye de forma transversal la perspectiva de género «y, en especial, las obligaciones del sistema de justicia en relación con las violencias sexuales» (art. 27.2 LOGILS).

El artículo 28.1 de la LOGILS dirige un mandato similar al Consejo General de la Abogacía Española, a los colegios de la abogacía, al Consejo General de Procuradores de España y a los colegios oficiales de procuradores, a quienes obliga a garantizar una formación adecuada, periódica y gratuita en materia de igualdad de género y de protección integral contra todas las formas de violencia, especialmente las violencias sexuales, de letrados/as y procuradores/as, sobre todo de quienes se encarguen de asistir a las víctimas de violencia sexual. Además, su artículo 28.2 salvaguarda la adecuada atención a las víctimas de violencia sexual en situación de vulnerabilidad económica, estableciendo el deber de los colegios

de la abogacía de exigir a quienes quieran ejercer en el turno de oficio hacer unos cursos de especialización en violencia de género que incluirán una línea de formación exclusiva sobre violencias sexuales. En mi opinión, resulta enormemente relevante que la LOGILS repare en aquellas mujeres víctimas de esta violencia que carezcan de recursos suficientes para litigar, cumpliendo así con el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos legítimos del artículo 24 de la CE en relación con el derecho a que esta sea gratuita cuando se dé la situación descrita, amparado en el artículo 119 de la CE.

Para concluir, qué duda cabe de que el ámbito docente y educativo resulta decisivo a la hora de atajar de raíz las diferentes manifestaciones de discriminación y violencia hacia las mujeres existentes en nuestra sociedad. Por ello, parece inexcusable que en un trabajo de investigación como este se mencione siquiera brevísimamente la importancia del artículo 24 de la LOGILS, en virtud del cual las Administraciones educativas competentes y las universidades tienen la obligación de garantizar que tanto su personal docente e investigador como su personal de administración y servicios reciben formación permanente sobre prevención, sensibilización, detección y formación en materia de violencias sexuales, y de impulsar la inclusión de contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de violencias sexuales en los planes de estudios de los títulos universitarios oficiales que conduzcan al ejercicio de profesiones docentes. A este respecto, el artículo 32 de la LOGILS recoge medidas concretas para asegurar que la materia de igualdad y contra la violencia es incorporada tanto en la formación del profesorado como en los referidos títulos oficiales universitarios, otorgando prerrogativas a las agencias de verificación o evaluación en este sentido. Es decir, la LOGILS determina que estas agencias deberán tener en cuenta el grado de cumplimiento de la formación en materia de violencia de género y de violencia sexual a la hora de valorar y acreditar los planes de estudios universitarios, de tal forma que su no previsión dará como resultado un informe desfavorable. La ley tampoco se olvida del profesorado no universitario, esto es, el que presta servicios en las etapas infantil, primaria, secundaria y formación profesional, determinando el apartado 2 de su artículo 24 el deber de incorporar los contenidos necesarios para prevenir las violencias sexuales en los términos descritos *supra* y añadiendo que esta prevención deberá ser especialmente sensible a la violencia sexual en el entorno digital.

Referencias bibliográficas

Álvarez Cuesta, H. (21 de septiembre de 2022). *Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. AEDTSS. <https://www.aedtss.com/aspectos-laborales-de-la-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>

Baylos Grau, A. (24 de febrero de 2020). ¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores? Según Antonio Baylos... <https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html>

- Cuenca Piqueras, C. (2015). Factores precipitantes del acoso sexual laboral en España. *Revista Mexicana de Sociología*, 77(4), 525-554. <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/52665/46857>
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (2022). Estadísticas, encuestas, estudios e investigaciones. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/home.htm>
- Espejo Megías, P. (16 de enero de 2019). Violencia de género y formación judicial. Habla Patricia Espejo. *Según Antonio Baylos...* <https://baylos.blogspot.com/2019/01/violencia-de-genero-y-formacion.html>
- Gómez Gil, C. (2018). Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 140, 107-118.
- Olarte Encabo, S. (2020). Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista. En M. Correa Carrasco y M. G. Quintero Lima (Coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales* (pp. 63-94). UC3M. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/29725/nuevos_retos_trabajo_2020.pdf
- ONU. (2021). A/HRC/47/26: La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención. Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Šimonović. <https://www.ohchr.org/es/documents/reports/ahrc4726-rape-grave-systematic-and-widespread-human-rights-violation-crime-and>

Patricia Espejo Megías. Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Castilla-La Mancha (acreditada en 2017). Imparte docencia en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, en grado y en posgrado, donde ha sido vicedecana de Ordenación Académica, Comunicación y Redes Sociales hasta el curso 2019-2020, y en la Facultad de Trabajo Social. Se licenció en Derecho con premio al mejor expediente (2008) y su tesis doctoral con mención internacional obtuvo la calificación de *cum laude* (2015). En su producción científica destaca el análisis de la perspectiva de género en el marco de las relaciones de trabajo. <https://orcid.org/0000-0001-6151-277X>

La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito laboral. Una prolongación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en tiempos de crisis

Brais Columba Iglesias Osorio

*Profesor doctor asociado. Departamento de Derecho Público y Privado Especial
y Derecho de Empresa.*

Universidad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife, España)

Abogado.

Nova Ius Abogados

biglesia@ull.es | <https://orcid.org/0000-0003-3172-7950>

Extracto

Este trabajo aporta una visión crítica de la ascendente incidencia, en el ámbito contencioso laboral, de los excesos de la facultad del «poder de dirección» de la persona titular de la empresa para la modificación contractual y/o convencional de las condiciones de trabajo aduciendo que se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevistas que alteran el equilibrio prestacional. Esta vía alternativa empresarial a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se ha activado tras la crisis financiera de 2008 y especialmente por la persistente infección vírica de la COVID-19. En estos contextos de crisis imprevistas, la parte empresarial puede hacer valer su imperio para invocar la cláusula *rebus sic stantibus* a la espera de que la persona trabajadora impugne esta medida empresarial ante la jurisdicción ordinaria. En cambio, la persona trabajadora, cuando se produce un desajuste prestacional en su contra, no dispone de mecanismos legales de presión (la huelga novatoria está prohibida) ni de la opción a acogerse a la extinción indemnizada. La rigidez del principio *pacta sunt servanda* se aplica a la persona trabajadora con mayor severidad también en tiempos de crisis.

Palabras clave: *rebus sic stantibus*; crisis; desequilibrio; prestaciones; circunstancias; sobrevenidas; novación.

Recibido: 17-06-2022 / Aceptado: 17-10-2022 / Publicado (en avance online): 07-12-2022

Cómo citar: Iglesias Osorio, B. C. (2022). La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito laboral. Una prolongación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en tiempos de crisis. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 123-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.4689>



The *rebus sic stantibus* clause in labour relationship. An extension of article 41 of the Statute of Workers in times of crisis

Brais Columba Iglesias Osorio

*Profesor doctor asociado. Departamento de Derecho Público y Privado Especial
y Derecho de Empresa.*

Universidad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife, España)

Abogado.

Nova Ius Abogados

biglesia@ull.es | <https://orcid.org/0000-0003-3172-7950>

Abstract

This paper provides a critical view of the increasing legal disputes concerning the excesses of the faculty of the "management power" of the owner of the company for the contractual and/or collective agreements modification of the working conditions. Companies argue that the requirements demanded by courts for the application of the *rebus sic stantibus* clause are met when the concurrence of supervening and unforeseen circumstances alter the balance of contractual rights and duties. This alternative business route to the substantial modification of the working conditions, regulated in article 41 of the Statute of Workers, has been activated after the financial crisis of 2008 and especially due to the persistent viral infection of COVID-19. In these contexts of unforeseen crises, the employer can assert his authority to invoke the *rebus sic stantibus* clause while waiting for the employee to challenge this business measure at court. On the contrary, the employee, when a mismatch in duties occurs against him or her, does not have legal mechanisms of pressure (the novatory strike is prohibited) nor the option to take advantage of indemnified termination. The rigidity of the *pacta sunt servanda* principle charges the working person with greater severity than the company holder in times of crisis.

Keywords: *rebus sic stantibus*; crisis; imbalance; duties; circumstances; unforeseen; novation.

Received: 17-06-2022 / Accepted: 17-10-2022 / Published (online preview): 07-12-2022

Citation: Iglesias Osorio, B. C. (2022). The *rebus sic stantibus* clause in labour relationship. An extension of article 41 of the Statute of Workers in times of crisis. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 123-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.4689>



Sumario

1. Introducción
 2. Principios doctrinales de la dogmática jurídica de la cláusula *rebus*
 - 2.1. La cláusula *rebus* en los ordenamientos europeos
 - 2.2. La elaboración jurisprudencial de la cláusula *rebus* en el ordenamiento jurídico español
 3. La cláusula *rebus* en el ámbito laboral. Un privilegio de la empresa
 - 3.1. La cláusula *rebus* como vía *contra legem* de modificación de un convenio colectivo
 - 3.2. La cláusula *rebus* invocada por la persona trabajadora
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La indefinición legal de la causa objetiva imposibilitante para la modificación sustancial (art. 41 Estatuto de los Trabajadores –ET–) junto al inestable criterio jurisprudencial respecto del alcance sustantivo o accesorio de la modificación han convertido el escenario jurídico de la modificación de las condiciones de trabajo en un espacio de incontenida litigiosidad e incertidumbre para las partes en sede judicial. Muchas empresas vienen alterando unilateralmente las condiciones de trabajo alegando el carácter accesorio de dicha medida, evitando de este modo los protocolos y los procedimientos de la modificación sustancial. Incluso, cuando la modificación se considera sustancial por las partes interesadas, el apropiado manejo de los tiempos en los que se modifican las condiciones de trabajo de algunas personas trabajadoras le permite a la empresa evitar que la modificación adquiera carácter colectivo, pese a que el número de personas trabajadoras afectadas supere *de facto* el carácter individual de la modificación. Estas prácticas empresariales acaban siendo muy efectivas, dado que solo se pueden revertir si la persona trabajadora obtiene satisfacción en vía judicial.

Sorprendentemente, el Real Decreto-Ley (RDL) 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 modifica las facultades empresariales para aplicar la movilidad funcional y geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET). Tampoco se pone coto, por inacción legislativa, a la cada vez más recurrida invocación empresarial a la cláusula *rebus sic stantibus* (en adelante, *rebus*), que viene a ser una prolongación del artículo 41 del ET en tiempos de crisis. Si el desequilibrio financiero de 2008 abrió la puerta a la ampliación de la movilidad funcional y geográfica y a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la actual crisis sanitaria provocada por la COVID-19 da impulso a un nuevo tipo de modificación contractual y/o convencional de las condiciones de trabajo por parte de la persona titular de la empresa alegando que se cumplen las condiciones que demanda la jurisprudencia para la aplicación de la cláusula *rebus*. Es indudable que el episodio pandémico ha quebrado el equilibrio prestacional en algunas actividades de negocio afectando singularmente a la parte empresarial, pero no es menos cierto que la persona trabajadora ha sufrido en muchos casos un deterioro de sus condiciones de trabajo desequilibrando su carga obligacional contractual o convencional por decisión unilateral de la empresa (por ejemplo, los supuestos de reducción de jornada, reducción de las cuantías salariales que la persona trabajadora percibía como mejora de convenio, exposición a riesgos laborales no previstos de las personas trabajadoras de servicios esenciales en situaciones sanitarias de alto riesgo, etc.).

La configuración jurídica y doctrinal de la cláusula *rebus*, que carece de soporte normativo en nuestro ordenamiento, tiene prácticamente un exclusivo sello jurisprudencial y, especialmente en el ámbito laboral, se halla anclada en el arbitrio judicial asentado en una casuística forense compleja y carente de una sistematización dogmática, con significativas mudanzas de criterio, en parte, debido a los cambios bruscos y abruptos en las relaciones laborales provocados por las sucesivas crisis de esta última década.

Además, las empresas no necesitarían el concurso de la persona trabajadora para invocar unilateralmente la cláusula *rebus*. De hecho, las posibles modificaciones unilaterales empresariales del contrato de trabajo o del convenio colectivo supuestamente motivadas por circunstancias sobrevenidas que rompen el equilibrio prestacional se justificarían como simples ajustes que emanan del poder de dirección empresarial. Será la persona trabajadora, en caso de oposición, la que tenga que acudir ante la jurisdicción ordinaria para que el órgano judicial decida si la modificación reúne o no los requisitos que aduce la persona titular de la empresa para aplicar la cláusula *rebus*.

En este trabajo se hace una reflexión, entre otros, sobre los siguientes interrogantes:

- ¿Qué alcance puede tener la decisión empresarial de reequilibrar el supuesto desajuste prestacional en su contra por circunstancias sobrevenidas?
- ¿Podría la persona titular de la empresa, en tales circunstancias imprevistas, modificar unilateralmente aquellas condiciones de trabajo que en una situación de normalidad tendrían carácter sustancial?
- ¿Está sujeta a término la modificación empresarial vía cláusula *rebus*?
- ¿Qué causas habilitan la aplicación de la cláusula *rebus*, distintas de las que rigen para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo?
- ¿Existe en el ordenamiento laboral alguna disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias?

2. Principios doctrinales de la dogmática jurídica de la cláusula *rebus*

La defensa del principio de irrevocabilidad de lo pactado es una exigencia permanente en toda relación contractual, también en el ámbito laboral. Como se desprende de las disposiciones de nuestro ordenamiento civil, las obligaciones que surgen de los contratos tienen fuerza de ley y nacen con la voluntad de las partes contratantes de que su vigencia permanezca inalterable hasta su cumplimiento (art. 1.091 Código Civil –CC–). La carga obligacional de las partes comprende también todas las posibles

consecuencias que puedan derivarse de su cumplimiento siempre que «sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258 CC). Por otra parte, la validez y el cumplimiento de lo pactado no pueden alterarse unilateralmente por una de las partes contratantes (art. 1.256 CC).

El pacto contractual o convencional es fuente de obligaciones sujeto al rigor del principio *pacta sunt servanda* y se presume que su cumplimiento está implícito e inherente a toda voluntad negocial, mientras *rebus sic stantibus* (mientras las cosas/circunstancias sigan así). Asumiendo este principio general de que los contratos están para cumplirse en los términos pactados, no es menos cierto que la propia legislación civil prevé, en relación con la naturaleza y efecto de las obligaciones, que «nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables» (art. 1.105 CC). Por otra parte, aquella actuación que, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, conlleve un abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, sobrepasando ostensiblemente los límites normales de su uso conforme a las exigencias de la buena fe, podrá dar lugar a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que correspondan (art. 7 CC). Disposiciones como estas son las que podrían invocarse para la aplicación de la cláusula *rebus*, aun cuando no existe una regulación expresa de la misma en nuestro derecho sustantivo. En todo caso, conviene señalar que la mencionada cláusula no tiene efectos rescisorios, resolutorios o extintivos de los contratos, sino efectos únicamente modificativos encaminados a restablecer el equilibrio prestacional entre las partes contratantes quebrado por acontecimientos sobrevenidos e imprevisibles ajenos a la voluntad de las partes.

No obstante, este planteamiento no está exento de dificultades para delimitar su encaje jurídico en nuestro derecho positivo. Por ejemplo, es difícil fijar qué hechos imprevisibles se hallan presentes en la voluntad contractual o cuál es el deber de previsión inmanente en la base del negocio jurídico. Lo cierto es que la quiebra del vínculo contractual por un hecho imprevisto se sustenta en que este no surge de la voluntad que es el fundamento del contrato. Esta formulación subjetiva presenta también otras limitaciones, dado que el presupuesto «mientras las cosas continúen así» no especifica qué cosas (circunstancias o hechos) deben mantenerse sin alteración, y, si se alterasen, cuáles serían sus efectos.

2.1. La cláusula *rebus* en los ordenamientos europeos

Diferentes tesis se han exhibido para justificar la aplicación de la cláusula *rebus*. Entre otras, la tesis anglosajona de la frustración de la finalidad o del objeto del contrato, la teoría francesa de la imprevisibilidad, la tesis italiana de la excesiva onerosidad y desequilibrio prestacional o la teoría alemana de la alteración subjetiva y objetiva de la base del negocio jurídico.

En el ámbito anglosajón, la previsión legal *frustration of contract*¹, aplicada por los tribunales del *common law* de forma restrictiva², permite la liberación o resolución contractual a la parte deudora de la obligación cuando una circunstancia imprevista imposibilita el cumplimiento del contrato. En realidad, este instituto (*frustration of contract*) es distinto de la previsión jurídica *commercial impracticability*. En este último caso no existe imposibilidad, sino que el coste del cumplimiento frustra la finalidad del contrato. Ambas figuras confluyen de algún modo con la doctrina alemana de la base del negocio jurídico. En efecto, no puede exigirse el cumplimiento del contrato si la mutación o modificación de las circunstancias determina la desaparición de la base del negocio jurídico, bien sea porque la finalidad económica prevista o derivada del propio contrato se frustra, o bien porque deviene impracticable y se quiebra el equilibrio entre prestación y contraprestación.

Siguiendo la tradición romanista no existe tampoco en Francia una norma de derecho positivo relativa a la cláusula *rebus*. Sin embargo, la jurisprudencia francesa aplicó la cláusula *rebus* basándose en la «teoría de la imprevisibilidad». El argumento jurisprudencial se formulaba en los siguientes términos: si el hecho modificativo de las circunstancias, que provoca un grave desequilibrio contractual, fuese imprevisto y ajeno a las partes, la parte contractual perjudicada podía acogerse a la modificación contractual. No obstante, la aplicación de dicha cláusula tendría que invocarse «con carácter temporal» mientras que no se revirtiesen las circunstancias que habían quebrado la expectativa contractual (Martínez Velencoso, 2013).

La tesis italiana de la excesiva onerosidad y desequilibrio prestacional encontró su acomodo en el derecho positivo italiano. Su legislación civil dispone de un principio de protección de la parte deudora frente a un riesgo excepcional e imprevisible que le ocasiona un exceso de onerosidad o sacrificio económico sobrevenido. Para ello, el órgano judicial deberá valorar a su arbitrio si se cumplen los presupuestos de la excesiva onerosidad previstos en el artículo 1.467 del Código Civil italiano, a saber: (i) alteración del equilibrio prestacional; (ii) un acontecimiento imprevisible para una parte contratante diligente que exceda extraordinariamente de la previsión inherente al propio contrato o potencialmente la derivada del mismo; y (iii) el deterioro económico cuantificable de la alteración sobrevenida. Si se dan estos presupuestos, la parte que soporta la mayor carga obligacional podrá solicitar a la otra parte la resolución del contrato o, en su caso, acudir a la vía judicial, siempre

¹ Como señala Walter (1987, p. 225):

As a basic premise of the common law, the Latin dictum *pacta sunt servanda* commands that contracts should be performed absolutely. The sanctity of a contract, manifested in a party's absolute liability for obligations assumed thereunder, is its recurring refrain. This theme is continually echoed by the judiciary. Nonetheless, when an event or a contingency occurs subsequent to contract formation but prior to its performance, rendering that performance impracticable, performance is said to be excused and the contract is discharged.

² Véase el caso *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd* [2021] EWHC 1013 (QB).

y cuando su incumplimiento sea anterior o estuviese en mora antes de que se produjese el acontecimiento extraordinario o imprevisto que ocasionó el desequilibrio prestacional.

La jurisprudencia española incide en el carácter acumulativo de la imprevisibilidad y extraordinariedad de la alteración de las circunstancias que provocan un desequilibrio de las prestaciones contractuales. Por eso, lo que es potencialmente previsible no es extraordinario. Lo extraordinario es lo que «está fuera de lo común» («una catástrofe natural, incluso la crisis económica son factores extraordinarios, aunque muchos de ellos previsibles»); en cambio, lo «imprevisible es aquello que no podía averiguarse o anticiparse»³. Siendo así, «mientras lo extraordinario es de índole objetiva, resulta discutible la objetividad o subjetividad de la imprevisibilidad» (Berrocal Lanzarot, 2014, pp. 224-225; Castiñeira Jerez, 2012, p. 87; De Amunátegui Rodríguez, 2003, p. 15).

En línea con esta tesis italiana de la excesiva onerosidad y desequilibrio prestacional se posiciona la disposición contenida en el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2016), donde se establece:

Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Por su parte, el artículo 6.2.3 establece los efectos de esa excesiva onerosidad permitiendo a la parte en desventaja reclamar la renegociación del contrato, sin que ello la autorice para suspender su cumplimiento. En caso de que falle la negociación, la parte que asume la mayor carga obligacional podrá recurrir a la justicia ordinaria.

La tesis de la excesiva onerosidad se contempla también en el artículo 6.111 de los Principios del derecho europeo de los contratos, que, una vez asentado el principio básico de *pacta sunt servanda*, lo excepciona, añadiendo:

Las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) dicho cambio

³ Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS), Sala 1.ª, de 16 de junio de 1983 (RJ 1983/3632) o de 24 de junio de 1993 (RJ 1993/5389).

de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato; (b) en términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido; (c) a la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

Beltrán de Heredia y Castaño (1956, p. 308) discrepa de este planteamiento respecto de la resolución o modificación contractual si acaece una onerosidad sobrevenida cuando señala:

[...] el objeto de la obligación se puede prestar, pero en condiciones mucho más onerosas para el deudor. No desaparece ninguno de los elementos esenciales de la obligación, viniendo a ser una simple reacción contra la eficacia del vínculo contractual existente. La imposibilidad que exonera de cumplimiento es objetiva y absoluta. La alteración de circunstancias es subjetiva y relativa, porque ni la misma referencia al sujeto es en términos absolutos de imposibilidad, sino de dificultad y, por lo tanto, de relativa imposibilidad.

Por su parte, la doctrina jurídica alemana se vertebra en torno a dos tendencias. Las tesis subjetivistas que inciden en los elementos psicológicos (representación mental de las partes contratantes de la realidad sobre la que construyen el contenido del contrato) que configuran la voluntad contractual y su potencial alteración y las tesis objetivistas de que se focalizan en la alteración poscontractual de las circunstancias excepcionales e imprevisibles sobrevenidas. Ambas tesis se integran en la formulación genérica de la «teoría de la base del negocio jurídico» (Kaufmann, 1911; Oertmann, 1933) otorgando a la cláusula *rebus* el valor de norma inmanente que se presume en todo contrato y aplicable para todo supuesto⁴, superando de este modo la casuística con la que operaba la jurisprudencia alemana (Larenz, 2001).

En síntesis, siguiendo el posicionamiento de la «teoría de la base del negocio jurídico», se apreciará que existe una modificación de las circunstancias existentes al tiempo de la contratación cuando haya desaparecido la base del negocio jurídico en su ámbito subjetivo

⁴ El artículo 313 del Código Civil alemán contiene la siguiente disposición:

1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.
2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.
3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen derecho a denunciar el contrato.

y objetivo. Se entiende que la base del negocio jurídico se transforma o desaparece si se presentan estos dos elementos: (i) cuando la representación mental de las partes contratantes de la realidad sobre la que construyeron el contenido del contrato existente al tiempo de la contratación se frustra (nivel subjetivo) y (ii) cuando se produce la desaparición objetiva de las circunstancias de origen, provocando la destrucción de la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación o desfigurando o deviniendo inalcanzable la finalidad objetiva del contrato.

Así pues, si la mutación o modificación de las circunstancias determina la desaparición de la base del negocio –bien sea porque la finalidad económica prevista o derivada del propio contrato se frustra, o bien porque deviene impracticable–, se quiebra el equilibrio entre prestación y contraprestación. Como resultado, el incumplimiento obligacional no se produce para modificar la base del negocio jurídico, sino que es consecuencia de circunstancias sobrevenidas, imprevistas e inevitables pese a la prudente diligencia y buena fe en el tráfico jurídico de la parte incumplidora.

2.2. La elaboración jurisprudencial de la cláusula *rebus* en el ordenamiento jurídico español

La doctrina jurisprudencial y científica española tiene también una extensa literatura en sus pronunciamientos sobre la cláusula *rebus*, pese a que no existe una disposición normativa de la misma. En la doctrina científica, esta cláusula cuenta con reconocidos defensores de su regulación (Moll de Alba Lacuve, 2021). Como señala Orduña Moreno (2021, p. 4):

En definitiva, la regulación de la *rebus* en clave codificada no solo permitirá la aplicación plenamente normalizada de esta figura, sino que también favorecerá que sus modernas claves, entre ellas, la cultura de la renegociación contractual en periodo de crisis, sea objeto de estudio y divulgación en nuestros centros y universidades, para bien del principio del mantenimiento de los contratos, de las empresas y de los empleos.

El TS parece haberse posicionado a favor de la teoría italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida para aplicar la cláusula *rebus*⁵. Esta formulación jurídica de la excesiva

⁵ SSTS, Sala 1.ª, 333/2014, de 30 de junio, y 591/2014, de 15 de octubre. En esta última sentencia sostiene la sala respecto a la cláusula *rebus*:

[...] debe señalarse que, en la actualidad, se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo con-
corde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de «peligrosa» o «cautelosa»
admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: «alteración extraordinaria»,
«desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles»; caso de la Sentencia de

onerosidad contractual tiene una fundamentación dogmática autónoma y no puede confundirse con la imposibilidad objetiva de cumplir las obligaciones contractuales. La imposibilidad objetiva está hermanada al objeto de la obligación y no exige que el hecho sobrevenido sea imprevisible, por eso ya dispone de una regulación precisa en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, en el ámbito laboral, la imposibilidad objetiva es el fundamento de la modificación sustancial empresarial (art. 41 ET). En cambio, el incumplimiento contractual inimputable derivado de la excesiva onerosidad sobrevenida por hechos imprevistos coloca a una de las partes en una posición de mayor sacrificio prestacional. Repárese en que las nuevas circunstancias sobrevenidas no impiden necesariamente el incumplimiento de todas las obligaciones pactadas, por tanto, no se habría producido una imposibilidad objetiva.

Actualmente, el TS entiende que el régimen de aplicación «prudente» y «casuística» de la cláusula *rebus* deriva:

[...] de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada (STS, Sala 1.^a, 591/2014, de 15 de octubre).

Además:

[...] su incidencia [en relación con las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles] debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las

esta sala de 23 de abril de 1991 [...]. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las Sentencias de esta sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente), en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, ha tomado cuerpo en la reciente Sentencia de esta sala de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014) con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa a su régimen de aplicación.

contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida (STS, Sala 1.^a, de 30 de junio de 2014, rec. 2250/2012).

La misma sala en su Sentencia 591/2014, de 15 de octubre, hace referencia expresa a la crisis financiera de 2008 como elemento causante de una situación económica extraordinaria que generó una alteración de las bases sobre las que se consensuó la relación contractual⁶. Es evidente que la actual crisis sanitaria producida por la COVID-19 –y sus derivados efectos económicos nocivos– está cambiando la base negocial de muchos contratos, lo que emplaza de nuevo a la cláusula *rebus* en el escenario forense. De ahí que diferentes autores contemplen esta cláusula como la única vía para resolver el desequilibrio contractual por la concurrencia de estas nuevas circunstancias imprevisibles y extraordinarias (López-Medel Báscones, 2020; Orduña Moreno, 2020).

En este contexto de crisis económica y sanitaria que ha roto el equilibrio negocial en muchos sectores productivos se han impulsado recientemente iniciativas legislativas para su regulación. La propuesta de incorporación de esta cláusula a nuestro ordenamiento se llevó al Congreso a través de tres enmiendas⁷ –coincidentes en su argumentación– en relación con el Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁸. Los grupos proponentes de las enmiendas entendían que se debía dar una respuesta jurídica a los problemas derivados de los incumplimientos de contrato ocasionados por una extraordinaria alteración de las circunstancias que en su día motivaron la relación contractual. Esta nueva disposición (supuestamente adicionando un apdo. segundo⁹ al art. 1.258 CC) impondría a la parte, con menor

⁶ «La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido».

⁷ Enmienda núm. 1, del Grupo Parlamentario Plural; enmienda núm. 118, del Grupo Parlamentario Ciudadanos; y enmienda núm. 177, del Grupo Parlamentario Plural.

⁸ Actualmente convalidado en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁹ Cuyo texto se redactó con este tenor:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma significativa e imprevisible durante su ejecución, de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya alterado significativamente la base económica del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de los riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto a la inalterabilidad de dicho contrato, podrá solicitar, por el cauce de la jurisdicción voluntaria, a través del letrado de la Administración de Justicia, la renegociación del contrato con base en la incidencia de la alteración de las circunstancias operadas y de cara a la conservación o mantenimiento del contrato.

carga obligacional por las nuevas circunstancias sobrevenidas, la obligación de acudir a un proceso de renegociación de lo pactado, solicitada previsiblemente por la otra parte perjudicada, a través del cauce de la jurisdicción voluntaria. Si no se alcanzase el acuerdo por esta vía, se conferiría al órgano judicial –en el procedimiento declarativo correspondiente– la facultad de modificar o adaptar el contrato acomodando las cargas prestacionales a las nuevas circunstancias socioeconómicas.

Los razonamientos jurídicos de las enmiendas junto con el texto del supuesto apartado segundo del artículo 1.258 del CC no ofrecieron a la posición mayoritaria de la Cámara la suficiente seguridad jurídica de la aducida norma, cuestión aparte del carácter desorbitante que se le concedería al arbitrio judicial. Además, el pretendido paso inicial por una amistosa jurisdicción voluntaria no resolvería el problema del desigual (si existiese) desajuste prestacional por la más que previsible oposición al acuerdo por la parte beneficiada, sino que se convertirá en una fuente de discordia. La desavenencia conflictiva en la jurisdicción voluntaria, los costes en los que incurrían las partes contratantes, las dilaciones ocasionadas por la obligada conclusión del expediente en esta jurisdicción antes de acudir a un proceso contencioso son alicientes que provocarían una desmedida litigiosidad en vez de la pretendida desjudicialización de este proceso de renegociación del pacto (López Yagües, 2021, pp. 154-155).

Sin embargo, el posible «acierto» del legislador actual por no tomar en consideración una regulación de la cláusula *rebus* en los términos propuestos por los enmendantes del citado Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia por los riesgos que podría acarrear se ve empañado por su inacción, desatendiendo las invitaciones de la judicatura al Poder Legislativo para que aporte una vía normativa de corrección de los desajustes y desequilibrios prestacionales atípicos y demoledores ocasionados por circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en la relación contractual.

Ante la ausencia de una legislación *ad hoc*, la doctrina jurisprudencial ha ido abriendo camino a esta realidad y ha evolucionado respecto a la aplicación de esta cláusula *rebus*, particularmente tras la crisis financiera de 2008 y la concatenada crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Conviene precisar que la dogmática de la facultad habilitante resolutoria es diferente de la que se predica de la cláusula *rebus*. El TS ha asentado el criterio de que es:

[...] ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento [...] y por eso es extravagante el recurso a la cláusula «*rebus sic stantibus*», si hay una frustración total del fin del contrato. [...] La imposibilidad de la prestación no solo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo (STS, Sala 1.^a, 344/1994, de 20 de abril).

La imposibilidad sobrevenida que permite la resolución del contrato tiene ya su fundamento en los artículos 1.182 a 1.184 del CC en los que se prevé la resolución contractual si la prestación ha devenido sobrevenidamente imposible y el incumplimiento no es imputable a la parte deudora (Sánchez Martín, 2013, pp. 3-4); todo ello, obviamente, sin perjuicio de las obligaciones de restitución de las prestaciones realizadas hasta ese momento y posible indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus* «se extiende a aquellos supuestos en los que la prestación no ha devenido completamente imposible sino más onerosa» (Sánchez Martín, 2013, p. 3)¹⁰.

En suma, el posicionamiento jurisprudencial reiterado en sucesivas y recientes sentencias del TS está admitiendo –con carácter casuístico, restrictivo y con la cautela de no quebrar el principio general asentado en el art. 1.091 CC– la aplicación de la cláusula *rebus* elaborando su propia doctrina respecto a los requisitos que tienen que concurrir para su invocación, a saber: (i) que la alteración de las circunstancias con respecto a las concurrentes en el momento del contrato sea extraordinaria; (ii) que exista una desproporción exorbitante sobrevenida entre las prestaciones de las partes contratantes rompiendo el equilibrio obligacional; (iii) que la sobrevenida de las nuevas circunstancias sea absolutamente imprevisible; (iv) que la aplicación de dicha cláusula atienda a un criterio de subsidiariedad, por no existir otro remedio jurídico; y (v) que quien la invoque actúe de buena fe y carezca de culpa¹¹.

3. La cláusula *rebus* en el ámbito laboral. Un privilegio de la empresa

La crisis sanitaria provocada por la infección vírica de la COVID-19 es también una crisis laboral que afecta a empresas y personas trabajadoras. Es evidente que las nuevas circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles tienen en muchas actividades productivas y sectores económicos desajustes en el equilibrio prestacional que impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales o convencionales pactadas antes de la pandemia. La crisis económica de la última década ya había propiciado un acercamiento

¹⁰ Véanse también las SSTS, Sala 1.ª, de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4963), de 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5953), de 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6925) o de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5960). En especial, la STS 360/2010, de 1 de junio, en la que afirma que «el influjo de circunstancias sobrevenidas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de esta sala, aparte de su aceptación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*». Señala que cuando se produce una imposibilidad de cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el artículo 1.272 en relación con el artículo 1.261.2, ambos del CC, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida –con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora–, en cuyo caso (art. 1.184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual).

¹¹ SSTS, Sala 1.ª, 333/2014, de 30 de junio, y 591/2014, de 15 de octubre, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 4 de marzo de 2019 (rec. 980/2018).

jurisprudencial a la aplicación de la cláusula *rebus* en el ámbito civil y mercantil, aunque solo residualmente en la jurisdicción laboral¹². En el actual escenario de la crisis sanitaria, su invocación en el contexto de las relaciones laborales es mucho mayor, de suerte que muchas empresas, con o sin el concurso de la representación sindical de las personas trabajadoras, están realizando alguna modificación de las condiciones de trabajo pactadas aduciendo necesidades organizativas y de ordenación del trabajo¹³ por circunstancias sobrevenidas e imprevistas aplicando subrepticamente la cláusula *rebus*¹⁴.

Por otra parte, las Administraciones públicas y el propio Poder Legislativo han aprobado, respectivamente, medidas y normas de carácter extraordinario ante la situación de fuerza mayor generada que afectó también a las relaciones laborales. Por tanto, los poderes públicos están reconociendo que el principio de seguridad jurídica inmanente de todo pacto contractual (*pacta sunt servanda*) podría quebrar y producir una mengua de derecho ante «situaciones atípicas y extraordinarias» motivadas por «circunstancias totalmente imprevisibles» que ocasionan una «desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes»¹⁵.

De ahí que la invocación de la cláusula *rebus* para modificar el contenido de algunas disposiciones contractuales podría justificarse si su aplicación posibilita la subsistencia del contrato, restableciendo los equilibrios afectados y redistribuyendo los riesgos y los impactos adversos sobrevenidos¹⁶. Todo ello ha propiciado que la cláusula *rebus* tenga también presencia en el contexto laboral, como lo demuestra la reciente práctica forense, pese a que es el ámbito civil y mercantil su epicentro natural. No obstante, si la mencionada cláusula tenía dificultades de articulación en el contencioso civil, por ser ajena a nuestro derecho positivo, su encaje en el contencioso laboral es todavía más complejo porque, *de facto*, acaba siendo un instrumento al servicio casi exclusivo de la persona titular de la empresa que amplía su facultad del poder de dirección, corrigiendo unilateralmente el supuesto desequilibrio prestacional en su contra. La parte empresarial aduce, no sin motivo en muchos casos, que este episodio de crisis sanitaria está creando en la práctica las condiciones exigidas por la jurisprudencia para invocar la cláusula *rebus*. Sin embargo, su aplicación, por la vía de los hechos, acaba siendo una prolongación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). A la parte trabajadora, cuando es afectada individualmente por la aplicación empresarial por dicha cláusula *rebus*, poco recorrido le queda, salvo el de acudir a la vía judicial ordinaria, sin que puedan contemplarse otras opciones

¹² SSTS, Sala 1.ª, 333/2014, de 30 de junio, y 591/2014, de 15 de octubre.

¹³ Medidas adoptadas por Inditex-Zara en el periodo de vigencia del estado de alarma por la COVID-19.

¹⁴ Es el caso de Renfe que decide no abonar una parte de la retribución variable pactada en el convenio atendiendo a la excepcionalidad de la situación creada por la COVID-19.

¹⁵ Entre otras, STS, Sala 1.ª, 333/2014, de 30 de junio.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid de 25 de septiembre de 2020 (rec. 473/2020).

como podrían ser la obligación de la persona titular de la empresa a entrar en proceso de jurisdicción voluntaria amistosa o de mediación con el fin de reequilibrar la carga prestacional o la excesiva onerosidad que pudiera haber recaído en su contra.

Este método de modificación de lo pactado a través de la cláusula *rebus* evita los procedimientos de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), aunque la motivación sigue siendo similar, en tanto que las «nuevas circunstancias ahora imprevistas y sobrevenidas» (fuerza mayor) por la crisis sanitaria se asemejan a la causa habilitante de la modificación sustancial. Siendo así, es justo reconocer que existen argumentos sólidos para aplicar la cláusula *rebus* por la concurrencia de una situación de «fuerza mayor».

Cuestión bien distinta es determinar dónde radica la naturaleza de esta nueva causa habilitante. La respuesta jurisprudencial parece que no es otra que el principio constitucional de la libertad de empresa y el poder de dirección de la persona titular de la empresa que le permiten anteponer el fin prevalente de mantener la viabilidad del negocio y los puestos de trabajo (Álvarez de la Rosa, 2019; Dans Álvarez de Sotomayor, 2021, pp. 143 y ss.). No obstante, sería deseable un mayor ajuste del criterio jurisprudencial (Beltrán de Heredia Ruiz, 2015) con el objeto de delimitar con mayor rigor los requisitos necesarios que deben concurrir para que la persona titular de la empresa aplique la cláusula *rebus* (sin el concurso de las personas trabajadoras) diferenciándolos de aquellos que se exigen para la movilidad funcional, la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET). La única nota de imprevisibilidad de unas circunstancias sobrevenidas como elemento diferenciador de la cláusula *rebus* no aporta suficiente consistencia para facilitar a la empresa reorientar su supuesta carga prestacional a través de la vía de la cláusula *rebus* sorteando los procedimientos más complejos de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En todo caso, conviene recordar que antes de esta crisis sanitaria algunas empresas ya acudían a la invocación de la cláusula *rebus* amparándose en que la situación económica de la empresa, especialmente tras la crisis financiera de 2008, les impedía el cumplimiento obligacional por el desajuste en el equilibrio prestacional suscrito en el contrato laboral o en el convenio. Al respecto, la doctrina jurisprudencial en el ámbito social ha ratificado en algunos supuestos esta tesis empresarial argumentando que se ha de dar respuesta a los problemas derivados de una alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato o de la suscripción de un convenio colectivo, especialmente cuando la alteración es tan radical que desequilibra extraordinariamente la onerosidad o el coste de las prestaciones por una de las partes, que es tanto como frustrar «el propio fin del contrato»¹⁷. Así pues, se deben allanar:

¹⁷ La STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 86/2012) recurre a los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de la Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 17 de enero de 2013 (rec. 1579/2010). Como advierte el TSJ de Madrid, la cláusula *rebus sic stantibus*:

[...] no solo [...] las injusticias que pudieran derivarse de su exacto cumplimiento para una de las partes, sino también de incidir de manera más general en los intereses de la economía nacional, en una suerte de promulgación de un derecho de aplicación retroactiva (a contratos ya otorgados) justificada en razones extraordinarias¹⁸.

Por tanto, la reciente doctrina jurisprudencial viene avalando la legalidad de este tipo de medidas empresariales, aunque otorgándoles un carácter temporal. En referencia a este episodio pandémico, el TS estima que la modificación «temporal» de las condiciones de trabajo como consecuencia de esta crisis sanitaria representa una variación temporal excepcional y circunstancial¹⁹, de modo que no puede considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo por ser acorde a la facultad que la ley otorga a la persona titular de la empresa en el ámbito de su poder de dirección²⁰. Sin embargo, esta posición de

[...] trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato, y en términos generales es una cláusula que por contener una excepción a la regla de cumplimiento de lo pactado, no es de aplicación más que a supuestos excepcionales (STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2019, rec. 980/2018).

¹⁸ STS, Sala 1.ª, de 13 de julio de 2017 (rec. 621/2015). Véase, Albiñana Cilveti (2018), pp. 115-116.

¹⁹ Posición que confirmó el TS: «sin que ello suponga otorgar a la empresa, un poder omnímodo [...], pues habrá de respetarse lo pactado, salvo que concurran circunstancias excepcionales y razonables como las provocadas por la pandemia del COVID-19, con el carácter de temporalidad (STS de 20 de octubre de 2021, rec. 131/2020).

²⁰ La posición jurisprudencial se asienta sobre los requisitos de la excepcionalidad y temporalidad de la medida en virtud de la cual la persona titular de la empresa puede invocar la cláusula *rebus*. Así se expresaba el TS confirmando una sentencia en suplicación ante el TSJ de Madrid:

Las medidas adoptadas por la empresa [...] son consecuencia de la excepcional situación derivada del estado de alarma a consecuencia de la COVID-19, y no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo [...]. Tal situación [...] no constituye una MSCT [modificación sustancial de las condiciones de trabajo] del art. 41 ET. La empresa en todas sus comunicaciones ha expresado el carácter temporal de la medida (STS de 12 de mayo de 2021, rec. 164/2020).

Así pues, dicha sala ratifica los argumentos del TSJ de Madrid:

(i) «situación excepcional y perentoria» y con el concurso del comité de empresa en el proceso negociador, el hecho de que no se hubiere llegado a un acuerdo no minimiza la bondad del proceso negociador ni mancha la actuación empresarial de ilegalidad; (ii) la empresa ha tratado de cohesionar la normativa del estado de alarma con la de prevención de riesgos laborales.

Obviamente, la pandemia COVID-19 es una circunstancia que incide en la realización del trabajo y que obliga a llevar a cabo modificación de las condiciones de trabajo entendiéndose por tal, a tenor del art. 4.7 LPRL [Ley de prevención de riesgos laborales], cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. El citado precepto enumera una serie de características que quedan especialmente incluidas en la definición de «condición de trabajo», para concluir con una cláusula de cierre –apartado d)– en la que se contemplan «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador» (STSJ de Madrid de 25 de junio de 2020, rec. 318/2020).

la jurisprudencia no ofrece suficiente seguridad jurídica para diferenciar la aplicación temporal de la cláusula *rebus* del cumplimiento parcial, de la suspensión del contrato o de una moratoria del cumplimiento hasta que desaparezcan aquellas circunstancias atípicas y ajenas al control de la parte incumplidora.

El término conclusivo temporal de la aplicación de la cláusula *rebus* no resuelve suficientemente la causa habilitante, pese a que se incluya la temporalidad de la modificación contractual como una nota más para la aplicación de la cláusula *rebus* como así lo determinó el TS:

[...] [la] temporalidad de las medidas y las causas de su aplicación nos llevan a concluir que [en el caso de autos] falta el rasgo esencial de la sustancialidad de la modificación y afirmar, en consecuencia, que no nos encontramos en sede del art. 41 del ET sino ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural [por parte de la empresa] (STSJ de Madrid de 25 de junio de 2020, rec. 318/2020).

Es, por tanto, la temporalidad de la medida empresarial otro elemento constitutivo de la modificación «específica y coyuntural» de lo pactado por la vía de la cláusula *rebus*. Sin embargo, aún no se ha resuelto el *dies ad quem* de la temporalidad de una medida empresarial aplicada en virtud de la referida cláusula. Por ejemplo, el hecho causante de las circunstancias imprevistas y sobrevenidas de la infección vírica actual mantendrá su vigencia no solo mientras persista el episodio pandémico²¹, sino también mientras persistan los efectos adversos derivados de esta pandemia, más allá de que se recupere la normalidad sanitaria.

En conclusión, la pandemia del coronavirus está creando contextos nuevos imprevisibles en las relaciones laborales dando lugar a una interpretación jurisprudencial y doctrinal de la cláusula *rebus* más próxima a la realidad social, dado que este episodio pandémico mostró que existe el hecho objetivo de incumplimientos contractuales vinculados a la propagación de la enfermedad. Esta pandemia ha quebrado en muchos casos la base del negocio jurídico y la conmutatividad del contrato al romperse el equilibrio o proporción de las prestaciones. No puede justificarse, pues, que estas circunstancias imprevisibles e inevitables

²¹ STSJ de Madrid de 23 de julio de 2020 (rec. 235/2020). En la misma línea, véase también STS (Pleno) de 15 de julio de 2021 (rec. 74/2021); STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2020 (rec. 22/2020); STSJ de Asturias de 10 de noviembre de 2020 (rec. 1432/2020); Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2021 (rec. 393/2020) y de 28 de octubre de 2020 (rec. 143/2020). Así lo argumenta el TS:

[...] un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto [...] de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato (STS 156/2020, de 6 de marzo).

surgidas tras la pandemia vírica estén implícitas en el riesgo normal inherente o derivado del contrato; más explícitamente, como señala el TS, no se pueden deducir de los «riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, ya por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato»²². La parte que no puede asumir su carga obligacional no lo hace de forma culposa alterando la base del negocio para liberarse de sus obligaciones, sino por hechos ajenos a su propio control.

3.1. La cláusula *rebus* como vía *contra legem* de modificación de un convenio colectivo

Como regla general, la modificación o supresión unilateral por parte de la empresa de una cláusula del convenio colectivo no es admisible debido a la eficacia normativa de los convenios (art. 37.1 Constitución española –CE–). Como señala Ramos Quintana (1999, p. 379):

Mediante este reconocimiento [con relación al referido precepto], la negociación colectiva y, más concretamente, el producto derivado de la misma, es decir, el convenio colectivo, pasa a integrarse en el sistema de fuentes de regulación de las relaciones de trabajo.

Por otra parte, el artículo 3.1 del CC determina que las normas (en este caso, los convenios colectivos) tienen que «interpretarse» de acuerdo con «la realidad social del momento en que han de ser aplicadas». Siendo así, es posible que se pueda invocar la cláusula *rebus* también para la modificación o derogación temporal de uno o varios preceptos del convenio colectivo, mientras persistan las nuevas circunstancias. Repárese en que la tesis del «equilibrio interno» de los convenios colectivos –vinculación de las partes a la totalidad del contenido del convenio²³– se ha ido desmontando por parte de la jurisprudencia desde el inicio de la década de los años noventa del siglo pasado. En la década anterior se argumentaba que la derogación o invalidación de un precepto de un convenio implicaba la nulidad de la totalidad del mismo por vulnerar las normas jurídicas. Se aducía por la doctrina jurídica que la vigencia del resto del convenio que se ajustaba a la legalidad podría haber producido una ruptura del equilibrio interno en mayor o menor medida, dependiendo de la cláusula excluida de su aplicación.

²² STS, Sala 1.ª, de 5 de abril de 2019 (rec. 3204/2016).

²³ Como ya advertía el TS en 1998, aquella doctrina jurisprudencial y científica que abogaba por salvaguardar a toda costa el equilibrio interno del convenio colectivo haciendo operar las cláusulas de vinculación a la totalidad de lo pactado «entró en franco declive en la década de los años noventa, no siendo posible actualmente seguir propugnando su vigencia y aplicación» (STS de 22 de septiembre de 1998, rec. 263/1997).

No obstante, es preciso señalar que, si un convenio se asienta y articula conforme a derecho, la ilegalidad de uno o varios de sus preceptos no puede romper el equilibrio interno del mismo, bien al contrario. Como señala la Sala 4.^a del TS (STS de 29 de octubre de 1990, RJ 1990, 7937), siendo «cierto que todo convenio constituye un todo unitario [...], ello no significa, de ninguna forma, que por tal causa tenga que aplicarse y que se considere válido y eficaz un precepto del convenio» que infringe la ley. Por tanto, la eliminación de las cláusulas convencionales que vulneran la norma no rompe el equilibrio interno del convenio, sino que lo restablece. El Alto Tribunal se pronunció también al respecto señalando que «por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto están las normas de derecho necesario» (Sentencia del Tribunal Constitucional 189/1993, de 14 de julio).

Sin embargo, tampoco es menos cierto que la derogación de una cláusula convencional puede producir una extraordinaria incidencia en la relación laboral, en tanto en cuanto se pueda producir una alteración inevitable, imprevista y sobrevenida en el equilibrio prescricional, lo que puede permitir invocar la cláusula *rebus*. Sirva de ejemplo un supuesto de nulidad por sentencia firme de una cláusula convencional que fijaba una retribución de las horas extraordinarias por una cuantía inferior a las horas ordinarias, vulnerando así la previsión contenida en el artículo 35.1 del ET. En el caso de autos, la empresa estimaba que, si se cambiaba su régimen retributivo invalidando la cláusula convencional referida a las horas extraordinarias, se rompía el equilibrio interno del convenio; subsidiariamente alegaba que, si se producía la derogación de la cláusula convencional, se le permitiera acogerse a la cláusula *rebus*, porque esta medida conllevaba una onerosidad excesiva para la empresa surgida de la nueva circunstancia supuestamente sobrevenida por el mandato judicial. En el caso referido, la sala estima, por una parte, que no se habría infringido el artículo 37 de la CE ni tampoco el artículo 3.1 del CC, y no por ello su decisión se alejaba de su criterio sobre el alcance de las cláusulas convencionales de vinculación a la totalidad de lo pactado. Pues, añade la sala, si un precepto, declarado radicalmente nulo, provocase la nulidad total de un convenio ocasionaría un conjunto de perjuicios, especialmente para las personas trabajadoras, que verían mermados sus derechos reconocidos en el convenio de aplicación al volver a regirse por un convenio anterior con condiciones de trabajo probablemente más desfavorables. Por otra parte, en este caso de nulidad de un precepto convencional por sentencia judicial, tampoco se daban los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus* por no haberse producido una ruptura de la base negocial del convenio colectivo²⁴.

En cambio, la misma sala aceptó la aplicación de la mencionada cláusula por parte de una tabacalera como consecuencia de la derogación de una cláusula convencional del convenio colectivo de empresa. El precepto convencional en cuestión obligaba a la mercantil a una entrega de tabaco a la parte trabajadora como retribución en especie. La entrada en vigor de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, precipitó la nulidad de esta cláusula convencional. El TS estimó en este supuesto que la nulidad

²⁴ STS de 30 de mayo de 2011 (rec. 69/2010).

sobrevenida de este precepto del convenio incidía directamente no solo sobre el propio convenio, sino también en cada contrato individual, produciendo una «ruptura grave de la base negociada convencional, lo que permitía, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, reequilibrarla mediante la entrega del valor equivalente en metálico». De este modo:

[...] la ilegalidad sobrevenida de unas obligaciones pactadas en negociación colectiva conlleva una ruptura del equilibrio del convenio, es decir, del sinalagma que toda negociación colectiva conlleva, y que ha de ser soportada por ambas partes (trabajadores y empresa) de forma equilibrada (STS de 5 de marzo de 2008, rec. 100/2006).

En la misma línea, la Sala de lo Social del TS estimó que la concurrencia de circunstancias económicas sobrevenidas e imprevisibles justificaban la aplicación por parte de la empresa de la cláusula *rebus* ante la imposibilidad material de dar cumplimiento a un precepto convencional que reconocía su obligación de conceder préstamos sin intereses a las personas trabajadoras solicitantes junto a la necesaria constitución de un fondo para tal fin. Tras la crisis de 2008, la empresa entró en un periodo de pérdidas continuas y alegaba, cuando es demandada ante la autoridad judicial de instancia, haberse acogido a la cláusula *rebus*. El TSJ confirma la sentencia del órgano judicial *a quo*, que consideró conforme a derecho la invocación de la referida cláusula para el caso de autos, en tanto que se cumplían todos los requisitos para excepcionar el principio *pacta sunt servanda*, a saber: (i) que se había producido una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplir lo pactado, en relación con las concurrentes en el momento de la suscripción; (ii) que se había generado una desproporción desorbitante entre las prestaciones de las partes, implicando una ruptura del equilibrio contractual; (iii) que las causas del desequilibrio prestacional fueron radicalmente imprevisibles; y (iv) que no existía otro medio para remediar el perjuicio.

No obstante, es preciso recalcar que las sentencias del magistrado de instancia y la confirmatoria en suplicación confieren a la aplicación de la cláusula *rebus* un carácter temporal, en este caso, «mientras se mantenga la situación de pérdidas e iliquidez de la compañía y no se alcance un acuerdo aprobando un nuevo convenio colectivo de empresa que regule, en su caso» este precepto convencional²⁵. Por tanto, como ya se ha señalado, la temporalidad es una nota constitutiva de la cláusula *rebus*.

En conclusión, todo parece indicar que el criterio jurisprudencial, en el ámbito de lo social, claramente se está moviendo hacia una posición más abierta respecto a la validez de la aplicación de la cláusula *rebus* no solo a los contratos, sino también a una previsión convencional, pese a que dicha cláusula es impredicable de las normas jurídicas, y el convenio colectivo lo es. Al paso, no sobra matizar, como advierten voces autorizadas, que se corre el riesgo de «contractualizar» el convenio colectivo en tanto que:

²⁵ STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2019 (rec. 980/2018).

[...] si bien es cierto que el desequilibrio de las prestaciones es una categoría referida estrictamente a la causa del contrato/negocio jurídico [...] resulta un poco complejo (y particularmente forzado) emplear este argumento para justificar que el contenido del convenio colectivo deba quedar contractualizado (y así reequilibrar la causa), pues, el ámbito de aplicación «natural» de la excesiva onerosidad (y de la teoría de la base del negocio también) es la resolución del contrato (o, incluso, su «alteración») y no la «integración» (más propia de los supuestos de nulidad parcial) (Palomeque López, 1975, p. 194; Rivero Lamas, 1963, p. 189).

Abrir paso a una nueva posición jurisprudencial más flexible podría desencadenar una mayor inaplicación unilateral de la empresa de las medidas que se deriven de un precepto convencional. La alegación empresarial de la concurrencia de unas circunstancias atípicas, extraordinarias y sobrevenidas, distintas de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato o del convenio, puede surgir en cualquier momento no solo por motivos de fuerza mayor, sino por una defectuosa gobernanza o por carencias en la previsión de nuevas circunstancias que acaben afectando a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo de la empresa.

Pese a que la doctrina jurisprudencial se inclina por marcar los límites al *ius variandi* unilateral de la empresa de las condiciones de trabajo, en realidad la redacción del artículo 41 del ET por el RDL 3/2012, que no se ve modificado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, faculta a la empresa para modificar las condiciones de trabajo aduciendo razones que prácticamente están siempre activas en la mayor parte de la actividad empresarial. Como sostiene el TS:

[...] la alusión legal a conceptos macroeconómicos (competitividad; productividad) o de simple gestión empresarial (organización técnica o del trabajo) [...] no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma [en relación al RDL 3/2012] a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas (SSTS 19/03/01 –rcud 1573/00–; 24/09/12 –rco 127/11–; 12/11/12 –rco 84/11–; y 12/03/13 –rco 30/12–), sino que la novedosa redacción legal [referida a la del art. 41 ET, dada por RDL 3/2012] incluso pudiera llevar a entender –equivocadamente, a nuestro juicio– la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma [la de 2012], de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» –y las modificaciones– guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa» (STS de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013)²⁶.

²⁶ La sentencia hace referencia a que el objetivo fundacional de la Unión Europea es la mejora de las condiciones de trabajo a la que se subordina la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 Tratado fundacional).

Frente a esta desalentadora perspectiva (de que no se pueden poner puertas a la libertad de empresa), el TS reacciona argumentando que los excesos de este privilegio empresarial pueden llevar a *dumping* social degradando las condiciones de trabajo²⁷. Además, estima la Sala 4.ª del TS que el mandato del artículo 24 de la CE implica que:

[...] el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada²⁸ [en referencia a las modificaciones de las condiciones de trabajo realizadas por la persona titular de la empresa].

Mayor complejidad presenta la invocación de la cláusula *rebus* para modificar o suprimir las mejoras voluntarias incorporadas en los convenios colectivos, especialmente cuando aquellas son asumidas por las personas trabajadoras como una contraprestación más que forma parte de la retribución de sus servicios o cuando puedan afectar a la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social. Repárese en que estas mejoras, aun cuando sean voluntarias en su origen, una vez otorgadas, se convierten en obligatorias en los precisos términos en los que se concedieron. Es el caso de la suscripción por parte de la empresa de pólizas de seguros para cubrir ciertos riesgos de las personas trabajadoras. La actuación unilateral de la empresa de suprimir alguna de estas mejoras como un acto de propio imperio alegando que no puede soportar la sobrecarga obligacional producida por circunstancias extraordinarias sobrevenidas e imprevistas difícilmente pueda encajar en los supuestos aplicativos de la cláusula *rebus*. En todo caso, la persona titular de la empresa puede acogerse al procedimiento de descuelgue de aquellas materias del convenio colectivo previstas en el artículo 82.3 del ET en el que se incluyen, entre otras, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social si concurre la causa justificativa prevista en este precepto. A este respecto, conviene precisar que, según la doctrina jurisprudencial, el listado de materias previstas para el descuelgue del convenio por parte de la empresa es un *numerus clausus*²⁹, de modo que, atendiendo al conjunto de materias susceptibles de descuelgue en el ámbito de Seguridad Social, la empresa solo podría dejar sin efecto, por este procedimiento, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, pero no otras.

²⁷ Con la reforma laboral de 2012 la empresa puede modificar a la baja unilateralmente, por ejemplo, el salario de las personas trabajadoras con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo y solo en las cuantías que la persona trabajadora perciba como mejora de convenio.

²⁸ Véase nota 26.

²⁹ Nótese que el listado de materias previstas para el descuelgue del convenio por parte de la empresa en el artículo 82.3 del ET es un *numerus clausus*, sin embargo, es susceptible de interpretación extensiva (por todas, STS de 11 de junio de 2019, rec. 157/2017).

Así pues, si el grado de onerosidad de una mejora voluntaria es inasumible por la empresa ante una situación excepcional e imprevista sobrevenida, aquella dispone de procedimientos para canalizar los desajustes prestacionales sin necesidad de invocar la aplicación de la cláusula *rebus*. El artículo 41 del ET le permite tramitar la modificación sustancial individual o colectiva de las condiciones de trabajo o alegar el descuelgue de las previsiones del convenio de aplicación para las materias previstas en el artículo 82 del ET, si concurre la causa justificativa prevista al efecto en ambos supuestos.

3.2. La cláusula *rebus* invocada por la persona trabajadora

Por definición, la cláusula *rebus* en el ámbito de las relaciones laborales es un mecanismo que permite la modificación del contrato laboral para reponer el equilibrio prestacional por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas. La onerosidad de las cargas obligacionales puede ser compartida por ambas partes, aunque suele tener impacto desigual al afectar en gran medida a una de ellas. Existen casos manifiestos en los que la persona trabajadora, afectada con sobrecarga obligacional por algunos acontecimientos inesperados, puede acudir con garantías de éxito ante la jurisdicción ordinaria aduciendo que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula *rebus*. Recordemos el caso mencionado del precepto convencional anulado tras la entrada en vigor de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, que prohibía, en el caso de autos, la entrega de tabaco a las personas empleadas como parte de su retribución. Como señalábamos, el TS estimó que la nulidad sobrevenida del precepto convencional de referencia tenía una clara incidencia en los contratos de cada persona trabajadora, de modo que la ruptura de la base negociada permitía invocar a dichas personas trabajadoras la aplicación de la cláusula *rebus* para reequilibrar las prestaciones a través de un montante de la remuneración en metálico equivalente al que se aportaba por la empresa en especie³⁰.

Sin embargo, las opciones de invocar la cláusula *rebus* se colocan claramente de parte de la persona titular de la empresa, quien puede hacer valer su facultad de invocar dicha cláusula para modificar el pacto contractual o convencional en el marco de su poder de dirección y de conformidad con el principio de la libertad de empresa (art. 38 CE), siempre que dichas modificaciones no alcancen la calificación de «modificación sustancial» (art. 41 ET). Esta reconducción unilateral de la empresa de supuestos desequilibrios prestacionales implica necesariamente un ajuste de las prestaciones de las personas trabajadoras a la baja. Estos, en cambio, se encuentran con limitaciones para reajustar su excesiva carga prestacional, teniendo en cuenta, además, que sus reivindicaciones para modificar preceptos convencionales por causas sobrevenidas no pueden canalizarse a través de su derecho de huelga. El artículo 11 c) del RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo,

³⁰ STS de 5 de marzo de 2008 (rec. 100/2006).

prohíbe aquella huelga novatoria que pretenda «alterar, dentro de su periodo de vigencia lo pactado en convenio colectivo o establecido por laudo». Sin embargo, es aquí donde puede entrar en juego la cláusula *rebus*, dado que la persona trabajadora puede aducir, si es el caso, que se ha producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que estaban presentes en el momento del pacto.

En la práctica, es conocido que la capacidad de resistencia de la persona trabajadora, al menos a nivel individual, se desvanece y se ve constreñida a aceptar la excesiva onerosidad de la carga prestacional que pueda derivarse de las circunstancias sobrevenidas. Su invocación de la cláusula *rebus* solo la puede hacer valer ante la jurisdicción ordinaria, lo que acarrea riesgos y costes. Por otra parte, si la persona titular de la empresa no se aviene a renegociar lo pactado, a la persona trabajadora no le quedan opciones viables que le permitan reconducir su posición. No podría acogerse a la extinción indemnizada que se prevé en el artículo 41 del ET para la modificación sustancial ni al derecho de rescisión contractual que la ley le reserva solo para el caso de los graves incumplimientos empresariales (art. 50 ET).

Lo que parece incuestionable es que la pandemia cambió nuestra percepción de la realidad y, como prevé nuestra propia legislación civil, las normas (en este caso, los convenios colectivos, contratos suscritos conforme a la ley) tienen que «interpretarse» de acuerdo con «la realidad social del momento en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 CC). En el contexto de este episodio pandémico, especialmente durante el periodo del estado de alarma, muchas empresas públicas y privadas, que desarrollaban su actividad en el ámbito de los servicios esenciales, exigían a sus personas trabajadoras, con la aquiescencia de las diferentes Administraciones, que acudiesen a su lugar de trabajo asumiendo riesgos de salud laboral que no se habían contemplado en sus contratos ni en sus convenios colectivos. A aquellas no les quedaba otra opción que acogerse a la suspensión temporal del cumplimiento de la prestación (sin remuneración) por la imperiosa necesidad de preservar su integridad y salud en el trabajo invocando la aplicación del artículo 21 de la LPRL. Sin embargo, la inmensa mayoría de las personas trabajadoras acudieron a sus centros de trabajo arriesgando su salud y sin contraprestaciones que pudieran reequilibrar su excesiva carga prestacional.

La persona titular de la empresa de los servicios esenciales, en general, permaneció ajena a estas nuevas circunstancias, porque ninguna normativa la obligaba a una mayor carga obligacional, dado que correspondería al Estado, como garante del bienestar y la paz social, corregir el supuesto desequilibrio prestacional producido por una alteración extraordinaria, sobrevenida e imprevista. Ciertamente, los poderes públicos han intentado paliar de algún modo esta alteración extraordinaria de las condiciones de trabajo mediante una serie de medidas correctoras coyunturales tanto en el ámbito laboral como familiar. Sirva de ejemplo el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19; el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo; el RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de las personas trabajadoras autónomas; el RDL 18/2021, de 28 de

septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo; o en el ámbito familiar, el RDL 11/2020, de 31 de marzo, que establece una moratoria o reducción automática de la deuda arrendaticia de familias y colectivos vulnerables cuando la parte arrendadora sea una empresa, una entidad pública o una gran entidad tenedora, por citar algunas actuaciones legislativas relevantes. Sin embargo, en el ámbito laboral se echó en falta una mayor implicación del Poder Legislativo especialmente en cuestiones relativas a la salud en el trabajo, dado que se acomodó por inacción a la buena fe empresarial para sortear los efectos negativos de la pandemia en el centro de trabajo.

Es evidente que existen contextos económicos y sociales muy gravosos para la empresa que pueden comprometer su viabilidad, por eso la ley le habilita a la persona titular de la empresa la facultad de modificar la relación contractual o, en su caso, la suspensión o resolución. También es notorio que las personas trabajadoras disponen de facultades, de acuerdo con la ley, para modificar unilateralmente el contrato laboral, por ejemplo, optar por la rescisión contractual indemnizada ante la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo vía artículo 41 del ET o invocarla ante los tribunales en los casos de incumplimiento imputable a la empresa (art. 50 ET). Existen muchos otros supuestos modificativos de la relación laboral a solicitud de la persona trabajadora, por ejemplo, cuando desee continuar con el proceso formativo y profesional en el trabajo (art. 23 ET); en casos de adopción o acogimiento (art. 37.4 ET); en contextos de violencia de género o de víctimas del terrorismo (arts. 37.8 ET y 40.4 ET); traslado de cualquiera de los/las cónyuges que cambia de residencia (art. 40.3 ET); las personas trabajadoras con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional (art. 40.5 ET); excedencias voluntarias (art. 46.3 ET); suspensión con reserva de puesto de trabajo por descanso puerperal no obligatorio (art. 48.4 ET); o incluso la extinción contractual por abandono, supuesto en el que incide Rojas Rivero (2014).

4. Conclusiones

Las circunstancias sobrevenidas por la crisis financiera de 2008 y por la infección vírica de la COVID-19 están permitiendo a la persona titular de la empresa alegar la modificación de las condiciones de trabajo pactadas en contratos y convenios colectivos de empresa aduciendo la excepcionalidad de las nuevas circunstancias, invocando a la cláusula *rebus*³¹. En todo caso, en modo alguno se puede estigmatizar el privilegio empresarial de aplicar dicha cláusula, dado que puede ser también beneficiosa para la persona trabajadora, si se evita el pacto novatorio o el incumplimiento empresarial por imposibilidad

³¹ Obsérvese que también tenía la opción del descuelgue del convenio colectivo de empresa, según la redacción prevista en el artículo 82 del ET por el RDL 3/2012. Privilegio que decae en el RDL 32/2021.

objetiva. Sin embargo, la realidad nos muestra que la cláusula *rebus* es un instituto a merced de la persona titular de la empresa más que de la persona trabajadora.

Es notoria la ascendente incidencia, en el ámbito contencioso laboral, de los excesos de la facultad del «poder de dirección» de la persona titular de la empresa para la modificación contractual y/o convencional de las condiciones de trabajo cuando concurren nuevas circunstancias sobrevenidas. En realidad, la cláusula *rebus* es una prolongación de los privilegios de los que dispone la persona titular de la empresa para la movilidad funcional, la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La preeminencia de la aplicación de la cláusula *rebus* deviene del carácter unilateral de la medida empresarial, una manifestación más de su poder de dirección con fundamento supuestamente en el principio constitucional de libertad de empresa.

Por su parte, la persona trabajadora que se ve afectada por la aplicación de la cláusula *rebus* empresarial no dispone de instrumentos jurídicos que puedan contrarrestar los excesos que pueda cometer la persona titular de la empresa por la aplicación de dicha cláusula. La carga prestacional de la persona trabajadora puede acrecentarse no solo por las nuevas circunstancias sobrevenidas e imprevistas, sino también por la aplicación unilateral de la cláusula *rebus* por parte de la empresa, cuando esta la aprovecha no precisamente para reequilibrar el nivel prestacional para el que está prevista, sino para obtener ventaja quebrando a la inversa el equilibrio prestacional. En este contexto, la persona trabajadora afectada por la aplicación empresarial de dicha cláusula solo puede revertir su sobrecarga prestacional acudiendo a la jurisdicción ordinaria asumiendo riesgos y costes. La persona trabajadora no tiene tampoco opción de invocar la resolución contractual indemnizada, porque la aplicación de la cláusula *rebus* no la habilita a romper el vínculo contractual. Por otra parte, las posibilidades de la persona trabajadora para invocar la aplicación de la cláusula *rebus* son muy escasas por la incertidumbre de la decisión judicial y los costes derivados del litigio. Por eso, debería incluirse en nuestro derecho la obligación de la persona titular de la empresa de acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria amistosa o de mediación con el fin de reequilibrar la carga prestacional o la excesiva onerosidad que pudiera haber recaído en la persona trabajadora.

Resumiendo, cuando las circunstancias que sirvieron de base al pacto contractual o convencional hubieren cambiado de forma imprevisible e inesperada produciendo una carga excesivamente onerosa para una de las partes o cuando se hubiere alterado extraordinariamente la base económica negocial frustrando el fin del pacto, la parte perjudicada no debería soportar la sobrecarga obligacional que le exige el cumplimiento del pacto. Aceptando este principio aplicativo de la cláusula *rebus*, la realidad de la práctica forense muestra que en el ámbito laboral se produce una disfunción que discrimina claramente a la persona trabajadora. En estas nuevas circunstancias sobrevenidas, la persona titular de la empresa puede hacer valer su imperio imponiendo unilateralmente la modificación contractual o convencional (aplicando la cláusula *rebus*) a la espera de que la persona trabajadora impugne la medida empresarial ante la jurisdicción ordinaria. Es evidente que la persona trabajadora se halla en desventaja no solo por tener que acudir con riesgos y costes a la vía judicial, sino también porque, si es la persona trabajadora la que sufre una sobrecarga prestacional

ante las nuevas circunstancias sobrevenidas, también tendría que acogerse a la vía judicial solicitando la restauración prestacional pactada, porque previsiblemente la persona titular de la empresa se opondrá a renegociar la base negocial. Por eso, cuando se produzca un desajuste prestacional en el ámbito laboral, cada una de las partes debería tener la facultad de obligar a la otra parte a intentar renegociar lo pactado (con base en la incidencia de la alteración de las circunstancias operadas y de cara a la conservación o mantenimiento del contrato o cláusula convencional) por el cauce de la jurisdicción voluntaria, a través de la parte letrada de la Administración de Justicia, antes de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

Siendo la cláusula *rebus* un instituto de elaboración jurisprudencial, se echa de menos un criterio unificado respecto de su aplicación, dado que el órgano juzgador decide sobre el caso concreto en función de las circunstancias específicas que concurren y la buena fe contractual. Sin embargo, se está avanzando hacia una «justicia contractual» que supere la rigidez del principio *pacta sunt servanda*.

Referencias bibliográficas

- Albiñana Cilveti, I. (2018). La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 115-140.
- Álvarez de la Rosa, M. (2019). El derecho del trabajo en el principio de libertad de empresa. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 12-26.
- Amunátegui Rodríguez, C. de. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2015). Fundamentación dogmática de la «alteración» unilateral del contrato de trabajo: a propósito de la nueva configuración jurisprudencial de la «cláusula rebus sic stantibus» (y –posibles– «derivadas» sobre la contractualización de los convenios colectivos). *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288345>
- Beltrán de Heredia y Castaño, J. (1956). *El cumplimiento de las obligaciones*. Edersa.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2014). La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 60, 199-246.
- Castiñeira Jerez, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 29, 71-106.
- Dans Álvarez de Sotomayor, L. (2021). Derechos y poderes del empresario. En M. T. Velasco Portero y J. M. Miranda Boto (Dirs.), *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (pp. 143-164). Tecnos.
- Kaufmann, E. (1911). *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Larenz, K. (2001). *La base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (C. Fernández Rodríguez, trad.). Comares.
- López Yagües, V. (2021). Una respuesta procesal a los conflictos surgidos del incumplimiento de obligaciones contractuales por causas imprevisibles. En J. Sánchez García y V. Pérez Daudí (Dirs.), *Cláusula rebus sic stantibus* (pp. 147-170). Ediciones Experiencia.

- López-Medel Báscones, J. (3 de abril de 2020). *La cláusula rebus sic stantibus. Modificación o resolución de contratos ante la crisis del coronavirus*. Abogacía Española. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-clausula-rebus-sic-stantibus-modificacion-o-resolucion-de-contratos-ante-la-crisis-del-coronavirus/>
- Martínez Velencoso, L. M. (2013). La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado y en los textos internacionales. En F. J. Orduña Moreno y L. M. Martínez Velencoso (Dir.), *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)* (pp. 25-103). Civitas-Thomson Reuters.
- Moll de Alba Lacuve, C. (2021). La cláusula *rebus* en Códigos Civiles europeos y la necesidad de su regulación en España. En J. Sánchez García y V. Pérez Daudí (Dir.), *Cláusula rebus sic stantibus* (pp. 47-64). Ediciones Experiencia.
- Oertmann, P. E. W. (1933). *Introducción al derecho civil* (L. Sancho Seral, trad., 3.ª ed. alemana). Labor.
- Orduña Moreno F. J. (2020). La cláusula *rebus sic stantibus* y la crisis derivada del coronavirus. *Aranzadi Digital*, 1. <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/dossier-clausula-bib-la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-la-crisis-derivada-del-coronavirus-bib-2020-9720.pdf>
- Orduña Moreno, F. J. (2021). Cláusula *rebus* y sistema codificado. Hacia la necesaria cultura de la renegociación en tiempos de crisis. En J. Sánchez García y V. Pérez Daudí (Dir.), *Cláusula rebus sic stantibus* (pp. 1-5). Ediciones Experiencia.
- Palomeque López, M. C. (1975). *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Tecnos.
- Ramos Quintana, M. I. (1999). El convenio colectivo como fuente del derecho del trabajo: alcance y nivel de protección del derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anales de la Facultad de Derecho*, 16, 377-402. <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/18386>
- Rivero Lamas, J. (1963). *La novación del contrato de trabajo*. Bosch.
- Rojas Rivero, G. P. (2014). La extinción del contrato de trabajo por abandono. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico* (pp. 355-370). Comares.
- Sánchez Martín, C. (2013). La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compra-venta de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013. *La Ley*, 8077. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347>
- Walter, P. (1987). Commercial impracticability in contracts. *St. John's Law Review*, 61(2), 225-260.

Brais Columba Iglesias Osorio. El autor realizó los estudios del Máster Executive en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues/Harvard Law School. Es doctor en Derecho y profesor asociado en la Universidad de La Laguna, acreditado para la figura contractual de profesor contratado doctor por la Agencia Canaria de Calidad Universitaria y Evaluación Educativa. Es autor de varias publicaciones, entre otras, la monografía *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social* (2016). Inició su actividad profesional en Garrigues como abogado laboralista. Ha sido letrado apoderado de la Seguridad Social, es socio cofundador del despacho Nova lus Abogados y colaborador de Horizonia Asesores en La Laguna. Desarrolla principalmente su actividad en la asesoría y defensa letrada de empresas canarias. <https://orcid.org/0000-0003-3172-7950>

Actualidades de protección social a juicio de los tribunales: materializaciones del «espíritu del tiempo» a través de los «principios jurídico-sociales»

Cristóbal Molina Navarrete

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

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

Extracto

La materia de seguridad social está sometida a continuos procesos de reformas legislativas que ofrecen una imagen de esta rama jurídica muy cambiante, y algo irracional o incoherente. Sin embargo, en su configuración y aplicación práctica tienen mucha importancia las decisiones jurisdiccionales, el «derecho viviente» de la Seguridad Social. En esta presentación preliminar, se da cuenta de un conjunto de sentencias muy recientes en materia de seguridad social que ayudan a comprender tanto el dinamismo evolutivo de esta rama jurídica como el funcionamiento de los principios generales del derecho en ella. Entre ellos destacamos los principios de igualdad, no solo en perspectiva de género, que también; seguridad jurídica; primacía de la realidad sobre la forma (prioridad del fin social sobre la letra restrictiva de prestaciones sociales), etc.

Palabras clave: derecho vivo; Seguridad Social; enjuiciar con perspectiva de género; pensiones; brechas de género; realismo jurídico; principios jurídicos.

Recibido: 11-12-2022 / Aceptado: 11-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). Actualidades de protección social a juicio de los tribunales: materializaciones del «espíritu del tiempo» a través de los «principios jurídico-sociales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 472, 153-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10271>

Social protection actualities as judged by the courts: materialisations of the "spirit of the times" through "social-legal principles"

Cristóbal Molina Navarrete

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

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

Abstract

The matter of social security is subject to continuous processes of legislative reforms that offer an image of this legal branch that is highly changing, and somewhat irrational or incoherent. However, in its configuration and practical application, jurisdictional decisions, the "living law" of Social Security, are very important. In this preliminary presentation, an account of a set of very recent sentences in the field of social security is given that help to understand both the evolutionary dynamism of this legal branch and the operation of the general principles of law in it. Among them we highlight the principles of equality, not only in gender perspective, which also; legal security; primacy of reality over form (priority of the social purpose over the restrictive letter of social benefits), etc.

Keywords: judicial law; Social Security; judging with a gender perspective; pensions; gender gaps; legal realism; legal principles.

Received: 11-12-2022 / Accepted: 11-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). Social protection actualities as judged by the courts: materialisations of the "spirit of the times" through "social-legal principles". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 153-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10271>

La búsqueda forzada de ideas en nuestra propia cabeza genera, de inmediato, la idea de inquietud, la inquietud de no toparse con ninguna.

A. Cabrera (*Gracias, distancia*)

Hosco espíritu, otrora ávido de la lucha,
la Esperanza, que ayer atizaba tu ardor,
no te espolea ya más: tiéndete sin reparo,
caballo cuyo casco por doquier tropezaron.

[...]

¡La Primavera amada ha perdido su aroma!

C. Baudelaire («El gusto de la nada». *Las flores del mal*)

1. ¿Progreso versus estabilidad de las razones del derecho vivo? En un escenario de nuevos cambios legislativos en materia de seguridad social, referidos de forma somera en el editorial, dirigir ahora la mirada a ciertas aportaciones actuales (fragmentos) de su derecho vivo nos parece de especial interés y utilidad. No solo para complementar la información y el análisis sobre cuestiones sociales de tanta relevancia, sino también para contrastar el «espíritu de los tiempos legislativos» con el de la «complementación jurisprudencial» del derecho de la Seguridad Social. De ahí el carácter monográfico de esta nueva entrega de «Diálogos con la jurisprudencia».

Dada la extraordinaria extensión y la gran complejidad del número de decisiones judiciales y jurisprudenciales, imposible de sintetizar en las pocas páginas disponibles aquí, había que buscar unos mínimos criterios comunes que permitan dar a las elegidas cierta unidad, aun en su diversidad. A tal fin, la idea matriz de esta sección es atender al estado del arte interpretativo de cuestiones de actualidad relativas a la Seguridad Social, pero intentando ordenarlas de forma representativa a través de la vida práctica que despliegan, al tiempo que extraen, de ellas, los «principios jurídico-sociales» más relevantes del sistema, no solo del sistema jurídico-social, sino jurídico en general. Entre ellos destacamos –aunque ilustrados someramente, por supuesto– los de: igualdad, no solo en perspectiva de género, que también; seguridad jurídica; retroactividad, así como la irretroactividad; primacía de la realidad sobre la forma, del fin sobre la letra, etc.

Vivimos un nuevo tiempo, lamentablemente, en España de «ruido y crispación», también a raíz de tormentas asociadas a la interacción entre los cambios legislativos (a veces en exceso precipitados y de mala calidad técnica, no solo en el ámbito penal –hoy en el ojo del huracán–) y el margen interpretativo inherente a la función jurisdiccional (también en el orden penal). Fuera de la polvareda y furia políticas, no me parece ocioso ilustrar, en un plano jurídico, lo que aporta en estabilidad y racionalidad, también en una mejora de la protección, la interpretación jurisdiccional en la materia de seguridad social, frente a la idea de «insoponible levedad» del ser legal y su idea constante de reforma, a veces sin una razón coherente, solo de oportunismo. Por supuesto, tampoco desatenderemos las convulsiones derivadas de aplicaciones judiciales poco «prudentes» y las deficiencias del funcionamiento práctico del instrumento llamado a tratar de corregirlas, lo que devalúa su función constitucional uniformadora, quebrando la igualdad y la seguridad jurídica: el recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. Dinamismo evolutivo del sistema y principio de protección reforzada frente a la contingencia profesional: nuevas aplicaciones de la clásica presunción de laboralidad de los accidentes de trabajo. Una institución de Seguridad Social que mejor resume esta interacción (no necesariamente oposición) entre la función de progreso social y la de estabilidad jurídica que representaría la actividad interpretativa es la relativa al régimen del accidente de trabajo ([art. 156 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)). Pocas leyes tan estables (apenas ha cambiado desde los albores del siglo XX) generan tanto dinamismo (y desbordamiento) aplicativo.

Los factores de riesgo, los riesgos, los tipos de daños profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ex [art. 157 LGSS](#) –también las enfermedades del trabajo ex [art. 156.3 LGSS](#)), las formas de organización y prestación del trabajo van cambiando, pero la regulación permanece y sus pautas interpretativas, que, pese a ello, van dando respuestas a los nuevos tiempos. Junto a los cánceres, los infartos de miocardio y los accidentes cerebrovasculares (ictus) constituyen la principal causa de muerte en nuestros días, y lo serán más en el futuro próximo. El mundo del trabajo no es ajeno a ello. Una completa y actualizada síntesis de doctrina jurisprudencial sobre los criterios para su calificación como contingencia profesional se puede hallar en la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [701/2022, de 7 de septiembre](#) (FJ 3.º), que sigue su precedente [STS 59/2020, de 23 de enero](#). La citada sentencia aplica la presunción *iuris tantum* de laboralidad ex [artículo 156.3 de la LGSS](#) a un infarto que, producido en tiempo y lugar de trabajo, prestando su actividad habitual, debutó 3 semanas antes, con dolor centrotorácico (FJ 4.º, punto 3).

Hoy, una gran prueba de resistencia de esta presunción está en la proliferación de nuevas formas de organización del trabajo y de prestación de servicios, como son las del trabajo a distancia, en especial en la modalidad de teletrabajo. La reciente [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cáceres 297/2022, de 26 de octubre](#), aplicando de forma estricta esa antañona presunción, considera accidente laboral la caída de una empleada en su casa

mientras teletrabajaba. Por su relevancia es objeto de un análisis específico por la profesora Pilar Conde en este número.

3. Cuestiones relativas a los principios de igualdad de trato, y de no discriminación, en el marco de la pensión de jubilación anticipada. Si dos principios jurídicos de rango constitucional (en realidad hoy multinivel: garantías internacionales) deben mantener y desarrollar una vigencia efectiva en el derecho de la Seguridad Social, esos son, sin duda, los de igualdad de trato y no discriminación en general, y en atención a las diferentes circunstancias a las que se asocia (nacionalidad –en el ámbito comunitario–, sexo, edad, discapacidad, estado de salud, etc.), como propone la reciente y enigmática [Ley 15/2022, de 12 de julio](#). En la práctica, sin embargo, no es fácil su aplicación efectiva y se conocen numerosos ejemplos bien de regulaciones legales, bien de aplicaciones de conformidad más que dudosa a los mismos. En tales casos, la interacción diálogo-conflicto entre los diversos niveles jurisdiccionales debe aportar soluciones de adecuada efectividad.

En este sentido, resulta de interés la [STS 923/2022, de 22 de noviembre](#), que se suma a una larga serie de sentencias del Alto Tribunal de justicia social ordinaria obligado, a su vez, a rectificarse por estricto imperativo constitucional, al ser contrarias a la doctrina del Alto Tribunal de la justicia social constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional [172/2021, de 7 de octubre](#), y [191/2021, de 17 de diciembre](#)). En su virtud, se reconoce el derecho a acceder a una incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada por aplicación de los coeficientes reductores por discapacidad ex [artículo 206 bis de la LGSS](#) (figura afectada por la reforma de la [Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#)), aún sin tener la edad ordinaria.

En cambio, y situados en el lado más oscuro o sombrío de esa vigencia de los principios referidos, la jurisprudencia social sigue rechazando reconocer, por ejemplo, a las personas fijas discontinuas el acceso a la jubilación anticipada parcial ex [artículo 215.2 de la LGSS](#). Es el caso, por ejemplo, de la [STS 641/2022, de 12 de julio](#). Esta cuestión presenta un gran interés por varios motivos. Primero, por desvelar un déficit de protección de la figura estrella de la reforma laboral y sobre la que se ciernen hoy, un año después de su aprobación, una gran polémica (la Sentencia de la Audiencia Nacional 166/2022, de 5 de diciembre, desactiva un intento convencional de desnaturalizar esta figura mucho más de lo que ya lo ha hecho la reforma laboral: anula una cláusula convencional que autorizaba el recurso a la contratación fija discontinua para realizar trabajos imprevisibles por «sorpresivos»; preveía un plazo de llamamiento de 48 horas para situaciones «sorpresivas», violando el espíritu y la letra del [art. 16 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), tanto como agria. Segundo, porque se efectúa un tratamiento de la pensión de jubilación anticipada parcial como si de trabajo a tiempo parcial se tratara, pese a no ser esa la consideración en el ET, pero sí en la LGSS ([art. 245.2](#)). Además, es relevante porque entra en conflicto con el marco comunitario relativo al principio de igualdad de trato en todas las condiciones de empleo y de trabajo a tiempo parcial respecto del personal a tiempo completo ([Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre](#)). Por su trascendencia, ha merecido un análisis muy cuidado y completo por la profesora Margarita Miñarro, también en esta sección.

4. La defensa del principio de autonomía de los conceptos de seguridad social en relación con los fiscales, si bien cada vez más relativa por su creciente colonización.

La última reseña jurisprudencial realizada nos sitúa ante otra cuestión sistémica de calado doble, teórico y práctico. Me refiero a la defensa de la autonomía conceptual de las leyes y el derecho de Seguridad Social respecto de otras ramas con las que concurre de forma muy significativa. Esa autonomía se ha defendido respecto de la norma laboral (citado tratamiento diferenciado de la fijeza discontinua, siempre a tiempo parcial en la norma de Seguridad Social, a tiempo completo como regla general hoy ex [art. 16 ET](#), en la norma laboral), pero donde mayor incidencia tiene esta tensión, en nuestro tiempo, reside en su interacción con el campo fiscal, dada la tendencia a la colonización de los conceptos de seguridad social por los tributarios y fiscales. Naturalmente, aquí el objetivo principal es mejorar la función recaudatoria del sistema de Seguridad Social, en aras de la mejor sostenibilidad financiera de este.

Pese a esa clara tendencia a la colonización de las reglas y el espíritu tributarios, la doctrina jurisprudencial social ofrece ejemplos de resistencia. Sería el caso de la [STS 907/2022, de 15 de noviembre](#) (FJ 3.º), en virtud de la cual los ingresos debidos a la tenencia de bienes inmuebles urbanos, que no constituyen vivienda habitual (no computa) y no sujetos a arrendamiento, de la esposa del beneficiario, deben calcularse, a los efectos del derecho a percibir la renta activa de inserción, aplicando a su valor catastral un porcentaje del 100 % del interés legal del dinero ([art. 275.4 LGSS](#); [art. 2.1 d\) RD 1369/2006, de 24 de noviembre](#); [art. 7.1 c\) RD 625/1985, de 2 de abril](#)) –conforme a la corrección por el [RDL 20/2012, de 13 de julio](#), pasó del 50 % del interés legal al 100 %–. Descarta, pues, seguir la renta imputable fiscalmente a ese inmueble a los efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, conforme al [artículo 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#) (2 % o el 1,1 % del valor catastral, en función de que el valor catastral haya sido revisado o no).

En sustancia, la justificación última que se da para tal doctrina residiría en que la norma de Seguridad Social prefiere atender a criterios de rendimiento lo más efectivos posible, en detrimento de los rendimientos ficticios, pues su finalidad social es verificar la situación igualmente real de insuficiencia económica que da derecho a percibir una prestación (en este caso especial y diferenciada de desempleo asistencial). Por cierto, una doble idea, la de atender a criterios de realidad y primar el fin social que constituyen sendas pautas más generales de interpretación del derecho de la Seguridad Social. En todo caso, una vez más, esta tensión o dialéctica más general entre lo real y lo ficticio, entre lo social y lo fiscal, sigue muy presente en el sistema, como evidencia el actual proceso de reforma legal progresiva del régimen especial del trabajo autónomo (RETA), dirigido a hacer realidad la aspiración recurrente relativa a la cotización social de las personas autónomas por sus ingresos reales (2023 estrena el nuevo marco dado por el [RDL 13/2022, de 26 de julio](#) –y sus ya diversas modificaciones–), también para corregir su situación de prevalencia en las pensiones mínimas (por cotizar la gran mayoría al mínimo –recuérdese también–).

5. Principio de primacía de la realidad social (criterio sociológico) frente a la letra legal (criterio gramatical), en aras de la efectividad del fin social (criterio teleológico), como regla general y sus «desmentidos» («excepciones» o «modulaciones»). Pero si un principio hermenéutico, más que propiamente de regulación, despliega un papel muy especial en el derecho de la Seguridad Social, por mor de la interpretación jurisdiccional, ese es el de primacía de la realidad sobre las formas, también sobre la literalidad de los redactados legales y siempre con vista a garantizar una protección efectiva, no ficticia. Las manifestaciones son muchas y constantes en el derecho vivo de la Seguridad Social.

Así, en relación a la constatación de los requisitos que dan acceso a una pensión, y por volver sobre una doble figura de especial significación (jubilación anticipada y fijeza discontinua), interesante resulta la [STS 622/2022, de 6 de julio](#), que reconoce el derecho a la pensión de jubilación anticipada involuntaria a un trabajador fijo discontinuo con atención al periodo de inactividad. Al respecto, volvemos a remitir al sugerente diálogo de la profesora Margarita Miñarro. Tampoco exige inscripción como demandante de empleo para acceder a esta pensión anticipada la [STS 541/2022, de 13 de junio](#), en casos de acuerdos de prejubilación que prevén el pago por la empresa de una cantidad equivalente a la que hubiese correspondido de recibir la prestación por desempleo.

En este mismo ámbito, la [STS 828/2022, de 17 de octubre](#), pese a partir siempre del carácter tasado de la lista del [artículo 207.1 d\) de la LGSS](#) (reafirmado con la última reforma legal), reitera su doctrina relativa a incluir dentro de los supuestos de cese reconducibles al [artículo 207.1 d\) de la LGSS](#) el «cierre de hecho» de la empresa, en la que el contrato se extingue tácitamente como consecuencia de aquel hecho. Que la empresa no cumpla con las formalidades legales nunca puede perjudicar el interés de la persona empleada, de quien no depende el cumplimiento (también [STS 1013/2021, de 14 de octubre](#)).

Por su parte, la [STS 900/2022, de 11 de noviembre](#), también a efectos de dar acceso a la jubilación anticipada, considera las prejubilaciones realizadas en el seno de un procedimiento de regulación de empleo como cese ajeno a la voluntad de la persona trabajadora, esto es, por causa no imputable a su libre decisión. Insiste en que:

[...] hay que partir [...] de la realidad de unos hechos que afirman cómo la extinción se produjo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo [...] en el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que estos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción [...]. (En el mismo sentido se deciden las [SSTS 786/2022, de 28 de septiembre](#), y [541/2022, de 13 de junio](#), entre otras; todas ellas relativas a prejubilaciones derivadas de la inclusión en un acuerdo colectivo laboral en el marco del proceso de integración de Banca Cívica, concluido entre Caja Canarias, Caja Navarra, Caja de Burgos, Cajasol y Banca Cívica, SA).

Igualmente, ahora en relación con el requisito de la carencia de rentas para dar acceso a ciertas prestaciones (aquí pensión de jubilación no contributiva) que requieren esta prueba de la situación de necesidad, la [STS 832/2022, de 18 de octubre](#), reconoce la prestación a una persona venezolana, pese a que consta que tiene una pensión del sistema de aquel país, pero que lleva años sin el percibo de renta alguna, por causas ajenas a su voluntad. De ahí que considere que no computan a los efectos de la condición de carencia de rentas (conforme a lo previsto en los arts. [363.1 d\)](#) y [369.1 LGSS](#); arts. [11.1](#), [12.1](#) y [12.4 RD 357/1991, de 15 de marzo](#); y [art. 4 Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre](#)) los ingresos hipotéticos que nunca han llegado a percibirse de la Seguridad Social extranjera. Una vez más la razón jurídica esgrimida es que el sistema debe atender a situaciones reales de disfrute de renta, no a las ficticias, o con «virtualidad real inexistente» (FJ 4.º, punto 3).

En relación con la prestación a favor de familiares ([art. 226 LGSS](#)), la [STS 647/2022, de 12 de julio](#) (de nuevo revocando el criterio de suplicación, favorable a la entidad gestora, que denegó la prestación, y estimando el recurso de casación en interés de la persona beneficiaria –principio pro o de favor hacia persona beneficiaria–), exige el descuento de los gastos de hipoteca de la vivienda habitual, a los efectos de establecer el nivel de ingresos computables para determinar la existencia de la obligación de prestar alimentos entre familiares. De este modo, a fin de activar la exclusión del [artículo 40.1 e\) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre](#), exige no solo que la persona obligada a prestar alimentos tenga unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional (SMI), sino que dichos ingresos le permitan garantizar para la persona alimentista unas rentas no inferiores a tal estándar, pues es el admitido para la satisfacción de la situación de necesidad (FJ 4.º, punto 1). A la jurisdicción social compete garantizar la efectividad de las normas, atendiendo a su finalidad social, de modo que su sentido práctico no levante obstáculos que hagan infranqueable el acceso real a la prestación legalmente configurada.

En la doctrina de suplicación, el mismo enfoque realista sigue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Castilla-La Mancha 1626/2022, de 21 de octubre](#), según la cual las personas (formalmente) autónomas que no obtengan de forma efectiva ingresos de su actividad tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo, si incurren en una situación legal a tal fin (en el caso, suspensión del contrato de trabajo por expediente temporal de regulación de empleo), pese a estar de alta en el impuesto de actividades económicas y en el RETA (intermediación comercial). En estos casos, pues, no sería de aplicación la regla sobre incompatibilidad absoluta (para el trabajo por cuenta ajena es relativa) entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia ([art. 282.1 LGSS](#), con relación al [art. 15.1 b\) 2.º RD 625/1985, de 2 de abril](#)).

Ciertamente, a veces la defensa del criterio de interpretación legal conforme a su letra más estricta supone una ventaja para la persona beneficiaria, no para la entidad gestora, siempre resistente al reconocimiento de prestaciones no configuradas de forma expresa y precisa en la ley. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS 748/2022, de 20 de septiembre](#), que,

a los efectos de valorar una situación como de incapacidad permanente total (IPT), exige estar a todas las funciones de la profesión habitual (ni en el grupo profesional –hoy elegida como referencia por el ET– ni en la categoría), no solo a las reales realizadas a la fecha del accidente de trabajo del que trae causa. Otra cosa es que la imprecisión legal ([art. 194.2 LGSS](#) y [art. 11.2 Orden ministerial de 15 de abril de 1969](#)), pendiente desde hace décadas de reforma, requiera de integración jurisprudencial para concretarla o «cerrarla» mejor. O, en el ámbito del RETA, de la [STS 928/2022, de 22 de noviembre](#), que reconoce el derecho a la pensión de jubilación a una persona autónoma quien en el momento de acceder a aquella cumple todos los requisitos (edad, periodo de carencia, situación de origen, etc.), pese a tener periodos de cotización insatisfechos, porque han prescrito. La razón es una interpretación literal ex [artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto](#), que habla de cuotas exigibles. Las prescritas no lo son, aun no siendo deudas satisfechas, a los efectos de fijar el importe de la pensión (FF. JJ. 3.º y 4.º, punto 1; reitera la doctrina de la [STS 905/2022, de 15 de noviembre](#)). Paradójicamente, aquí era la entidad gestora la que pretendía una interpretación más flexible del tenor literal, a fin de hacer más estricta la consideración de la figura de «estar al corriente de pago».

Ahora bien, por lo general, la interpretación estricta y/o literal de las leyes de Seguridad Social suele perjudicar el acceso a la prestación (o su cuantía) social pública. Un ámbito paradigmático es la rama de pensiones de viudedad, especialmente, pero no solo, para las parejas de hecho (de nuevo en trance de reforma), al exigirse su prueba no con cualquier medio válido, sino mediante registro *ad hoc* (en caso de ejercer libertad de circulación comunitaria no se precisará nuevo registro para acceder a la pensión de viudedad: [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2022, asunto C-731/21](#)). Asimismo, se requiere convivencia (5 años, salvo hijos/as en común) e inscripción previa (2 años), según el [artículo 221.2 de la LGSS](#) (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3417/2022, de 10 de junio](#)). La exclusión de la pensión para quienes contraen «matrimonio por el rito gitano» es otro ejemplo claro (por ejemplo, [STSJ de la Comunidad Valenciana 246/2022, de 27 de enero](#)), en espera de nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También los preceptos que remiten a esta regulación conllevan la misma lectura literal, como sucede con el [artículo 219.2 de la LGSS](#) (supuesto excepcional en que la muerte del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal), que remite al [artículo 221.2](#) del mismo texto legal. Por eso, cuando la doctrina de suplicación social lleva a cabo interpretaciones flexibilizadoras atendiendo a las circunstancias del caso, suelen ser revocadas por la Sala 4.ª (por ejemplo, [STS 857/2022, de 26 de octubre](#) –no reconoce la pensión de viudedad en un caso de fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio y antes de 1 año de la fecha de este, al no concurrir los 2 años necesarios–).

Una posición hermenéutica restrictiva que también hallamos con relación a la protección de Seguridad Social de colectivos especialmente vulnerables, como serían las personas con discapacidad y/o con gran invalidez. Así, por ejemplo:

- La [STS 655/2022, de 13 de julio](#), reafirma (estimando el recurso de casación suscitado por la Xunta de Galicia y, en consecuencia, revocando el criterio de sujeción social favorable a la persona beneficiaria) que, a los efectos del [Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), no se alcanza el 33 % de discapacidad por el solo hecho de tener reconocida una situación de IPT, porque del criterio literal de las normas reguladoras, que hacen una equiparación «a todos los efectos», se desprende que su [artículo 4.2](#) incurre en *ultra vires*.
- La [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), reconoce el complemento por maternidad ([versión inicial del art. 60 LGSS](#)) si el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente es anterior a la [Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), aunque se reconozca una revisión por agravación del grado con posterioridad (gran invalidez), porque la diversidad de los grados no implica una pensión autónoma. Cuenta con un voto particular que razona lo contrario (la diferencia de grado marca hechos causantes diferentes).

Por su importancia, y en un contexto de análisis de doctrina jurisdiccional global del polémico complemento, que sigue «ganando batallas judiciales» para los hombres después de derogado («muerto»), más allá de la relativa a la maximización de la fecha de efectos económicos del reconocimiento en aras de la igualdad –formal– de trato del varón ([STS 487/2022, de 30 de mayo](#)), ameritará un comentario específico en este monográfico. En todo caso, por lo que aquí interesa, hay que recordar que la Sala 4.^a, por lo general, en relación con las fechas de efectos de los reconocimientos de diversas situaciones revisorias, como la citada de discapacidad, tiende a limitar la retroacción a la fecha de la solicitud de revisión, no al momento en que se reconoció la discapacidad, a fin de restringir los efectos de retroactividad favorable, por el incremento de costes que supondría para el sistema. Es el caso de la [STS 264/2021, de 3 de marzo](#), que apelará, una vez más, a la literalidad de la norma ([art. 10.2 RD 1971/1999, de 23 de diciembre](#)) además de hacer nueva defensa de la autonomía de la norma de Seguridad Social en relación con la norma de derecho administrativo común reguladora de estas situaciones de retroactividad en la revisión administrativa de actos declarativos de derechos.

- La [STS 590/2022, de 29 de junio](#), en relación con la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia, de nuevo a partir de una lectura literalista y tradicional de la norma aplicable (distingue la figura de la persona autónoma «clásica», persona física, y la moderna, la persona autónoma societaria, a efectos de aplicar la regla del SMI para determinar si existe obligación de cotización), considera válida la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En ella se acuerda la pérdida de la pensión de jubilación durante 3 meses por indebida compatibilización con una actividad por cuenta propia, al ostentar el control efectivo de una sociedad mercantil, sin cabida en la excepción del [artículo 165.4 de la LGSS/1994](#): actividades que no den lugar a la obligación de cotizar.

Una vez más, pues, la Sala 4.^a del TS revoca la sentencia de suplicación, que había realizado una interpretación más flexible y favorable a la persona beneficiaria, en claro detrimento de la posición de racionalización de la entidad gestora, que suele mantener una posición de sospecha de fraude, un enfoque prohibido ex [artículo 6.4 del Código Civil \(CC\)](#)¹. Un principio dirigido al control de la viabilidad financiera del sistema, que es de reparto solidario, que conoce numerosas manifestaciones. Por ejemplo:

- La [STS 853/2022, de 26 de octubre](#). Es incompatible el incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión de IPT cualificada con la prestación de desempleo devengada por el cese en una ocupación laboral diferente de la que motivó el reconocimiento de la IPT.
- La [STS 863/2022, de 27 de octubre](#). En ella se descarta reconocer una situación legal de desempleo para la persona trabajadora en situación de jubilación parcial con prestación de servicios concentrada, porque no ha habido ningún cese, dado que la actividad laboral se realizó íntegramente en los primeros meses de su jubilación parcial. Por consiguiente, no concurre el requisito del [artículo 262.2 de la LGSS](#) (cese de la actividad), ni suspensión del [artículo 45.2 del ET](#). Sin duda, un obstáculo interpretativo para una práctica usual y que, avalada de forma para el acceso a la jubilación parcial por el TS, el Gobierno quiso limitar en la reforma de 2021, pero que finalmente decayó por la oposición sindical. En la segunda fase de la reforma parece que este tema volverá al debate.

A fin de no dilatar en exceso esta ejemplificación de doctrinas jurisprudenciales que hacen de la interpretación lineal su norte hermenéutico para contener el acceso a una pensión pública, finalizaremos el repaso con su impacto en las mejoras voluntarias ex [artículo 43 de la LGSS](#). Sería el caso de la [STS 920/2022, de 15 de noviembre](#): la mejora voluntaria del convenio (Bridgestone Hispania) para incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

A su juicio, no sería aplicable a las situaciones de asimilación a accidente de trabajo por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia de la COVID-19 ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#)). En análogo sentido, la [STS 57/2022, de 20 de enero](#). Por enésima vez, la interpretación literal de los preceptos legales y convencionales será la responsable de esa restricción de derechos de protección complementaria (FJ 4.º, punto 3).

¹ Y que los tribunales suelen corregir. Por ejemplo, la [STS 856/2022, de 26 de octubre](#), en la que se reiteran varias sentencias, desde 2019, según las cuales, en aplicación de la [disposición adicional décima del Estatuto del Trabajo Autónomo](#), no son indebidas las prestaciones por desempleo percibidas por una persona trabajadora, menor de 30 años, que le fueron reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal porque había prestado servicios para su padre, primero; y, después, por subrogación empresarial para su hermano, con quienes no convivía.

6. Del juicio de realidad al enjuiciamiento con perspectiva de género, así como de infancia: la emersión, no siempre pacífica, de nuevos principios del derecho vivo de la Seguridad Social. Si conjuntamos los imperativos del principio de igualdad con los del juicio realista de las situaciones del sistema de Seguridad Social, no solo en sus ramas de pensiones, es manifiesto que la mayor novedad en los últimos años de su derecho vivo reside en el impacto que está teniendo el canon de juzgar con perspectiva de género. Este canon de enjuiciamiento social marca algunas de las más notables evoluciones del sistema, como es el caso relativo a las prestaciones por enfermedades profesionales. Sería el supuesto, por citar una reciente, de la [STS 747/2022, de 20 de septiembre](#) (reconoce el carácter profesional de la contingencia –deriva a síndrome del túnel carpiano– a una limpiadora, reforzando los criterios clásicos ex [art. 3 CC](#) con la perspectiva de género).

Ciertamente, esta perspectiva es conocida en su funcionamiento, pero ahora se proyecta en nuevos ámbitos, como el RETA, supliendo deficiencias sistémicas en él, como la exclusión de la figura de las lagunas de cotización social. Una deuda pendiente desde hace tiempo (al igual que otras –por ejemplo, [STS 722/2022, de 13 de septiembre](#)– recuerda que el RETA excluye la prestación por incapacidad permanente parcial por contingencias comunes). La [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre](#), ha integrado esa técnica en el RETA, aplicando la perspectiva de género, cuando esas lagunas tengan como causa el retiro de la mujer autónoma al cuidado de la descendencia. Por su importancia será analizada en este monográfico por la profesora de la Universidad de Málaga Estefanía González Cobaleda.

Más novedoso en el derecho vivo de la Seguridad Social es el juego efectivo del principio de primacía del interés superior de la persona menor (juzgar con perspectiva de infancia). Un interesante ejemplo, crisol entre juzgar con perspectiva realista y con perspectiva de infancia, es la [STS 700/2022, de 7 de septiembre](#), que equipara, a los efectos del incremento del porcentaje de pensión de orfandad, una situación jurídica de orfandad absoluta con la *de facto* de una huérfana de madre cuyo padre, privado de la patria potestad por no cubrir sus necesidades desde hace 9 años, no percibe pensión de viudedad. Finalmente, una ilustrativa manifestación de las fuertes tensiones que, respecto de los cánones clásicos interpretativos, suscita la conjunción de esta doble perspectiva de enjuiciamiento, de género y de infancia, es la atormentada situación jurisdiccional de la cuestión relativa a los permisos por nacimiento como instrumento para la protección de la monoparentalidad.

Discutida la solución en el Poder Ejecutivo (anteproyecto de ley de protección de la diversidad de familias) antes de llevarla al Poder Legislativo, en la jurisdicción social ya se han definido definitivamente toda la gama de posiciones posibles:

- Favorable a que se acumulen (32) los dos permisos en la cabeza de familia monoparental, como si se tratara de una biparental (entre las más recientes, SSTSJ de [Aragón 718/2022, de 10 de octubre](#), y de [Galicia 5039/2022, de 9 de noviembre](#)).

- Radicalmente contraria a esa acumulación de permisos (solo 16), también por generar discriminaciones inversas (en detrimento de las familias biparentales, tratándose de una situación de discriminación por indiferenciación, no de discriminación indirecta por razón de género, que nuestro derecho no utilizaría como canon de control de las leyes). Destaca la [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#)², no solo por su completo análisis, sino porque refleja tanto un cambio de criterio (anteriormente era favorable a la acumulación) como la persistente diversidad en una misma sala de suplicación, lo que deja en mal lugar la igualdad y la certeza del derecho ex artículos 14 y 9.3 de la Constitución española.
- Intermedia, pues solo acepta acumular las 10 semanas no obligatorias (16 propias más 10 derivadas del otro progenitor inexistente –a veces por decisión de la progenitora–). Destaca la [STSJ de Madrid 939/2022, de 28 de octubre](#) (26 semanas).

Por la trascendencia, complejidad y polvareda jurídica levantada, hemos entendido oportuno realizar un análisis específico en este monográfico de diálogos críticos con la jurisprudencia. Comentario a cargo de la jueza, profesora asociada y doctoranda María José Andrade, que da cuenta de la posición propia y de la sala canaria en la materia.

Al margen de la posición que se asuma sobre el fondo (desde hace años defiendo en esta revista mi desacuerdo con esta forma de aplicar el derecho de la Seguridad Social, en la que la jurisdicción decide asumir la función de suplencia que solo corresponde a la ley), mi principal crítica a este estado kafkiano del arte interpretativo en la materia reside en el deficiente funcionamiento del instrumento que debe corregir este dantesco panorama: el recurso de casación para la unificación de doctrina, incluso en el cauce especial del artículo 219.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Una modalidad que habilita al Ministerio Fiscal, como se sabe, a acelerar el ejercicio de uniformidad de la interpretación propia de la función constitucional del TS, en aras de la seguridad en la aplicación del derecho y de la igualdad en la aplicación de la misma. La pena es que el TS mantiene una visión demasiado restrictiva, como reprocha el voto minoritario (pero masivo) en la [STS 697/2022, de 26 de julio](#) (en relación con la aún más pantanosa cuestión del complemento de maternidad del [art. 60 LGSS, versión originaria](#), también aquí analizada de forma específica), reiterada, aun en asunto muy diferente (efecto del silencio positivo en el Fondo de Garantía Salarial), en la [STS 911/2022, de 15 de noviembre](#). El problema es que, como con la «ley del sí es sí», el cambio legal ya llegará tarde para las situaciones creadas. Aunque más vale tarde que nunca.

² La [STSJ de La Rioja 188/2022, de 30 de septiembre](#), insiste en que se trata de una función legislativa, no judicial.

Jubilación parcial anticipada y fijeza discontinua: «cal y arena»

A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 622/2022,
de 6 de julio, y 641/2022, de 12 de julio

Margarita Miñarro Yanini

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

Universitat Jaume I (Castelló, España)

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

Extracto

El presente diálogo examina dos sentencias del Tribunal Supremo relativas a personas con contratos de trabajo fijos discontinuos que solicitan la jubilación parcial, con diversa suerte, examinándose los criterios del tribunal que determinan la distinta solución.

Palabras clave: jubilación anticipada; jubilación parcial; personas trabajadoras fijas discontinuas; cambio normativo; jurisprudencia; avance.

Recibido: 07-12-2022 / Aceptado: 07-12-2022 / Publicado (en avance online): 16-12-2022

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2022). Jubilación parcial anticipada y fijeza discontinua: «cal y arena». A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 622/2022, de 6 de julio, y 641/2022, de 12 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 166-174. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10263>

Early partial retirement and discontinuous security: the stick and the carrot

Regarding Supreme Court Rulings 622/2022, of 6 July,
and 641/2022, of 12 July

Margarita Miñarro Yanini

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

Universitat Jaume I (Castelló, España)

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

Abstract

This text examines two judgments of the Supreme Court relating to people with discontinuous permanent employment contracts who request partial retirement, with different luck, examining the criteria of the court that determine the different solution.

Keywords: early retirement; partial retirement; discontinuous permanent workers; regulatory change; jurisprudence; advances.

Received: 07-12-2022 / Accepted: 07-12-2022 / Published (online preview): 16-12-2022

Citation: Miñarro Yanini, M. (2022). Early partial retirement and discontinuous security: the stick and the carrot. Regarding Supreme Court Rulings 622/2022, of 6 July, and 641/2022, of 12 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 166-174. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10263>

1. Marco normativo: revigorización sobrevenida de la fijeza discontinua por la reforma laboral

Si en el ámbito laboral la fijeza discontinua ([art. 16 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)) ha alcanzado un notable vigor, no exento de polémica, en nuestro mercado de trabajo, a partir de su configuración como la modalidad «estrella» de la reforma laboral vigente, en el ámbito de la Seguridad Social la pensión de jubilación parcial pareció quedar apartada en la primera fase del proceso reformador, centrada en la jubilación anticipada ([Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#)). Así lo reconoce la reciente [Ley 24/2022, de 25 de noviembre](#), para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial. En su exposición de motivos aduce que la razón de que tal reforma no se recogiera en la [Ley 21/2021](#) se debió a que «no tiene por objeto la modificación de esta, y sí de la jubilación anticipada». No menciona el preámbulo que sí hubo reforma legal en relación con la modalidad de jubilación parcial –convirtiendo en indefinido el régimen transitorio «privilegiado»–.

Como ha indicado la doctrina ([Molina Navarrete, 2022, p. 220](#)), el inicio de este año –1 de enero de 2023– no es indiferente respecto del funcionamiento aplicativo de la jubilación parcial, al margen de la reforma puntual del [artículo 215 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) por la [Ley 24/2022](#) –*vid.* el comentario de la profesora Estefanía González en esta misma sección–. La razón radica en el nuevo régimen transitorio previsto en el [apartado 6 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS](#), por el que se perpetúa definitivamente la vigencia de diversas normas, con la consiguiente visión fragmentaria, dispersa y privilegiada que ello implica.

En este sentido, según el apartado 6, se seguirán aplicando *sine die* las reglas para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo vigentes antes de entrar en vigor la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), a las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2023, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos legales. Esta previsión supone normalizar un tratamiento de favor para el sector manufacturero, parcialmente corregido por otras reformas de coyuntura, como el [Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre](#).

Con todo, evidenciando lo errático de estas regulaciones, así como la centralidad de la jubilación parcial al servicio de objetivos de política de empleo –rejuvenecimiento y modernización de plantillas– y de pensiones –fomento de modalidades de jubilación flexible–, en nuestros días parece recuperar relevancia frente a quienes vaticinaban su decadencia al

ocupar su lugar otras modalidades de jubilación, como la jubilación activa. Así parece deducirse del [planteamiento sindical](#), que exige generalizar la jubilación parcial con un contrato de relevo como contrapartida para aceptar la inclusión de la negociación sobre un nuevo y más amplio periodo de cómputo (30 años) para la base reguladora de la jubilación en la Mesa de Diálogo Social de la segunda fase de reforma de las pensiones. Precisamente, el tema de la reforma más profunda de la jubilación parcial se retiró de la mesa de negociación en el primer bloque de la reforma de pensiones por falta de consenso.

El Gobierno pretendía limitar las posibilidades de reducción de jornada, a fin de restringir la opción de concentrarla para evitar que la jubilación parcial se utilizase como mecanismo de jubilación anticipada encubierta, evitando los coeficientes reductores. Aunque esta posibilidad cuenta con aval jurisprudencial, como también señala la doctrina jurisprudencial, han de tenerse en cuenta las conraindicaciones que pueden derivarse en ciertos casos para acceder a la prestación por desempleo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [674/2022, de 20 de julio](#) (que confirma su precedente de [11 de mayo de 2022, rec. 559/2019](#)), concluye que carece de derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral quien pasa a trabajar a tiempo parcial por jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio antes de la suspensión que acordó la empresa.

Esta cuestión exigirá un análisis detenido cuando se concrete este ámbito de la reforma, como se desarrollará en un próximo número de esta revista. No obstante, más modestamente, en este comentario jurisprudencial se pretende destacar la ambivalencia que persiste en torno al tratamiento de las personas que quieren acceder a la jubilación anticipada y/o parcial desde un contrato de trabajo fijo discontinuo. En suma, como la propia reforma laboral puso de relieve, la revigorización de la fijeza discontinua realmente tomada en serio exigía un programa de mejoras de protección social que va más allá del desempleo asistencial.

Por lo que respecta a la delimitación de la figura de contrato fijo discontinuo, ha de recordarse que el ET mantenía una distinción conceptual, compleja en los planos teórico y práctico. Así, su [artículo 12.3](#) disponía que el contrato a tiempo parcial se consideraba celebrado por tiempo indefinido cuando fuese concertado «para realizar trabajos fijos y periódicos [repetidos en fechas ciertas] dentro del volumen normal de actividad de la empresa», mientras que reservaba el [artículo 16 del ET](#) para la de fijeza discontinua no reiterada en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Ante este escenario, la doctrina jurisprudencial –[STS de 14 de julio de 2016, rec. 3254/2015](#), aun en relación con otra cuestión– ha entendido que, en el régimen jurídico de Seguridad Social, la figura del trabajo fijo discontinuo es regulada como una modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, a diferencia del régimen laboral recogido en el ET –que desdoblaba en el [art. 12.3](#) y [art. 15.8](#) (hoy [art. 16](#)) del ET–. El [artículo 245.2 de la LGSS](#) refleja esta equiparación entre el trabajo parcial y el fijo discontinuo, lo que implica una desventaja protectora, en especial en el acceso a la jubilación parcial.

En cuanto a la petición de mejoras de protección social expresada en la reforma laboral, continúan sin solución legal varias deficiencias prestacionales. Es el caso de las derivadas del cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal de las personas con un contrato fijo discontinuo, de modo especial en el sector agrario. De ahí que también [los sindicatos pidan que estos temas se incluyan en la nueva fase de reforma](#). Sin embargo, algunos aspectos de las modalidades de jubilación anticipada y/o parcial deberían revisarse para hacer más creíble la identificación legal pretendida de la indefinición discontinua con relaciones de trabajo, no solo realmente estables laboralmente, sino también suficientemente protegidas en el sistema de Seguridad Social, en general, y de pensiones, en particular, incluida la jubilación en todas sus modalidades contributivas, sin que sea suficiente el reconocimiento del acceso al subsidio de prejubilación o para personas mayores de 52 años ([RDL 3/2022, de 1 de marzo, que modifica el art. 277 LGSS](#) para eliminar la anterior prohibición de acceso).

En este sentido, debe recordarse que, al margen del referido derecho transitorio que mantiene regímenes privilegiados de estas modalidades de pensión de jubilación –que tienden a verse de forma sospechosa en un contexto de promoción de la jubilación diferida o demorada, dados sus altos costes ([Molina Navarrete, 2022, pp. 149 y ss.](#))–, la regulación del [artículo 207 de la LGSS](#), así como del [artículo 215](#) del mismo texto legal, ha ido endureciendo los requisitos de acceso a la misma. Así ha sucedido tanto con la edad como con los periodos de carencia exigidos, manteniéndose exigentes condiciones en aras de reforzar su carácter contributivo, incluyendo un largo periodo de permanencia o antigüedad en la empresa anteriores a la fecha de jubilación –6 años inmediatamente anteriores–.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

En el supuesto de hecho que motiva la [STS 622/2022, de 6 de julio](#), un trabajador fijo discontinuo comenzó a percibir la prestación por desempleo correspondiente a un periodo de inactividad en fecha 31 de julio de 2015, extinguiéndose su contrato el 21 de marzo de 2016 por un despido colectivo. El 20 de abril de 2016 solicitó la pensión de jubilación anticipada, que fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), porque consideró que el plazo de 6 meses como demandante de empleo debía computarse desde la fecha de la baja en la empresa: el 21 de marzo de 2016. De este modo, el INSS negó que se computara la situación de desempleo correspondiente al periodo de inactividad.

Interpuesta demanda, fue estimada en la instancia y revocada en suplicación, por entender que el periodo de inactividad no cumple el requisito exigido por el [artículo 207.1 b\) de la LGSS](#), pues, en otro caso, contrariaría la finalidad de la norma de que la persona trabajadora no solicite la pensión de jubilación anticipada inmediatamente después de iniciar la situación legal de desempleo ex [artículo 267.1 b\) de la LGSS](#), acreditando búsqueda activa de empleo un tiempo mínimo razonable, de conformidad con el [artículo 266 c\) de la LGSS](#).

El trabajador formuló recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo, en el que denuncia la infracción de los artículos [207 de la LGSS](#), [3 del Código Civil](#) y [9.3 de la Constitución española](#). El Ministerio Fiscal se mostró favorable a la desestimación del recurso. Se invoca como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2019 (rec. 1151/2018), que mantiene que el requisito legal se cumple porque la lectura literal de la norma no implica que los 6 meses se computen necesariamente desde la fecha de extinción de la relación laboral, de modo que en la fecha de la solicitud el demandante cumplía la exigencia temporal del citado [artículo 207.1 b\) de la LGSS](#), por lo que estima la demanda.

En el asunto de la [STS 641/2022, de 12 de julio](#), una trabajadora prestaba servicios como oficial de segunda, en actividad fija discontinua en fechas no ciertas. El 18 de diciembre de 2018 suscribió con la empresa un contrato a tiempo parcial del 25 % de jornada, asociado a un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo. Solicitado al INSS el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, asociada a contrato de relevo, le fue denegada por la entidad gestora. Formulada demanda, fue estimada por el juzgado de lo social, ante la que la entidad gestora planteó recurso de suplicación, que confirmó aquella, pues para la sala el personal fijo discontinuo con actividad en fechas no ciertas lo es a tiempo completo, no asimilable al régimen a tiempo parcial, atendida la regulación de los artículos [12](#) y [16](#) del ET en la versión anterior a la reforma laboral de 2021 –que [ha derogado el art. 12.3 ET](#)–, de quienes la tienen imprevista.

3. Doctrinas jurisprudenciales fijadas: síntesis de los razonamientos jurídicos

Afirmada en ambos casos la contradicción, el recurso de unificación de doctrina se resuelve en sentido diverso. Así, para la [STS 622/2022, de 6 de julio](#), el [artículo 207.1 b\) de la LGSS](#) no exige que haya una solución de continuidad entre la extinción del contrato de trabajo y la jubilación anticipada. Si el cómputo del tiempo en que se percibió la prestación por desempleo mientras la relación laboral estaba suspendida no se excluye a efectos del cumplimiento del requisito del [artículo 207.1 b\) de la LGSS](#), la misma conclusión deberá darse a los periodos de inactividad del personal fijo discontinuo.

Por lo tanto, puesto que el trabajador estuvo en situación legal de desempleo durante un periodo de inactividad de su contrato de trabajo fijo discontinuo, sin solución de continuidad se extinguió la relación laboral y posteriormente solicitó la jubilación anticipada:

[...] la aplicación del tenor literal del artículo 207.1 b) de la LGSS obliga a concluir que se ha cumplido la exigencia legal de encontrarse inscrito como demandante de empleo durante 6 meses, siendo irrelevante que parte de dicho plazo correspondiera a un periodo de inactividad (FJ 3.º, punto 5).

Por su parte, la [STS 641/2022, de 12 de julio](#), no reconoce la pretensión de la trabajadora fija discontinua, estimando el recurso de unificación de doctrina a favor de la entidad gestora. Señala la sala que una persona trabajadora fija discontinua cuya actividad se desarrolla en fechas inciertas no puede acceder a la jubilación parcial, vinculada a un contrato de relevo, porque, en este ámbito de protección, no tiene encaje en la jubilación parcial, «al no atender un trabajo a tiempo completo». La sala hace una clara distinción entre el régimen laboral anterior a la reforma laboral y el propio de Seguridad Social. Así, no cuestiona la diversidad que la actividad fija discontinua pueda tener en el marco de la regulación del contrato de trabajo, en el que, claramente, la ley –hasta la [derogación del art. 12.3 por RDL 32/2021, de 28 de diciembre](#)– asumió de forma plena la diferencia. No obstante, incide en que no estamos en el régimen laboral, sino en la relación jurídica de Seguridad Social:

[...] que se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen laboral [...]. Y esa configuración de la protección no distingue entre [personas trabajadoras fijas discontinuas], sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre [ellas] en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas.

Siendo ello así, la sala ya ha venido señalando [SSTS de [25 de junio de 2012, rec. 2881/2011](#), y de [12 de abril de 2011, rec. 1872/2010](#), niegan la posibilidad de jubilación parcial a los contratos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas] que la jubilación parcial está destinada a [las personas trabajadoras] que atienden una actividad a tiempo completo [debiendo incluirse los contratos a tiempo completo fijos discontinuos], pasando a desempeñar una actividad a tiempo parcial (FJ 2.º).

Interesa destacar, respecto de esta sentencia, el voto particular discrepante que mantiene que debió apreciarse la inexistencia de contradicción. Así, señala este que existen notables similitudes entre las resoluciones comparadas, puesto que en ambas se trata de personas trabajadoras que solicitan la jubilación parcial desde la prestación de servicios con contratos fijos discontinuos no cíclicos o irregulares (que no se repiten en fechas ciertas), discutiéndose si se puede acceder a la jubilación parcial. No obstante, considera que no puede apreciarse la existencia de contradicción, pues la trabajadora recurrente, entre el 1 de marzo de 2017 y el 18 de diciembre de 2018 (fecha del hecho causante), habría trabajado de forma ininterrumpida a jornada completa, constando acreditado en relación con periodos anteriores en los que la trabajadora prestó servicios para la demandada, que lo hacía siempre a tiempo completo. En cambio, tal dato no constaría en la sentencia de contraste. De ahí que, concluye el voto particular:

[...] en la sentencia recurrida se considere que se accede a la jubilación parcial desde el contrato a tiempo completo y no así en la sentencia de contraste, sin que como consecuencia de dicho extremo puedan considerarse los fallos contradictorios cuando en la sentencia recurrida se reconoce la jubilación parcial por

considerarse que la prestación de servicios era a tiempo completo, mientras que en la sentencia de contraste se deniega la jubilación parcial por no acreditarse la prestación de servicios a tiempo completo.

4. Trascendencia de las doctrinas jurisprudenciales más allá de los casos concretos

Resulta evidente la trascendencia teórica y práctica de las doctrinas de unificación que se han reseñado, en sí mismas, y sin duda también al hilo de la actualidad, legislativa y sociolaboral, de los contratos fijos discontinuos, así como de las diferencias legales con los indefinidos a tiempo parcial, siendo ambas modalidades de trabajo indefinido las principales referencias del mercado de trabajo. El gran aumento de ambas modalidades, un 104 % más en noviembre de 2022 respecto del mes anterior de los indefinidos a tiempo parcial –más del doble– y, sobre todo, el extraordinario crecimiento de los fijos discontinuos –cinco veces más: un 526 %–, está favoreciendo las denuncias de «maquillaje» y «distorsión» de los datos del paro en nuestro mercado de trabajo, pues siguiendo una regulación arraigada, previa a la reforma laboral, la inactividad da lugar a la situación legal por desempleo, pero no computan en los registros de personas desempleadas, porque mantienen el contrato¹.

Con todo, al margen de estas críticas, por lo que aquí interesa, es relevante que el Tribunal Supremo convalide la visión del periodo de inactividad como expresivo de una situación de protección social real o efectiva más allá del desempleo. Concretamente, como se ha expuesto, a los efectos de acreditar el requisito de antigüedad en la empresa para acceder a la jubilación anticipada ex artículo 207.1 b) de la LGSS –jubilación anticipada involuntaria, pues tal requisito no se exige para la voluntaria ex art. 208 LGSS–. Una doctrina jurisprudencial que es coherente con la previsión del artículo 16.6 del ET y cuyo objetivo es proteger todo el tiempo de vinculación de la persona fija discontinua, no el efectivo de trabajo, salvo que concurren un tipo de condiciones de empleo y de trabajo que, por su naturaleza, exijan una valoración ajustada al principio de proporcionalidad. Asimismo, esta protección integral también puede apreciarse en la doctrina jurisprudencial relativa a la obligación de las empresas de realizar el llamamiento incluso en tiempo de suspensión por incapacidad temporal, so pena de despido –hasta hoy improcedente, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar en estos casos la nulidad conforme al nuevo art. 2 Ley 15/2022, de 12 de julio–, de conformidad con la STS 53/2022, de 20 de enero.

¹ De los 615.236 contratos indefinidos firmados en noviembre de 2022 (un 117,4 % más que hace un año, si bien únicamente agrupan el 43 % del total), solo 252.714 fueron a tiempo completo y 149.575 se firmaron a tiempo parcial, más del doble que un año antes (+ 104,5 %). Además, 212.947 fueron los conflictivos contratos fijos discontinuos.

Por otra parte, el [artículo 215.1 de la LGSS](#) no exige la condición de trabajar a tiempo completo antes de acceder a la jubilación parcial sin necesidad de contrato de relevo, por tanto, diferida, previamente a cumplir la edad ordinaria de jubilación ex [artículo 205 de la LGSS](#) y con reducción sobrevenida de la jornada entre un 20 y un 50 %. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial, atendiendo a la evolución precedente de la legislación de Seguridad Social –[Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#)–, lo ha venido exigiendo, en virtud del apartado 2, relativo a la modalidad de jubilación parcial anticipada, es decir, exige contrato de relevo. Por lo tanto, el concepto de trabajo a tiempo completo a efectos de la legislación de Seguridad Social diverge respecto del laboral, de modo que resultan autónomos. Así, para la jurisprudencia:

[...] no se está fijando en una actividad entendida como servicios que solo se producen en fechas inciertas del año, sino a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua [...]. Lo que prima [...] no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa (además de la [STS 641/2022, de 12 de julio](#), los precedentes de la misma más recientes: [SSTS 633/2022, de 7 de julio](#), y [615/2022, de 6 de julio](#) –en relación con una jubilación parcial anticipada para personas fijas discontinuas–).

La doctrina jurisprudencial considera, tratándose la jubilación parcial anticipada de «una medida excepcional», que ambos tipos de trabajos discontinuos fueron asimilados por la ley a trabajos parciales. La [STS 606/2022, de 5 de julio](#), revocatoria de la de suplicación, ha mantenido una interpretación contraria a esta asimilación legislativa entre la fijeza discontinua y la parcialidad a efectos de la jubilación parcial ([art. 245.2 LGSS actual](#), [disp. adic. séptima LGSS/1994](#); [RD 1131/2002, de 31 de octubre](#)), considerando que:

[...] no solo conduciría al absurdo, sino que, además, carecería de lógica y justificación. En efecto, en la mecánica de la diferenciación entre ambos tipos de trabajos discontinuos, podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabaja 3 meses al año, sí pudiera [...] (FJ 3.º, punto 5).

Como es sabido, la reforma laboral parece apuntar en esta misma dirección, al [derogar el artículo 12.3 del ET](#) y, en consecuencia, también laboralmente reconducir ambas modalidades al [artículo 16 del ET](#). Aunque el [artículo 16.5 del ET](#) prevé claramente la diferencia entre la modalidad de contratos fijos discontinuos a tiempo completo –la regla– y la de fijeza discontinua parcial –la excepción–, para cuando así lo prevea expresamente un convenio colectivo, la doctrina jurisprudencial sobre la jubilación parcial anticipada se mantendrá, con la perpetuación de esta desventaja de protección social. Una exclusión que, también vista desde la doble perspectiva comunitaria de la igualdad de trato, del trabajo a tiempo parcial en general y en perspectiva de género particularmente, no deja de suscitar muchas dudas.

Accidente de trabajo y teletrabajo: casuística y dificultades prácticas

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 988/2022, de 25 de febrero**

Pilar Conde Colmenero

Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad.

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

ESIC Business & Marketing School (Valencia, España)

Universitat Jaume I (Castelló, España)

colmener@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-2199-1969>

Extracto

La normativa actual no establece disposiciones específicas sobre la aplicación de la tradicional figura del accidente de trabajo (art. 156 Ley general de la Seguridad Social) a la prestación de servicios en régimen de teletrabajo (ni la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, ni el RDL 29/2020, lo hacen), por lo que los juzgados y tribunales (como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia) se están ocupando de resolver la casuística existente, marcando criterios interpretativos que, en caso de divergencia, tendrá que casar el Tribunal Supremo.

Palabras clave: accidente de trabajo; teletrabajo; presunción de laboralidad; relación de causalidad; tiempo y lugar de trabajo; *ius tantum*; casuística.

Recibido: 12-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Conde Colmenero, P. (2023). Accidente de trabajo y teletrabajo: casuística y dificultades prácticas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 988/2022, de 25 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 175-184. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10275>

Work accident and teleworking: casuistry and practical difficulties

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice
of Galicia 988/2022, of 25 February

Pilar Conde Colmenero

Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad.

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

ESIC Business & Marketing School (Valencia, España)

Universitat Jaume I (Castelló, España)

colmener@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-2199-1969>

Abstract

The current regulations do not establish specific provisions on the application of the traditional figure of the accident at work (art. 156 General Social Security Act) to the provision of services under a teleworking regime (neither Law 10/2021, on remote work, nor RDL 29/2020, do so), so that the courts and tribunals (as is the case of the Galician Superior Court of Justice) are dealing with resolving the casuistry that exists, setting interpretive criteria that, in case of divergence, the Supreme Court will have to match.

Keywords: accident at work; teleworking; presumption of employment; causal relationship; time and place of work; *iuris tantum*; casuistry.

Received: 12-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Conde Colmenero, P. (2023). Work accident and teleworking: casuistry and practical difficulties. Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Galicia 988/2022, of 25 February. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 175-184. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10275>

1. Marco normativo del trabajo a distancia y ausencia de previsiones específicas en relación con el accidente de trabajo

Hasta la abrupta irrupción del coronavirus y la fuerte transformación que la pandemia desencadenó en los modos y formas de organización del trabajo, en nuestro país la prestación de servicios a distancia era aún poco representativa, ya que su presencia se concentraba en determinados sectores de actividad y en ciertas ocupaciones y puestos más proclives a su uso, o era utilizada innovadoramente en algunas empresas y Administraciones públicas que apostaban por marcar tendencia tecnológica en la gestión de los recursos humanos y la modernización de las fórmulas organizativas de trabajo. Bien es cierto que, en el contexto europeo y mundial, el potente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como la expansión de internet, ya hacían más que posible el trabajo a distancia a través de medios telemáticos, de manera que en las primeras décadas del siglo XXI el teletrabajo era una realidad incontestable, sin que por supuesto se hubiesen alcanzado nunca las elevadas cotas vividas durante la crisis sanitaria de la COVID-19.

En España, pese a las posibilidades de flexibilidad que otorgaba el teletrabajo y a las importantes herramientas telemáticas desarrolladas durante el nuevo milenio, esta emergente forma de organización del trabajo no terminaba de desplegar todas sus posibilidades. Fue la necesidad impuesta por el confinamiento iniciado en marzo de 2020 la que obligó a echar mano de ella de manera urgente (con celeridad y ciertas dosis de improvisación), la que dio el pleno espaldarazo al trabajo a distancia y la que abrió decididamente las puertas al desarrollo de nuevos *software* que permitieran el máximo aprovechamiento, aplicación y garantías técnicas al trabajo desempeñado a través de medios telemáticos. A la altura de 2023, el uso del teletrabajo se ha consolidado en nuestro país y se ha vuelto especialmente atractivo el empleo del modelo híbrido o mixto (50/50), toda vez que empresas y personas trabajadoras han ido apreciando y sopesando en sus justos términos las bondades y (también) las dificultades que entraña la implementación de esta modalidad de prestación de servicios. No obstante, el desafío estaba servido y se hacía necesaria una regulación específica (suficiente y garantista) del trabajo a distancia que salvase la parca redacción del [artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#); un precepto legal que (reformulado en 2012) había servido para ordenar los aún escasos empleos desempeñados en remoto y, sobre todo, el tipo de trabajo a distancia más común hasta la llegada del coronavirus¹: el realizado

¹ La [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para acoger el trabajo realizado a través de medios telemáticos, que quedó definido en el [artículo 13 del ET](#) (aprobado por el RDleg. 2/2015, de 23 de octubre).

fuera del centro de trabajo habitual, sin el control directo empresarial y que se encontraba concentrado en sectores de actividad y territorios geográficos concretos.

Como a nivel mundial se había vislumbrado la relevancia que podría alcanzar el trabajo ejercido a través de medios telemáticos, durante años se sucedieron los referentes legales que (tímidamente) deseaban ordenar esta modalidad de prestación de servicios, estableciendo unos mínimos regulatorios que favoreciesen la implementación de esta fórmula flexible de trabajo y que, a la vez, evitasen posibles abusos empresariales y vulneraciones de derechos laborales. Así, en el plano internacional, europeo y nacional hay que reconocer la relevancia de precedentes como el [Convenio número 177, sobre trabajo a domicilio \(1996\), de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#)², la [Recomendación número 184, sobre el trabajo a domicilio \(1996\), de la OIT](#), el [Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, de 2002 \(revisado en 2009\)](#), la [Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

A estos antecedentes se han sumado las dos normas españolas que regulan hoy el teletrabajo, en el sector privado y el sector público: de un lado, la [Ley 10/2021, de 9 de julio](#), sobre trabajo a distancia (una vez fue [convalidado en el Congreso el RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia), y, de otro lado, el [Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre](#), de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ([que modificó el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–, añadiendo el art. 47 bis sobre teletrabajo](#)). A pesar de este acervo normativo, actualmente no existen previsiones relativas a la protección social de las personas teletrabajadoras ni, en particular, en lo atinente al accidente de trabajo que pueda acaecer en este ámbito de prestación de servicios. Salvedad hecha de las referencias concretas a ciertas cuestiones de Seguridad Social que contiene el [Convenio número 177 de la OIT](#) (la letra e) del art. 4 menciona expresamente que la igualdad de trato entre quienes trabajan a domicilio y el resto de las personas trabajadoras debe fomentarse, en particular, respecto de «la protección por regímenes legales de la Seguridad Social») y la [Recomendación número 184 de la OIT](#) (cuyos arts. 25 y 26 aluden, respectivamente, a que las personas trabajadoras a domicilio deberían recibir protección en materia de Seguridad Social y a que la legislación nacional sobre la protección de la maternidad se les debiera aplicar), existe un mutismo normativo generalizado respecto del accidente de trabajo en la esfera del teletrabajo. Extrañamente, algún convenio colectivo reciente contiene referencias reseñables al accidente de trabajo durante la situación de teletrabajo. Así el acuerdo tercero, punto 7, del Acuerdo Marco colectivo de trabajo a distancia –teletrabajo– en el grupo mercantil BME, señala que:

² Con entrada en vigor para España el 25 de mayo de 2023.

Las partes son conocedoras de que únicamente tendrá la consideración de trabajo, y, por tanto, tendrá cobertura por parte de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradora de la Seguridad Social de las compañías, aquellas situaciones de accidente que se produzcan con ocasión o por consecuencia de la realización del trabajo³.

En particular, la [Ley 10/2021](#), de trabajo a distancia, no contempla esta importante vertiente jurídica de tutela, ni tampoco, en el ámbito de las Administraciones públicas, el [Real Decreto-Ley 29/2020](#) recoge ninguna previsión concreta que sirva para abordar las particularidades que puede presentar el accidente o la enfermedad sufridos en esta modalidad de trabajo *online*. Esta ausencia es llamativa por cuanto sí se han abordado legalmente (aunque de manera escasa, a nuestro parecer) aspectos de seguridad y salud en el trabajo, íntimamente vinculados a la vertiente de Seguridad Social. En efecto, la [Ley 10/2021](#) denota una concienciación (aunque sea básica) sobre las dificultades que podrá entrañar la prevención de riesgos en el trabajo en remoto (arts. 15 y 16, sobre la aplicación de la normativa preventiva y la evaluación de riesgos, respectivamente) y una cierta sensibilidad frente a ciertos riesgos laborales propios del teletrabajo (en particular, los de carácter psicosocial como el tecnoestrés o la fatiga informática, ex art. 16.1); sin embargo, la misma norma demuestra una falta de previsión para cuando las medidas preventivas devienen ineficaces y ha de entrar en juego la figura del accidente de trabajo, en protección de la persona que presta servicios por medios telemáticos. Hay que entender que el legislador español ha optado por no entrar en cuestiones cruciales de Seguridad Social, como la del accidente de trabajo⁴, tal vez porque prefiere desentenderse de este espinoso asunto y hacer caso omiso de las particularidades que presenta la extrapolación sin más de esta tradicional figura (recogida en el [art. 156 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)) al ámbito del teletrabajo, provocando con este silencio que, en caso de controversia, sean los tribunales los que se vean obligados a resolver la enorme y compleja casuística que, de seguro, se irá presentando e ir marcando, con el paso del tiempo, criterios interpretativos que eviten una excesiva judicialización. Seguramente, hubiera sido recomendable una reforma de la normativa de Seguridad Social que adaptase el accidente de trabajo a las nuevas realidades del teletrabajo existentes en 2022, de manera que se simplificara el debate judicial y se hiciera innecesaria la labor unificadora de doctrina del Tribunal Supremo (TS), que, por lo que se puede entrever en los varios pronunciamientos que han visto la luz recientemente, acabará teniendo que llegar.

Hasta la fecha, además de la sentencia que nos ocupa (donde se desestima la calificación de accidente de trabajo), se han dictado contados pronunciamientos judiciales

³ Anexo VIII del [Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles](#) (BOE de 23 de septiembre de 2022).

⁴ En países como Francia, Bélgica, Alemania y Portugal se ha optado por efectuar algunas escuetas precisiones legales relativas a la protección de las personas teletrabajadoras frente a los accidentes de trabajo, clarificando la situación legal de los accidentes ocurridos en el domicilio durante el horario laboral y apuntalando el derecho a la reparación de los daños que estos pudieran ocasionar.

sobre siniestros padecidos por personas que estaban teletrabajando (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– del País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre; Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 3 de Girona 199/2021, de 12 de noviembre; y SJS núm. 1 de Cáceres 297/2022, de 26 de octubre). Siendo casos diferentes todos ellos, con circunstancias fácticas y procesales distintas unas de otras, los varios fallos judiciales han obligado a jueces, juezas, magistradas y magistrados a realizar una relectura e interpretación del clásico concepto legal de accidente de trabajo y a efectuar un repaso de los criterios jurisprudenciales asentados. Todo ello para conseguir una actualizada y adecuada aplicación de esta tradicional figura a las modernas situaciones de prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Es previsible que, con la expansión y generalización de las nuevas formas descentralizadas de organización del trabajo (sobre todo las que se desarrollan a través de las tecnologías de la información y la comunicación), la siniestralidad en el ámbito del teletrabajo vaya a más. Y será fácil que, consecuencia de la falta de una apropiada reforma normativa del accidente de trabajo, gran parte de los casos devengan en litigios que requieran de la intervención judicial para conseguir su pacificación última. Los escasos pronunciamientos judiciales existentes no son sino una muestra de la amplia casuística que se avecina y, también, un reflejo de algunas de las principales dificultades prácticas que tocará resolver en sede judicial.

2. Breve descripción del supuesto de hecho

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia conoce, en suplicación, del recurso contra la sentencia dictada en instancia (por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense), que desestimó la reclamación de una ingeniera de montes que prestaba servicios para la Consejería del Medio Rural y que reclamaba el reconocimiento de incapacidad temporal (IT) por contingencia derivada de accidente de trabajo respecto de la patología a nivel del hombro izquierdo que padeció, el día 11 de mayo de 2020, cuando estaba teletrabajando y sufrió un «tirón agudo» al moverse para coger una segunda pantalla de ordenador. En primera instancia, la trabajadora demandó al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a la citada consejería y a Ibermutua Gallega por estar en desacuerdo con la determinación de contingencia por enfermedad común de la lesión que sufrió mientras desarrollaba la actividad laboral en su domicilio. Son hechos probados consignados en la sentencia de instancia que la demandante teletrabajaba en su domicilio el día 11 de mayo de 2020, con una jornada diaria de 7 horas y media, en la franja de 7:30 h a 20:00 h; que a las 9:15 h remite un correo y que a las 9:41 h acude a Ibermutua Gallega aquejada de un dolor en el hombro izquierdo donde se aprecia acromion horizontalizado con artropatía AC, que le provocó la baja por IT hasta el 9 de julio de 2020.

El TSJ, una vez analizados y rechazados los dos motivos alegados en suplicación por la trabajadora (uno en petición de revisión fáctica y otro denunciando infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [art. 156.1 y 3 LGSS](#)), desestima el recurso y confirma la sentencia

de instancia al entender que en modo alguno queda acreditado que la lesión corporal padecida ocurriera en tiempo y lugar de trabajo. En consecuencia, el tribunal entiende que no opera la presunción de laboralidad y que tampoco queda demostrada la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión en el hombro que dio lugar a la baja, además de valorar negativamente que la trabajadora haya ofrecido diferentes versiones sobre el mecanismo lesional que causó el proceso de IT.

3. Puntos clave de la decisión judicial y consecuencias prácticas: dificultades probatorias en las situaciones de teletrabajo y reconsideración de aspectos legales y jurisprudenciales asentados

El fallo del TSJ de Galicia pone de relieve una de las principales y más comunes problemáticas que se pueden suscitar en torno al accidente de la persona que trabaja telemáticamente en su domicilio (y que, siendo una cuestión clásica que subyace en todo accidente de trabajo, preocupa menos a quienes prestan servicios presencialmente en el centro de trabajo): la prueba de los requisitos establecidos en el [artículo 156 de la LGSS](#). El párrafo 1 de este precepto exige la concurrencia de tres elementos en el accidente de trabajo: 1) lesión; 2) trabajo por cuenta ajena; y 3) relación de causalidad entre lesión y trabajo. Estos elementos han sido «generosamente interpretados desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo en aras de la máxima protección del trabajador» (según señala la [SJS núm. 1 de Cáceres 297/2022, de 26 de octubre](#), que reconoce como accidente de trabajo la caída de una teleoperadora en el pasillo de su casa al acudir al baño). A mayor cobertura y tutela, por mor de lo dispuesto en el [artículo 156.3 de la LGSS](#), se presume que existe nexo causal entre lesión y trabajo (presunción de laboralidad) cuando la persona trabajadora, salvo prueba en contrario, sufra las lesiones durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Tal presunción se extiende no solo a los accidentes, sino incluso también a las enfermedades, siempre que por su propia naturaleza puedan ser causadas y desencadenadas por el trabajo –Sentencia del TS ([STS](#)) de [22 de diciembre de 2010, rec. 719/2010](#)– (siendo las lesiones cardiacas unas de las enfermedades sobre las que ha venido operando la presunción de laboralidad –[STSJ de Cataluña 3306/2012, de 4 de mayo](#), y [STS de 20 de octubre de 2009, rec. 1810/2008](#)–; doctrina judicial que se ha aplicado recientemente al régimen del teletrabajo en la [SJS núm. 3 de Girona 199/2021, de 12 de diciembre](#), que califica de accidente de trabajo el ictus sufrido por una auxiliar administrativa que teletrabajaba desde su domicilio, y en la [STSJ del País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre](#), donde el infarto mortal padecido por un comercial que trabaja desde su casa es reconocido como accidente laboral).

Pues bien, la decisión judicial del TSJ de Galicia comentada en estas páginas confirma la sentencia de instancia al entender que en el supuesto de autos no queda acreditado que la lesión corporal sufrida por la teletrabajadora (patología del hombro) se produzca «con ocasión

o por consecuencia del trabajo» (en alusión al nexo causal exigido por el [art. 156.1 LGSS](#)), ni que acaece «durante el tiempo y en el lugar de trabajo» (como requiere el [art. 156.3 LGSS](#) para que opere a favor de la persona accidentada la presunción, *iuris tantum*, de laboralidad), tal como la mutua había cuestionado. El pronunciamiento señala que no queda probado:

[...] que el problema en el hombro ocurriera o se desencadenara en su domicilio, pues como señala la juzgadora de instancia, los correos se pueden mandar desde cualquier lugar, y aunque ocurriera en su domicilio, no se acredita que fuera en el lugar donde desarrolla su trabajo, y además tampoco se ha acreditado que realmente el accidente fuera moviendo una pantalla de ordenador y no haciendo otra cosa ajena a su trabajo (FJ 3.º).

Así, en este caso, la cuestión probatoria adquiere un papel tan crucial y determinante que provoca el fallo desfavorable a las pretensiones de la teletrabajadora lesionada, toda vez que la mutua había puesto en cuestión, de raíz, que el accidente ocurriera en tiempo y lugar de trabajo. Ciertamente es que la acreditación de la relación de causalidad y de que la lesión se produce en tiempo y lugar de trabajo reviste mayores dificultades probatorias cuando se teletrabaja que cuando se prestan servicios de forma presencial (por ausencia de testigos, por la complejidad para determinar si el accidente se produce en el domicilio o en el lugar alternativo establecido en el acuerdo de teletrabajo y no en otra ubicación –segunda residencia u otro sitio improvisado–, por dependerse técnicamente de los mecanismos digitales de control de la jornada laboral, por la posibilidad de que ocurra en distintas dependencias domiciliarias y durante los descansos previstos legalmente dentro de la jornada –[art. 34.4 ET](#)–, etc.). Como la jurisprudencia ha venido exigiendo tradicionalmente, la presunción legal del [artículo 156.3 de la LGSS](#) entra en juego cuando, salvo prueba en contrario, concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo. Por ello, quien desea verse favorecido por dicha presunción ha de preocuparse ineludiblemente de probar el hecho básico de que la lesión se produce en lugar y en tiempo de trabajo; si bien, «con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo» ([STS de 3 de diciembre de 2014, rec. 3264/2013](#)). Sin embargo, como ha quedado apuntado, no se puede obviar que la probanza de tal extremo es mayor en las situaciones de teletrabajo.

En efecto, el teletrabajo ha difuminado la frontera entre el accidente de trabajo y el accidente común al desdibujar conceptos (hasta ahora más nítidos) como el tiempo y lugar de trabajo, que a su vez son basamento de la presunción de laboralidad. No cabe extrañarse, en exceso, de algunas de las eventuales consecuencias perniciosas aparejadas al trabajo *online*, puesto que, desde una perspectiva prevencionista o de conciliación, ya se había comprobado que el teletrabajo desvanecía de manera preocupante los límites entre la jornada de trabajo y el descanso, entre el lugar de trabajo y el domicilio, y, por ende, entre la vida familiar y personal y la vida laboral; motivo por el que se hizo imprescindible reconocer el derecho a la desconexión digital ([art. 20 bis ET](#)). Por tanto, habrá que exigir a la persona teletrabajadora la ineludible prueba que posibilita que entre en juego la protectora presunción

de laboralidad, evitando posibles abusos en la aplicación generalizada de dicho mecanismo a cualquier momento (que no sea de trabajo efectivo y constante la jornada laboral) y a cualquier lugar (diferente al identificado en el acuerdo de teletrabajo), aunque también será clave avanzar en aspectos que clarifiquen y faciliten la acreditación de los extremos relativos al lugar y tiempo. En este sentido, los acuerdos de teletrabajo tenderán a ser cada vez más precisos a la hora de determinar las herramientas de registro de la jornada y su funcionamiento, el tipo de controles empresariales de la actividad laboral usados, así como la concreción del lugar de trabajo elegido por quien trabaja *online* (domicilio habitual u oficina a distancia, con exclusión de segunda residencia o ubicaciones ocasionales), para intentar matizar de manera más objetiva y garantista todo lo relativo al «lugar y tiempo de trabajo» en remoto; y, por otra parte, también la negociación colectiva entrará a regular todos estos aspectos que pueden ser fuente de conflicto en caso de accidente durante el teletrabajo.

Mientras eso ocurre, ayuda que queden clarificados judicialmente ciertos siniestros padecidos por personas teletrabajadoras, cuya etiología laboral resultaría menos discutible si se produjeran en el marco del trabajo presencial, donde se cuenta con jurisprudencia elaborada, desde hace años, en relación con el [artículo 156 de la LGSS](#) (por ejemplo, accidentes al acudir al baño, durante la «pausa del bocadillo» –[STS 670/2020, de 16 de julio](#)– o al salir a tomar un café en el descanso –[STS 1052/2018, de 13 de diciembre](#), que, en aplicación de la teoría de ocasionalidad relevante, mantiene que «el nexo causal nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria»–). Es el caso resuelto en la [SJS número 1 de Cáceres 297/2022, de 26 de diciembre](#), que declara accidente de trabajo el padecido por la teleoperadora que, estando desarrollando la actividad laboral en su domicilio, tropieza y cae al suelo al volver del aseo, provocándose un «traumatismo en el codo y en la parrilla costal derecha». Ciertamente, como sostiene el juzgador en el fundamento de derecho quinto:

Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda [...]. La obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica, constante el desempeño de la jornada laboral, no puede enervar la presunción legal. No se trata aquí de hacer de mejor a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección.

4. Trascendencia de la doctrina asentada: necesidad de criterios jurisprudenciales sobre el accidente de trabajo en régimen de teletrabajo

La sentencia que ahora se analiza tiene relevancia sobre todo porque, a expensas de que el legislador facilite una normativa específica sobre el accidente de trabajo en régimen de teletrabajo, es perentorio que los juzgados y tribunales vayan forjando pautas judiciales que ayuden a la pacificación de las eventuales situaciones conflictivas, para que,

solo finalmente y en caso de divergencias, sea el TS quien ejerza su función unificadora de doctrina. La decisión del TSJ de Galicia es uno de los escasos pronunciamientos que existen sobre la materia, ya que ha transcurrido aún poco tiempo desde la generalización del teletrabajo, por lo que el número de fallos de instancia y en suplicación es todavía insuficiente. Pasados solo algo más de 2 años y medio desde el inicio de la pandemia, se cuenta con apenas cuatro sentencias donde se dilucide sobre la posible declaración de accidente laboral de una persona teletrabajadora.

Lo cierto es que la sentencia del TSJ de Galicia ha dejado clara la importancia probatoria de los ineludibles requisitos exigidos en el [artículo 156.1 y 3 de la LGSS](#), también en el caso de los accidentes de quienes teletrabajan, haciendo ver que no será sencillo acreditar ciertos extremos cuando se trabaja en remoto desde el domicilio y, sobre todo, cuando las mutuas colaboradoras pongan en tela de juicio las circunstancias en que se produce el siniestro. Hay que recalcar que lo fallado por el TSJ de Galicia ha intentado ser utilizado como precedente en el procedimiento que dio lugar a la [SJS número 1 de Cáceres de 26 de octubre de 2022](#), donde el juez de instancia razona tajantemente:

No enerva lo razonado el precedente que invoca la defensa de la mutua, STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2022, pues allí la pretensión del demandante que teletrabajaba no prosperó porque la lesión que sufrió en el hombro al coger una pantalla de ordenador no se demostró que aconteciera en tiempo y lugar de trabajo (FJ 6.º).

Además, tras la lectura de esta sentencia (y las demás dictadas sobre la materia), se es más consciente de que aún quedan abiertas otras cuestiones controvertidas que podrán ser ventiladas de futuro en sede judicial, como, por ejemplo, la posibilidad de que se planteen posibles supuestos de accidente *in itinere* en el marco del teletrabajo (cuando se ha optado por un modelo híbrido o mixto de trabajo presencial combinado con teletrabajo –previsto en particular para el empleo público, en el [art. 47 bis EBEP](#)– o, más peregrinamente, cuando la persona teletrabajadora se desplaza de piso, dentro del propio domicilio, para acudir a la zona donde tiene ubicada la oficina de teletrabajo) u otros supuestos fronterizos en los que concurren vida laboral y profesional, y que serán harto delicados de resolver.

El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado («no muerto»)

Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de **Cantabria 749/2022, de 31 de octubre**, y de **Extremadura 733/2022, de 31 de octubre**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

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

Extracto

La introducción en el sistema de pensiones públicas españolas del complemento de maternidad por contribución demográfica a la Seguridad Social (art. 60 Ley general de la Seguridad Social, en la versión de 2015) fue un gravísimo error de técnica legislativa, con altos costes sociales y económicos. Una vez fue declarado discriminatorio contra los hombres por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (diciembre de 2019), el retraso excesivo en realizar el debido cambio legal (RDL 3/2021, de 2 de febrero) agravó las disfunciones. La aplicación posterior por los tribunales sociales, en vez de contribuir a dotar de una mayor coherencia la institución, la ha convertido en cada vez más irracional. Por lo tanto, la derogación de esta regulación legal no ha impedido una enorme conflictividad judicial, con decenas de miles de asuntos pendientes de resolver, muchos de ellos en el Tribunal Supremo. La gestión administrativa de esta figura tampoco ha contribuido a su racionalización, al contrario, la resistencia de la entidad gestora a cumplir con los dictados jurisdiccionales, aunque discutibles, ha creado problemas adicionales, también la condena al pago de indemnizaciones por daños morales. Este comentario analizará las decisiones judiciales más recientes en la materia, en el contexto de una nueva reforma del complemento por reducción de la brecha de género.

Palabras clave: complemento de maternidad; Seguridad Social; reforma de pensiones; brecha de género; pensiones contributivas; juzgar con perspectiva de género; derecho vivo.

Recibido: 09-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado («no muerto»). Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre, y de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 185-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10267>

The demographic contribution supplement: legal nonsense of incessant judicial conflict even after its repeal ("not dead")

Regarding the Rulings of the High Court of Justice of Cantabria 749/2022, of 31 October, and of Extremadura 733/2022, of 31 October

Cristóbal Molina Navarrete

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

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

Abstract

The introduction into the Spanish public pension system of the maternity supplement for demographic contribution to Social Security (art. 60 General Social Security Act, in the 2015 version) was a serious error of legislative technique, with high social and economic costs. Declared discriminatory against men by the Court of Justice of the European Union (December 2019), the excessive delay for its mandatory legal reform (RDL 3/2021, February 2) increased the imbalances. The application by the social courts did not improve the coherence of the institution, on the contrary, they have made it more irrational. Therefore, the repeal of this legal regulation has not prevented enormous judicial conflict, with tens of thousands of matters pending to be resolved, many of them in the Supreme Court. Administrative management has not facilitated its rationalization either. The resistance of the managing entity to comply with the jurisdictional dictates, although debatable, has created additional problems, including the order to pay compensation for moral damages. This commentary will analyze the most recent judicial decisions on the matter, in the context of a new legal reform of the supplement to reduce the gender gap.

Keywords: maternity supplement; Social Security; pension reform; gender gap; contributory pensions; judge from a gender perspective; case law.

Received: 09-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). The demographic contribution supplement: legal nonsense of incessant judicial conflict even after its repeal ("not dead"). Regarding the Rulings of the High Court of Justice of Cantabria 749/2022, of 31 October, and of Extremadura 733/2022, of 31 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 472, 185-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10267>

Que acabe siendo impresa no hace que la sabiduría sea desposeída de su lentitud.

Todas las letras han de ser pronunciadas, y eso lleva tiempo.

Nada tiene más necesidad de un buen perfil que las letras.

Que al menos ellas entreguen precisión.

Cualquier letra es también palabra.

A. Cabrera (*Gracias, distancia*)

1. Marco normativo errático e *in fieri*: del «premio de natalidad» al complemento por brecha de género, cambio necesario, pero insuficiente

Llevamos unas semanas viviendo en España una enorme polvareda jurídico-penal, la de la aplicación de la polémica «ley del solo sí es sí» (cuando una norma se reduce a un nombre periodístico está condenada al fracaso antes de nacer y aplicarse), que ha levantado una intensa tormenta político-institucional. Deriva de la conjura de un doble déficit jurídico, en un contexto de crispación política extrema: de técnica legal, **que el Gobierno no quiere reconocer** («sostenella y no enmendalla»), uno, y de comprensión jurisdiccional del nuevo tiempo jurídico-social, otro, que tampoco la jurisdicción quiere afrontar debidamente, en el que el principio de igualdad de género tiene el mismo valor que el de **retroactividad penal favorable**, constitucional e internacionalmente. Por eso deben conciliarse en su aplicación, no sacrificarse uno en el altar del otro, pues poseen trascendencia jurídico-constitucional e internacional.

¿Y qué tiene que ver esta cuestión jurídico-política penal con un asunto de Seguridad Social? Aunque hagan mucho menos ruido mediático, sufrimos más de un asunto en el que esa doble conjunción de una mala técnica legislativa (en nuestro caso pésima), no corregida a tiempo por puro interés político, con un inquietante déficit de comprensión jurisdiccional, a comenzar por el gran pretor comunitario, también desde la perspectiva de género y su tensión con principios clásicos, ahora devenidos tradicionales en exceso, genera una aplicación de las leyes marcada por la incoherencia y la sinrazón. Y el gasto para el sistema y para el conjunto de la ciudadanía es enorme. Ese sería el caso del conocido como «complemento de maternidad», en la versión inicial del artículo 60 de la Ley general de la

Seguridad Social (LGSS) ([art. 50 bis LGSS/1994 añadido por Ley 48/2015, de 29 de octubre](#)), luego devenido, [por decisión inducida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\)](#), también de «paternidad». Pese a estar derogado y no desplegar efectos hacia el futuro (vigencia desde 1 de enero de 2016 a 3 de febrero de 2021), sustituido (más que sucedido o legatario) por el [nuevo complemento de reducción de la brecha de género](#) (RDL 3/2021, de 2 de febrero), continúa generando conflictividad judicial extraordinaria, acumulando centenares, sino miles, de decisiones muy costosas.

Cierto, como en el caso de la «ley del solo sí es sí», hay algunos efectos disfuncionales que no pueden corregirse con la reforma, por el debido respeto a elementales reglas o principios jurídicos (derecho transitorio y seguridad jurídica; irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos, etc.). Pero no menos verdad es que, de un lado, a mayor diligencia de reforma legal, menores son los costes del defecto de técnica legislativa, y, de otro, a mayor diligencia de hermenéutica jurisdiccional, la deficiencia es menor, tiene menos efectos prácticos, mientras que sucede lo contrario si la jurisdicción maximiza, en vía interpretativa, el déficit legislativo de regulación. Por supuesto que la ley tardó mucho tiempo en cambiarse (la disconformidad comunitaria es de finales del 2019, pero la contestación jurisdiccional interna es muy anterior, y el cambio normativo esperó, para su vigencia práctica, al 4 de febrero de 2021). Pero, por lo general (aunque veremos que, afortunadamente, no siempre ha sido así), el dislate legal se ha visto ampliado por dudosas interpretaciones jurisprudenciales maximalistas.

Ha sido el caso, por ejemplo, de la doctrina jurisprudencial unificada que, ante las variadas opciones interpretativas, concede la máxima retroactividad posible (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 487/2022, de 30 de mayo](#): el *dies a quo* de la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento sería la del hecho causante, pues desde entonces debió aplicarse la Sentencia del TJUE –[STJUE– de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA](#)). Decenas de sentencias de suplicación se dictan, todos los días (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Castilla y León/Valladolid de 9 de noviembre de 2022, rec. 2584/2021](#)), aplicando esa doctrina maximalista¹ del reconocimiento de un beneficio a miles de varones para los que, sin embargo, ni estaba previsto ni tiene razón de ser coherente, porque agrava el problema (brecha de género respecto a las pensiones) que la norma –originaria– decía querer corregir, aunque lo que hizo realmente es resucitar viejos «premios de natalidad». Este criterio jurisdiccional se ha convertido ya en práctica de gestión administrativa, al ser asumido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), a partir de los diversos informes de la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social (DGOSS), también erráticos en este ámbito, obligando a periódicas revisiones (por ejemplo, [Criterio técnico 35/2021, de 2 de diciembre](#) –que refiere también al Informe de la DGOSS de 1 de marzo de 2022–).

¹ Naturalmente, salvo que, por el transcurso de más de 5 años, una parte haya prescrito (por ejemplo, [STSJ de Cantabria 762/2022, de 4 de noviembre](#)).

No obstante, de nuevo, la conjunción de las resistencias administrativas a asumir las decisiones jurisdiccionales y lo errático, también lo tardío, de las revisiones de las pautas interpretativas administrativas no está saliendo gratis a la ciudadanía. Más bien, como vamos a ver en las resoluciones judiciales aquí comentadas, sale muy cara, demasiado. Un coste que amenaza con ser mayor si prospera ante el nuevo «oráculo de Delfos» de la justicia social, el del gran pretor comunitario (TJUE), el [Auto del TSJ de Galicia de 2 de febrero de 2022 \(rec. 3601/2021\)](#). En él se pide al TJUE que se pronuncie sobre (lo que se pide realmente es que repruebe y se abra la condena indemnizatoria contra) el [Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero](#), del INSS, que decidió, temerariamente, denegar por sistema las reclamaciones por varones del referido complemento, en tanto no hubiese cambio legal, obligando a reclamar judicialmente, anegando más, de paso, la saturada jurisdicción social (están pendientes de decisión firme más de 12.000 casos por esta cuestión, pese a lo claro de la interpretación jurisprudencial). Para la sala gallega de suplicación, esta práctica administrativa implicaría una discriminación directa por razón de sexo y, en consecuencia, como tal incumplimiento muy grave y culpable de la entidad, exigiría, junto al reconocimiento del complemento desde el hecho causante, el devengo de una indemnización de daños de reparación integral y disuasoria ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#)².

Tampoco es un tema puramente especulativo o de futuro (siempre incierto, si bien en este caso tengo para mí que es muy previsible la nueva condena del TJUE, con el consiguiente enésimo revés del gran pretor comunitario y la elevación de los costes para las personas de siempre, la ciudadanía). Una parte creciente de las doctrinas de suplicación social ya aplican el «plus indemnizatorio» por daños morales ante la decisión del INSS de no reconocer el complemento a los varones, aunque con una notable rebaja cuantitativa. Será el caso, como vamos a analizar, de la [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), que remite a otros precedentes de suplicación. Aunque la indemnización que se fija resulta, para el varón beneficiario, prácticamente simbólica (300 €), lo que no deja de plantear problemas de ajuste constitucional, para el conjunto del sistema puede llegar a tener un impacto relevante, por el enorme efecto multiplicador potencial.

Si bien el coste de este (caótico) complemento de maternidad y de las «generosas» interpretaciones judiciales (que contribuyen a su aplicación disfuncional –e ineficaz para el fin de la reducción de la brecha de género en pensiones–) recae en las arcas públicas, tampoco las empresas quedan al margen completamente. Así, por ejemplo, la [STSJ del País Vasco 264/2022, de 8 de febrero](#), de nuevo acudiendo a automatismos interpretativos carentes de la absolutez con la que se presenta, con un reduccionismo de la cuestión *de facto*

² «[...] por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización».

que inquieta en torno a la conciencia real de sus señorías respecto de la situación existente, considera discriminatorio por razón de sexo un complemento a tanto alzado de 12.000 euros establecido, como mejora voluntaria en las ofertas de prejubilación anticipada de una entidad bancaria, solo para las mujeres que hubiesen sido madres de 2, 3, 4 o más hijos/as. Este complemento pretendía compensar la exclusión del de maternidad en caso de acceder a la jubilación anticipada voluntaria, según la versión inicial –corregida en este punto también en la actual– del artículo 60 de la LGSS.

Apunto que es discutible porque la sentencia orilla que la posición de los varones y la de las mujeres respecto del acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria no es la misma, prevaleciendo aquellos respecto de estas, por los efectos discriminatorios del reparto sexista del trabajo de cuidar (reproductivo) y mercantil (productivo). Además, siendo mejoras voluntarias de Seguridad Social, si bien como tales no pueden suponer una discriminación injustificada, contarían con un margen mayor de autonomía reguladora, si hallan un parámetro justificativo, objetivo y proporcionado. En todo caso, este asunto entra en el ámbito de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#) (aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social), a diferencia del resuelto por la (desconocida) [STJUE de 12 de mayo de 2021, C-130/20](#) (tiene por objeto una petición prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona). Excluye del derecho derivado de la Unión Europea una supuesta quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras de sexo femenino, porque su artículo 4.1 no es una regla general de igualdad, solo por razón de sexo. De ahí la desautorización de la [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#), que, con generosidad propia de un justicialismo de ocasión, otorga retroactividad máxima al cambio en el artículo 60 de la LGSS, reconociendo el complemento de maternidad a mujeres jubiladas de manera anticipada voluntaria, «borrando» la exclusión legal por pretendida –pero irreal– discriminación.

No alcanza, sin embargo, la responsabilidad por el pago del complemento a la empresa. Y ello incluso en los casos en que es condenada a constituir el capital coste de la pensión inicial (en el caso de jubilación) a complementar desde el hecho causante en virtud del artículo 60 de la LGSS por insuficiencia de cotización, conforme a los artículos [167](#) y [168](#) de la LGSS (por ejemplo, [STSJ de Asturias 2227/2022, de 8 de noviembre](#), FJ 1.º). La responsabilidad del pago es exclusiva del INSS.

Pero la entidad gestora, perpleja –con razón– ante tan incomprensible regulación precedente, sigue resistiéndose a llevar al máximo esa responsabilidad, orientándose por el principio opuesto de protección de la sostenibilidad financiera del sistema y la coherencia del gasto público en pensiones. De ahí que se enroque en la interpretación más literal cuando no hay una regla que explicita su responsabilidad, negándose, una vez más, a cumplir de oficio con doctrinas jurisdiccionales que, a la espera de unificación de doctrina, asumen una política del derecho de Seguridad Social opuesta, maximizando los efectos del complemento de maternidad, aun ineficaces, incluso contraproducentes, para su finalidad, sistémica y constitucional (reducir la brecha de género en un escenario de sostenibilidad financiera

del sistema). Así sucede con el criterio técnico del INSS que afirma el carácter unitario del complemento de maternidad (al igual que ahora fija expresamente el complemento de reducción de la brecha de género), negándose de forma sistemática (fija criterio técnico) a reconocer la dualidad de devengo (para ambas personas progenitoras) que, en cambio, sí afirma la doctrina judicial (por ejemplo, SSTSJ de [La Rioja 70/2022, de 11 de marzo](#), y de [Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#)). Para más inri, la propia Sala IV del TS rechaza, por razones procesales formalistas, aquí a diferencia de la rápida decisión de la Sala II respecto de la «ley del sí es sí», cumplir con su función constitucional de unificación de doctrina con la máxima celeridad posible.

2. Relato de hechos: las circunstancias fácticas para la solución de los casos

En el asunto resuelto por la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), un hombre, con pensión de jubilación reconocida desde el 11 de marzo de 2019 (base reguladora: 2.257,53 €, porcentaje del 100 % y efectos económicos desde el 8 de marzo de 2019), solicita (9 de abril de 2021) el complemento de maternidad por aportación demográfica, con efectos al día del reconocimiento inicial de su pensión de jubilación. Tiene 2 hijos nacidos en los años 1979 y 1982. El complemento le fue denegado porque lo disfrutaba su esposa.

La mujer percibe una pensión de jubilación según el régimen del trabajo autónomo (RETA), con un complemento de maternidad por importe de 40,99 euros mensuales y efectos económicos desde el 1 de enero de 2019 por los 2 hijos que tiene en común en un porcentaje del 5 % (recuérdese que en la versión actual la cantidad se fija a tanto alzado por hijo/a, desde el/la primogénito/a). Presentada la correspondiente demanda judicial, el hombre-progenitor ve reconocido el complemento desde la fecha de disfrute inicial de su pensión (9 de marzo de 2019). El INSS interpone recurso de suplicación.

En el asunto resuelto por la [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), un hombre, que tiene reconocida pensión de jubilación desde el 1 de abril de 2019, solicitó, en fecha de 3 de febrero de 2021, el complemento de maternidad, que le fue denegado por razón de tratarse de un varón, cuando la norma legal, en su versión originaria, solo lo reconoce a las mujeres. Asimismo, el pensionista solicitaba una indemnización de daños morales, en la medida en que la negativa a reconocerle el complemento constituye una violación de su derecho a la no discriminación, utilizando como criterio de valoración el «baremo sancionatorio» ([Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)). La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, reconociéndole el derecho a lucrar el complemento, pero no la indemnización de daños. El INSS planteó recurso de suplicación contra el reconocimiento del complemento, el pensionista lo hizo contra la denegación de una indemnización de daños morales añadida.

3. Las doctrinas judiciales: síntesis de razonamientos para los fallos

En el asunto conocido y resuelto por la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), se desestima el recurso. La sala cántabra asume la concepción dual del complemento de maternidad, a diferencia de la concepción monista que acepta para el complemento de reducción de la brecha de género. En este sentido, concluye que, en el caso, suprimir el complemento del que se beneficia la mujer por reconocérsele al esposo defraudaría los fines del complemento («premiar la aportación demográfica al sistema de Seguridad Social») y reducir la discriminación histórica de la mujer como consecuencia del mayor papel atribuido en el trabajo de la crianza) y orilla «la inevitable perspectiva de género». Así lo confirmaría, al contrario, el artículo 60 de la LGSS, que lo reconoce a un solo progenitor (mujer o varón), según el mayor perjuicio profesional derivado del trabajo de crianza, si bien en el caso de las mujeres se presume, tratando de eludir la tacha comunitaria.

En el asunto ventilado por la citada [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), se estimará parcialmente el recurso que, como en la demanda, interesaba la indemnización de 1.500 euros, aplicando por analogía las costas impuestas por el TS en los supuestos en que se han desestimado los recursos formulados por el Fondo de Garantía Salarial cuando la Sala de lo Social ha formado criterio en cuanto a la materia nuevamente cuestionada (por ejemplo, [STS 772/2020, de 16 de septiembre](#)). La sala extremeña razona que, siendo innegable la conducta discriminatoria del INSS, es de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación automática de la indemnización de daños [ex artículo 183 de la LRJS](#), pues «no cabe duda de que el hecho de ver negado su derecho en aplicación de un criterio discriminatorio, obligando al asegurado a emprender acciones legales, produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado» (FJ 3.º).

Sin embargo, considera desproporcionada la cuantía por daño moral que resultaría de aplicar orientativamente, tal como se solicita en las demandas, el [artículo 40.1 c\) de la LISOS](#) en relación con su [artículo 8.12](#) (grado mínimo de la infracción muy grave: 7.250 €, hoy, tras la última actualización). En consecuencia, opta por fijar «prudencialmente una indemnización por tal concepto en cuantía de 300 euros».

4. Valoración de la doctrina más allá del caso: ¿crónicas anunciadas de próximos criterios de unificación que aumentan los costes del complemento?

4.1. ¿Unicidad versus dualidad del complemento de maternidad?: oportunidad de unificación perdida

No estando originariamente los hombres incluidos entre las personas titulares del complemento de maternidad por aportación demográfica, pareciera «natural» o lógico que la versión

originaria apostara claramente por una concepción unitaria de aquel: sea la mujer (versión originaria), sea el hombre (tras su corrección jurisprudencial para evitar la discriminación), pero una sola persona beneficiaria, por un mismo hecho, atribuido de forma no discriminatoria (ni solo por el sexo, ni por el trabajo de cuidar en sí, sino por un criterio objetivado y proporcionado –el eventual perjuicio mayor derivado de ese factor trabajo de crianza–). Así lo entiende el citado nuevo criterio técnico del INSS, en virtud del cual:

[...] podrá reconocerse el complemento por maternidad al hombre o [a] la mujer [...] [criterio de aplicación en los supuestos en los que una persona progenitora es pensionista de un régimen regulado en la LGSS y la otra lo es del régimen de clases pasivas] por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite.

El radical conflicto entre la práctica de gestión del INSS y la política jurisdiccional del derecho al complemento de pensiones contributivas por aportación demográfica (no sería de aplicación al complemento de reducción de la brecha de género, por excluirlo el nuevo [art. 60 LGSS](#)) está servido. La doctrina judicial tiende a afirmar la concepción dual del complemento frente a la unitaria. El criterio de la sala cántabra aquí expuesto es reiterado. Un claro ejemplo es la precedente [STSJ de Cantabria 826/2021, de 3 de diciembre](#), en la que se siguen los siguientes criterios, todos ellos expansivos del reconocimiento del derecho y, por lo tanto, de sus costes duplicados:

- a) Descarta que exista litisconsorcio pasivo necesario, pues el complemento puede ser reconocido por separado a las dos personas progenitoras, sin incompatibilidad.

Este es el criterio más seguido en la doctrina judicial (por ejemplo, [STSJ de La Rioja 70/2022, de 11 de marzo](#), FJ 2.º, letra L). El criterio *a sensu contrario* también se esgrime, por cuanto, de un lado, la nueva [disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS](#) no establece limitación a la percepción del antiguo complemento de maternidad por varias personas, y, de otro, el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#) sí explicita la concepción unitaria. El distinto tratamiento jurídico que legalmente se otorga, antes, y después de la reforma, resulta constitucionalmente inobjetable, porque a través de cambios puede producirse un trato diferenciado entre situaciones iguales motivado por las distintas fechas en que se originaron ([Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1995, de 13 de febrero](#)). No cabría, pues, interpretar el viejo complemento respecto del nuevo, otorgándole una retroactividad (aquí desfavorable) que no tendría, tampoco a efectos positivos (por ejemplo, a la regla que exige solo 1 hijo/a, no 2 o más: [STSJ de Asturias 2294/2022, de 15 de noviembre](#); sí, pero con una interpretación errada, por la [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#), para las mujeres jubiladas anticipadas voluntarias).

- b) Aumenta al 10 % el porcentaje del complemento por el hijo/la hija muertos (consta que la mujer alumbró un feto muerto).

Este otro criterio de favor hacia el reconocimiento del complemento de maternidad –el nuevo [art. 60 LGSS](#) también explicita su exclusión– está, sin embargo, más discutido en la doctrina judicial. Lo veremos con algún detalle más en el subepígrafe siguiente.

En lo que concierne al criterio de la dualidad de personas beneficiarias, sí debemos recordar, críticamente, que el voto mayoritario (por la mínima) del TS haya negado al Ministerio Fiscal legitimación para que, por la vía del [artículo 219.3 de la LRJS](#), el Alto Tribunal pueda cumplir su función constitucional de fijar un criterio preciso y claro lo más rápidamente posible. La [STS 697/2022, de 26 de julio](#), que conoce del recurso contra la citada sentencia cántabra, aunque reconoce tener muchos asuntos pendientes en esta materia y que había una opción interpretativa razonable de la norma para acceder al recurso, decide realizar una interpretación formalista (FJ 4.º, punto 2), porque la deficiencia (una más) del Ministerio Fiscal en su trabajo de recurrir no debe ser suplida por el (más diligente) de la sala (faltaría más que la –saturada y en cuadros– Sala Social hiciera el trabajo al más desahogado Ministerio Fiscal). No piensa lo mismo el «masivo voto minoritario» (4 de 9 magistrados/as del Pleno), con razones mejores fundadas, a mi juicio. Así, considera que debió aceptarse el recurso, por la vía del tercer supuesto del [artículo 219.3 de la LRJS](#) (unificación de criterios interpretativos para normas con 5 o menos años en vigor en el momento de iniciarse la instancia, sin que se constaten decisiones de unificación suficientes y clarificadoras): «Porque lo que realmente se está discutiendo es [...] permitir a este tribunal desarrollar su función constitucional (arts. 123.1 y 152.1.II [Constitución española] CE) con prontitud, a fin de evitar tanto la excesiva litigiosidad cuanto la heterogeneidad interpretativa» (FJ 3.º).

Precisamente, como se esbozó en el epígrafe relativo al marco normativo, no es posible dar por cerrada una regulación, ni su interpretación, que mantiene abiertas tantas aristas interpretativas, pese a su derogación. Por lo tanto, en juego está no solo la eficacia del complemento en su diseño legal y compatible con el sistema jurídico, sino la propia eficacia de la función constitucional de la Sala IV del TS en este tema.

En todo caso, conviene precisar, como hace la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), que, para el complemento de reducción de la brecha de género, reconocerlo a la segunda persona progenitora implica la extinción del reconocido a la primera. Por lo tanto, debe darse audiencia a este (situaciones litisconsorciales en el ámbito judicial).

4.2. Cómputo de las personas descendientes nacidas muertas: ¿complemento o/y permiso por «duelo perinatal»?

Más discutido judicialmente, pero también mayoritario en suplicación, es el otro criterio referido (por ejemplo, [SSTSJ de Cantabria 826/2021, de 3 de diciembre](#), y [495/2021, de 2](#)

de julio, entre otras): el cómputo para devengar el complemento por maternidad incluiría a la persona descendiente nacida muerta. Una vez más, el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#), que amplía el ámbito aplicativo del complemento por reducción de la brecha de género para proteger situaciones de perjuicio profesional con solo 1 hijo/a, a diferencia del complemento por maternidad (2 al menos), sin embargo, marca la diferencia y deja claro que debe nacer con vida ([art. 60.3 a\) LGSS](#)). El criterio de favor es también acogido por la sala gallega (por ejemplo, [STSJ de Galicia 3876/2021, de 15 de octubre](#)).

A tal fin, aplica la perspectiva de género, que debe primar sobre una lectura civilista estricta de los artículos [29](#) y [30](#) del Código Civil, siendo, además, el criterio de favor a la protección el derivable, por analogía, del [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), para las prestaciones de nacimiento (reconocimiento a partir de una gestación de al menos 180 días). En última instancia, se dice, el agravio es «desde el momento del embarazo, con independencia de si llegaba a buen término» (FJ 3.º). En cambio, no se daría la misma circunstancia de ser un varón el que solicite el complemento por maternidad, entiende, pese a que, como es sabido, no es inusual el despido (perjuicio) incluso por el solo anuncio de embarazo, hasta de matrimonio ([STS 130/2022, de 9 de febrero](#)), aunque se proteja con la nulidad (eliminación de todo perjuicio económico).

Negativa es la posición de la [STSJ de Madrid 351/2019, de 10 de abril](#). En ella se excluye computar los hijos/as nacidos muertos a efectos del complemento por maternidad en pensiones contributivas, porque no sería conforme a su finalidad. Aun en un ámbito distinto, pero concurrente, este énfasis en la diversidad de fines (criterio teleológico), el voto mayoritario de la [STS 602/2022, de 5 de julio](#), rechaza reconocer la prestación de nacimiento al padre cuyo hijo ha nacido sin vida a las 39 semanas y 3 días de gestación, al frustrarse la finalidad de corresponsabilidad. La madre sí gozó de la propia íntegramente. En cambio, para el voto particular, tal doctrina tendría un efecto discriminatorio por razón de sexo para el varón ([art. 14 CE](#)), vulnerando también sus derechos de conciliación ([art. 39 CE](#)) y a la vida privada ex artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#).

4.3. ¿Una nueva conquista del derecho a la indemnización automática por daño moral derivado de conductas discriminatorias?

Justamente, esta última observación del voto minoritario referido nos conduce directamente a otra de las cuestiones importantes aquí analizadas, el reconocimiento de una indemnización por daño moral a fin de reprobar más severamente a la entidad gestora su contumacia a la hora de rechazar el complemento por maternidad al varón, al menos antes del cambio de criterio técnico reseñado. Al respecto, si bien está claro que en la demanda cabría, y debería, plantearse tanto la imposición de las costas a causa de un recurso por temeridad de la entidad gestora, así como la reclamación de los daños materiales que puedan derivarse del litigio (si bien el lucro cesante estaría compensado por la doctrina de la

retroactividad máxima –desde el hecho causante de la pensión de base o inicial–, lo que no sucedía cuando se aplicaba el [art. 53 LGSS](#)), aquí el problema mayor queda centrado en la pretensión de reparación–disuasión frente al daño moral ex [artículo 183 de la LRJS](#). Sobre eso, bien conocido es, y por tanto no merece mayor comentario, que la doctrina jurisprudencial ha evolucionado hacia el reconocimiento, aunque de forma errática y lenta, de la automaticidad de la indemnización por daño moral derivado de toda violación de un derecho fundamental (por ejemplo, [SSTS 214/2022, de 9 de marzo](#), y [356/2022, de 20 de abril](#), entre otras incluso más recientes).

En consecuencia, siendo doctrina jurisprudencial consolidada (y al margen de lo que decida en su día el TJUE, ante la cuestión prejudicial planteada, como comentamos) que procede la indemnización, bastando con la constatación de la violación del derecho fundamental, sin mayor concreción de parámetros objetivos, «de difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados», no es reprochable que la doctrina de suplicación social la aplique en este ámbito –lo reprochable es que se diera un criterio de gestión tan recalitrante por la entidad gestora–. La comentada [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), remite estrictamente al precedente que ofrece la [STSJ de Andalucía/Sevilla 284/2022, de 2 de febrero](#). Lo que es criticable, a mi entender, es que se vuelva al criterio del «mazo», de modo que se establezca una indemnización solo amparada en el incierto e inquietante «criterio del libre arbitrio prudencial» del tribunal, que, en este caso, lo ha rebajado notablemente respecto del más normalizado, el nivel mínimo de la sanción administrativa en tales casos (de 7.250 a 300 €).

4.4. La lenta emersión de criterios jurisprudenciales restrictivos, pero dudosos, en un escenario de nuevos cambios del artículo 60 de la LGSS

Cierto, emerge, pues, un criterio jurisdiccional restrictivo, que favorece los intereses de viabilidad financiera del sistema (la multiplicación por miles de situaciones análogas de una indemnización que supere los 6 dígitos, en vez de los 3 establecidos, podría tener un efecto muy distorsionador), pero lo hace en virtud de pautas jurídicas muy dudosas, en cualquier caso de extremada incertidumbre e inseguridad jurídica, al no contar con un parámetro objetivado de valoración del daño ni del efecto disuasorio ex [artículo 183 de la LRJS](#). Pero no es el único. Sobre una hermenéutica de estricta literalidad, el voto mayoritario de la [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), ha negado el acceso al complemento de maternidad a una mujer (3 hijos) beneficiaria de la pensión de incapacidad permanente total en el año 2015 y un grado distinto de dicha pensión (absoluta) en otra fecha posterior (19 de febrero de 2018). Posteriormente, en vía judicial, se declaró que la revisión del grado ex [artículo 200.2 de la LGSS](#) debía ser el de gran invalidez.

El INSS rechazó reconocer el complemento, porque, si bien el grado de la pensión es diferente y posterior a la entrada en vigor del artículo 60 de la LGSS, en su versión originaria,

la pensión sería la misma, sin que el grado cree una pensión diferente y autónoma. Una lectura –discutida y discutible– que asume la jurisprudencia unificada (por ejemplo, SSTS de [22 de octubre de 2015, rec. 1529/2014](#), y [25 de octubre de 2016, rec. 2300/2015](#)). Una vez más, lo discutido y discutible de esta cuestión queda ilustrado por el voto particular, bien fundado, quien considera que:

[...] yerra [el voto mayoritario de la Sala IV] al estimar que el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta [...], así como [...] de la situación de gran invalidez [...] no tienen autonomía propia, y que ha de estarse al hecho causante de la prestación de incapacidad permanente total, anterior a la vigencia de la Ley 48/2015.

Con el mismo debido respeto que expresa el voto, yo pienso igual, que yerra el mayoritario.

En breves fechas viviremos, sin duda, nuevos capítulos jurisprudenciales de esta tan errada como errática figura, que empezó mal y ha terminado (en realidad sigue «*post mortem*») mucho peor. Al respecto, y sin perjuicio de las críticas que se hacen al nuevo complemento por reducción de la brecha de género, considerado mero legatario del viejo, lo que estimo incorrecto, lo cierto es que el desafío de corregir la brecha de género en pensiones sigue. Y en la nueva reforma proyectada, el artículo 60 de la LGSS conocerá cambios relevantes. Estaremos atentos.

La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho?

A propósito de la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 1
de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio**

María José Andrade Santana

*Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas
Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)
mariajose.andrade@ulpgc.es*

Extracto

El comentario analiza las diversas posiciones judiciales en torno a la duración del permiso por nacimiento en las familias monoparentales, 16 semanas de un progenitor o 32, acumulando el permiso como si existiesen dos progenitores. En espera de una debida reforma legal, los pronunciamientos judiciales asumen criterios opuestos. El núcleo central del debate reside en si existe discriminación de la madre monoparental frente a la biparental y/o, en su caso, de la persona menor cuidada, interpretando el artículo 14 de la Constitución española en clave de la Convención sobre los Derechos del Niño. Finalmente, se da cuenta de algún aspecto procesal, importante para la efectividad de la tutela judicial («juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»). Y ello porque las sentencias favorables a acumular los permisos presentan ciertos inconvenientes para su ejecución.

Palabras clave: prestación nacimiento; familia monoparental; duración; discriminación; cuidado de menor; interés superior de la persona menor; cuestiones procesales.

Recibido: 12-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Andrade Santana, M. J. (2023). La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 198-205. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10277>

The protection of single parents: is the judicial accumulation of permits a solution in law?

Regarding Social Court Ruling Num. 1
of Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, of 29 July

María José Andrade Santana

*Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas
Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)
mariajose.andrade@ulpgc.es*

Abstract

The commentary analyzes the various judicial positions regarding the duration of birth leave in single-parent families, 16 weeks for one parent or 32, accumulating the leave as if there were two parents. Pending due legal reform, judicial pronouncements assume opposite criteria. The central nucleus of the debate resides in whether there is discrimination of the single-parent mother against the two-parent mother and/or, in her case, of the minor person cared for, interpreting article 14 CE in code of the Convention on the Rights of the Child. Finally, some procedural aspect is reported, important for the effectiveness of judicial protection ("judging and having the judged executed"). And this because the judgments favorable to the accumulation of permits present certain inconveniences for their execution.

Keywords: birth benefit; single-parent family; duration; discrimination; childcare; best interests of the child; procedural issues.

Received: 12-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Andrade Santana, M. J. (2023). The protection of single parents: is the judicial accumulation of permits a solution in law? Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, of 29 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 198-205. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10277>

1. Marco normativo: el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, ¿una discriminación por indiferenciación o una discriminación indirecta por razón de sexo?

Como es bien conocido, el [artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) establece un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por situaciones de parto y cuidado de la persona menor (hasta los 12 meses) de 16 semanas para la madre biológica. Las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto son obligatorias y se deben disfrutar a jornada completa, con el objeto de asegurar la protección de la salud de la madre. En el caso del progenitor distinto de la madre biológica, equipara las 16 semanas, con la obligatoriedad también de las 6 semanas, a jornada completa, ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, haciéndolas coincidir con la madre, si bien en este caso la finalidad asignada es el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el [artículo 68 del Código Civil](#). Expresamente, el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), derogó la regla que permitía transferir el periodo de descanso de la madre biológica al otro progenitor que venía regulado en el [artículo 48.4 del ET](#) (familia monoparental, encabezada por el otro progenitor –padre–, sobrevenida por la muerte de la madre biológica), a fin de reforzar su carácter individual e intransferible.

Para cubrir adecuadamente en el plano económico este tipo de situaciones suspensivas, el [artículo 177 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) garantiza una renta sustitutiva, a cargo del sistema de Seguridad Social (subsidio por nacimiento y cuidado). Estas prestaciones sociales tienen carácter contributivo, salvo la situación muy especial prevista para las trabajadoras menores de 21 años (modalidad no contributiva, con una duración de 42 días naturales; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de [Castilla-La Mancha 1692/2016, de 15 de diciembre](#)).

Como recientemente recordaba la [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#), estos preceptos no hacen ninguna distinción entre los diferentes tipos de unidades familiares. La figura de la familia monoparental queda silenciada. El problema jurídico surgido y que genera una extraordinaria divergencia de posiciones judiciales, a falta de casación, es discernir si estamos ante una discriminación por indiferenciación (se da el mismo trato a todas las unidades familiares, sin atender a la singularidad de las monoparentales, con especiales dificultades para la conciliación de su vida laboral y familiar), que la doctrina constitucional española no considera que pueda utilizarse como canon para enjuiciar y/o interpretar las leyes, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, o, en

cambio, si se trata de una discriminación indirecta por razón de género, dado que la mayoría de estas familias se encabezan por mujeres.

En virtud del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), en el primer caso, la función jurisdiccional no podría suplir la –eventual– laguna jurídica, siendo función exclusiva de la ley (que ahora está en su tramitación parlamentaria); en el segundo, en cambio, sí correspondería a la vía interpretativa corregir esa discriminación indirecta en virtud de los [artículos 9.2 y 14](#) de la CE, así como los [artículos 4 y 15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Incluso cabría traer a colación el juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#) del [artículo 48.4 del ET](#) respecto de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), poniendo el énfasis en el «interés superior del menor».

2. Supuesto de hecho: síntesis del relato fáctico

En este caso, la actora es madre que encabeza una familia monoparental, a la que se reconoció el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de 16 semanas. Sin embargo, la mujer reclama 32 semanas, por acumulación del que le correspondería de ser una familia biparental. Denegada la pretensión por la entidad gestora, al entender que el supuesto de acumulación de permisos no está previsto en nuestro derecho, acude a la jurisdicción social, pretendiendo las 32 semanas, por considerar que, de no ser así, se la estaría discriminando indirectamente por razón de género, así como a su hijo en relación con los/las hijos/as de las familias biparentales. La mercantil demandada se opone, manifestando que el [artículo 48.4 del ET](#) hace referencia a un derecho individual y que, por tanto, no puede ser transferido al otro progenitor, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva del mismo.

3. Doctrina judicial: razones jurídicas para la desestimación de la demanda

La sentencia analizada desestimará la pretensión de la trabajadora. Y ello por varias razones. En primer lugar, atendiendo a la naturaleza de estos permisos, que no solo son individuales, sino intransferibles. En segundo lugar, de las 16 semanas del otro progenitor, 6 deberán ser disfrutadas de forma conjunta con la madre, por obligatorias y de disfrute ininterrumpido posterior al parto. En tercer lugar, el otro progenitor en las familias biparentales para poder disfrutar de la prestación debe reunir una serie de requisitos regulados en la LGSS, al tratarse de una prestación contributiva; y de no darse el cumplimiento, el progenitor no tendrá derecho al disfrute de la prestación.

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: análisis crítico de cuestiones sustantivas y procesales

4.1. Una posición judicial desfavorable a la acumulación de permisos que gana presencia en las doctrinas de suplicación social

El principal interés de esta decisión de instancia social es que se alinea con aquellas decisiones jurisdiccionales que rechazan la acumulación de permisos en estos casos, lo que, hasta hace poco tiempo, constituía una posición hermenéutica minoritaria. Bien sabido es que, inicialmente, los primeros juzgados y tribunales superiores de justicia en pronunciarse acogieron una posición favorable maximalista, esto es, reconocieron el derecho de las madres monoparentales a la acumulación de ambos permisos, de una forma íntegra. Por tanto, se reconocían 32 semanas de permiso de nacimiento.

En esta dirección destacaron, por el fervor con que acogieron la tesis cumulativa, aplicando la doble perspectiva de género y de infancia, las jurisdicciones de suplicación social del País Vasco (con su temprana, pionera y referencial [Sentencia de 6 de octubre de 2020, rec. 941/2020](#) –reiterada el [5 de octubre de 2021, rec. 1323/2021](#)–) y de Galicia (interesantes síntesis de posiciones en las SSTSJ de [Galicia 5039/2022, de 9 de noviembre](#), y de [Aragón 718/2022, de 10 de octubre](#), que otorga 16 semanas íntegras del otro progenitor). Más recientemente, entre las doctrinas de suplicación favorables a esta acumulación se ha abierto una posición más matizada, en la que ya no se postula el reconocimiento de 32 semanas, sino solo de 26, es decir, las 16 propias de la progenitora monoparental y las 10 no obligatorias propias del otro progenitor (en caso de que hubiese existido). Entre estas decisiones judiciales podemos citar la [STSJ de Madrid 939/2022, de 28 de octubre](#), que considera que:

[...] la ampliación a 32 semanas del periodo de suspensión en el caso de las familias monoparentales comportaría una diferencia de trato injustificada respecto de las familias biparentales que, en el supuesto de alternancia en su disfrute por los progenitores, gozan de 26 semanas no coincidentes para la atención y cuidado a jornada completa de su hijo.

Ante el trato peyorativo de los hijos de familias monoparentales que resulta de la interpretación que hace la entidad gestora, la solución adoptada pretende evitar que sean discriminados, sin justificación objetiva y razonable, respecto de los nacidos en una familia biparental. Ahora bien, el principio de igualdad no puede servir de cobertura para establecer un régimen más favorable para los primeros, dando origen a una situación privilegiada y discriminatoria, contraria a la finalidad a la que obedece [...] y carente de sustento jurídico (FJ 3.º II)¹.

¹ También las SSTSJ de [Cataluña 5362/2022, de 17 de octubre](#), y de [Cantabria 702/2022, de 14 de octubre](#).

Con el tiempo, sin embargo, se ha ido también abriendo camino la hermenéutica de quienes rechazan la acumulación de permisos, ni íntegra ni parcialmente, porque la pretendida discriminación indirecta por razón de género a la mujer y directa respecto de hijos/as de familias biparentales sería más aparente que real. Además, entraría en contradicción con la propia dimensión contributiva de estos permisos. Sería el caso de la citada [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#), que tiene la virtualidad de reflejar el proceso de reflexión compleja, y errática, de esta cuestión en la sala:

Pues bien, de una reconsideración de la cuestión [...] llegamos a la conclusión contraria a la que sostuvimos con anterioridad y por ello vamos a cambiar el criterio, sin perjuicio del derecho de la parte a acudir a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en petición de una doctrina unificada para todo el territorio español.

En esta misma dirección excluyente se sitúan las SSTSJ de Asturias de [22 de febrero de 2022 \(rec. 2907/2021\)](#) y [25 de enero de 2022 \(rec. 2534/2021\)](#). También la [STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021 \(rec. 1563/2021\)](#) y la [STSJ de Navarra 177/2022, de 19 de mayo](#).

La citada sentencia de la sala valenciana enfatiza no solo que se trataría de un derecho personal e intransferible y la necesidad del cumplimiento por el progenitor distinto de la madre de una serie de requisitos (afiliación a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada; periodo mínimo de cotización); argumentos típicamente de legalidad ordinaria. Al tiempo, y ya en clave constitucional, rechaza la existencia de una supuesta vulneración del teóricamente pretendido «derecho de la persona menor de las familias monoparentales a ser cuidada en condiciones de igualdad frente a las biparentales», mientras que sí apunta la hipótesis contraria, la eventual discriminación en el seno de las familias biparentales, que podrían carecer del doble permiso cuando no concurren los requisitos contributivos. Asimismo, tampoco es cierto que, para las unidades familiares biparentales, la persona menor cuidada disponga de 32 semanas de cuidados, pues, como advierten las sentencias favorables a la acumulación parcial, realmente el disfrute sería de 26 semanas.

Además, en el supuesto en el que el padre no haga uso de las 10 semanas restantes, no podrá cederlas a la madre. Por lo tanto, las madres no pueden cuidar del menor más de 16 semanas. Lo que generaría el apuntado trato desigual peyorativo en contra de las biparentales, si se le diera a la madre, por ser familia monoparental, todo el propio del otro progenitor, en detrimento de la madre que, aun teniendo al otro progenitor, este, o bien no reúne los requisitos para acceder a la prestación y, por tanto, no tendrá derecho a esas semanas para el cuidado del menor, o decide no usar ese otro periodo. Los supuestos en que estos agravios contra las familias biparentales se pueden producir son múltiples.

Por lo tanto, tampoco desde la perspectiva más novedosa del primado del interés del menor existiría esa discriminación. Este debe ser el mismo, el cuidado de su madre a las 16

semanas, que no se pueden confundir con las del otro progenitor, toda vez que las 10 semanas del padre que no quiere hacer uso de ellas no se le ceden. En suma, el interés del menor está equiparado para ambos supuestos, familias monoparentales y biparentales, limitándose el cuidado del menor por su madre a las 16 semanas de las que pueden disfrutar en igualdad de condiciones todos los hijos con sus respectivas madres. Distinto planteamiento se podría dar de ser obligatorias las 16 semanas del padre para el cuidado del menor, buscando ciertamente la corresponsabilidad. Pero dado que en la actualidad puede no disfrutarlas y no puede cederlas, no puede existir un trato desigual al menor con un padre que existiendo, por distintas situaciones, no cuidara del menor, y la madre no puede exigir cuidarlo en su lugar. Contrariamente, en el caso de la madre monoparental se le permitiría acceder a la acumulación por vía jurisdiccional, excediendo las semanas que en su totalidad no tendría ningún menor con sus progenitores –32 semanas–; y más de 16 semanas para cuidar al menor, que ninguna madre puede disfrutar con su descendiente. Como advierte el TSJ de Madrid, una aplicación integrista del principio de no discriminación de las familias monoparentales puede generar situaciones desiguales para las biparentales. Y ello al margen, pero esto es una decisión legal, de la conveniencia de que en todos los casos fuesen 32 semanas.

4.2. La situación de doctrinas judiciales contradictorias en la sala canaria de Las Palmas

La comunidad de Canarias, al menos en la provincia de Las Palmas, reproduce en su seno las contradicciones arriba esbozadas en torno a este asunto. A falta de un –ya anunciado– próximo pronunciamiento de la sala de suplicación, los juzgados de lo social mantenemos posiciones contrarias. Incluso si se estima la demanda, se ofrecen soluciones diferentes:

- El Juzgado de lo Social número 10 (Sentencia de 18 de octubre de 2021, proc. 540/2021) estimó que procedían 10 semanas adicionales.
- El Juzgado de lo Social número 7 (Sentencia de 5 de octubre de 2022, proc. 757/2022), la totalidad (16 semanas).

Para la sentencia comentada no proceden ni la acumulación íntegra ni la parcial, como se dijo. No estamos ante un trato desigual que genere una discriminación por razón de sexo injustificada a situaciones igualitarias, sino ante una indistinción legal de situaciones diferenciadas, lo que pudiera generar una crítica *de lege ferenda*, porque la ley no dé los tratamientos adecuados en cada situación diferencial, pero que en modo alguno puede imponerse por vía interpretativa. Al respecto, hay que recordar, como se ha razonado en el epígrafe anterior, que hay más de una situación diferencial, y que algunas de ellas perjudican, o pueden hacerlo, a las familias biparentales. En este sentido, no pueden ser indiferentes ni las decisiones de libre constitución de un tipo de unidad u otro, aunque todas merezcan igual protección, por supuesto, como quiere el nuevo proyecto de ley, ni la diversidad de finalidades

de la actual regulación: para la madre, la conciliación y la protección de su salud; para el padre, crear el vínculo con el menor, fomentar la corresponsabilidad. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es inequívoca al respecto (por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022, rec. 906/2019](#), que deniega la pretensión del padre que reclama el derecho al permiso de paternidad, tras un parto a un bebé sin vida). Así se orienta también cierta doctrina de suplicación social (por ejemplo, [STSJ de La Rioja de 13 de octubre de 2022, rec. 179/2022](#)), siguiendo en buena medida lo ya defendido por la doctrina científica, al menos por cierto sector crítico con las posiciones iniciales favorables, de forma indiscriminada, y no demasiado reflexiva, a la acumulación íntegra sin más ([Molina Navarrete, 2021](#)).

4.3. Una dimensión olvidada: problemas de ejecución procesal

En otro orden de cosas, en el ámbito procesal, el primer planteamiento debe ser la debida constitución de la litis, existiendo un litisconsorcio pasivo necesario con la mercantil o entidad empleadora. Y ello porque deberá formar parte del proceso, cuando espera la incorporación de la trabajadora quien tenía el contrato suspendido y se va a prorrogar 10 o 16 semanas. De no llamarla al proceso, siendo evidente el interés, puede dar lugar a inconvenientes que se agravan en la ejecución si se estima la demanda: es la empresa, no la entidad gestora, quien debe modificar el código del contrato de trabajo a la situación de suspensión –para el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la actora se encuentra en alta laboral, transcurridas las 16 semanas–.

Asimismo, con respecto a la solicitud de medida cautelar planteada en la instancia, al solicitar en la demanda que se estime la pretensión de la actora de continuar disfrutando de las 16 semanas del otro progenitor, en tanto no recaiga sentencia firme, la misma ha de correr suerte desestimatoria. Y ello porque no reúne en tal caso los requisitos exigibles, implicando su estimación adelantar el fallo de la sentencia, sin perjuicio de acceder a la solicitud de señalamiento preferente, para que no carezca de objeto y quede huérfana de tutela judicial efectiva. Se trata de una potestad del tribunal ante una situación necesaria. Sería el caso del Auto del TSJ de Canarias/Las Palmas 1960/2022, de 9 de noviembre, en el que se desestima la medida cautelar. En el supuesto ya fue estimada parcialmente la demanda en la instancia, reconociendo las 26 semanas –añaden 10–, y pretendiendo la actora a través de la medida cautelar las 6 semanas restantes de su pretensión principal. En este asunto, la sala canaria consideró que no hay un indicio de pronunciamiento favorable (el denominado requisito de apariencia de buen derecho), denegando la medida cautelar.

Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA?

A propósito de la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre**

Estefanía González Cobaleda

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)*

egcobaleda@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-5826-4012>

Extracto

Se evidencia una vez más, a golpe de sentencia, la exigencia de una corrección profunda del derecho de la Seguridad Social en clave de género. Esta perspectiva se ha puesto de nuevo de manifiesto en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre. En efecto, más que a una interpretación flexible de las normas reguladoras, esta sentencia lleva a una lectura correctora, reescribiendo su sentido en aras de la igualdad de resultados entre mujeres y hombres, concretamente, acerca de la técnica de integración de lagunas de cotización. Precisamente, en ella se equiparan las situaciones asimiladas al alta por inscripción como demandante de empleo a las de ausencia de tal inscripción en periodos dedicados al trabajo reproductivo, no tanto por su condición biológica de mujer, sino por el género, esto es, por la construcción sociocultural sexista creada en torno a aquella, en especial a la hora del reparto del trabajo de cuidar.

Palabras clave: integración de lagunas de cotización; género; Seguridad Social; base reguladora; reforma legal sistémica; trabajo reproductivo; trabajo productivo.

Recibido: 09-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: González Cobaleda, E. (2023). Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 206-216. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.10269>

Integration of gender gaps: beyond RETA pensions?

Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Granada 434/2022,
of 13 October

Estefanía González Cobaleda

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)*

egcobaleda@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-5826-4012>

Abstract

Once again, through a sentence, the demand for a profound correction of the Social Security Law in terms of gender is evident. This perspective has been highlighted once again in the judgment of the Social Court Num. Granada 1, 434/2022, October 13. Indeed, rather than a flexible interpretation of the regulatory norms, it leads to a corrective reading, rewriting its meaning based on equality between women and men, specifically, about the technique of integration of contribution gaps. Precisely, it equates the situations assimilated to registration as a job seeker to those of absence of such registration in periods dedicated to reproductive work, not so much because of their biological condition as women but because of gender. That is, due to the sexist social and cultural construction created around it, especially when it comes to sharing the work of caring.

Keywords: integration of contribution gaps; gender; Social Security; regulatory basis; systemic legal reform; the work of caring; productive work.

Received: 09-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: González Cobaleda, E. (2023). Integration of gender gaps: beyond RETA pensions? Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Granada 434/2022, of 13 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 206-216. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.10269>

1. Un marco normativo de evolución restrictiva, ajena al género: de garantía de estabilización a medida de reducción de la base reguladora

En las actuales condiciones de mercado de trabajo fragmentario e inestable, cada vez son más frecuentes las vidas laborales formadas por diversas actividades profesionales con, igualmente, varios encuadramientos de Seguridad Social. Pese a esta acumulación de afiliaciones sucesivas (también crecen las simultáneas), proliferan carreras con bases reguladoras inferiores a las mínimas de cotización, e incluso periodos sin cotización alguna, lo que tiende a desembocar en pensiones contributivas cercanas a las asistenciales. Justamente, para intentar garantizar el mantenimiento de un «suficiente» nivel de las bases reguladoras se «inventó» (desde la [Ley 26/1985, de 31 de julio](#), de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social) la técnica de la integración de las lagunas (que, concreción de Seguridad Social de la técnica clásica de las ficciones jurídicas, no debe confundirse con otras técnicas dirigidas a la flexibilización de los requisitos contributivos –por ejemplo, la técnica del paréntesis, a fin de facilitar la acreditación de los periodos de carencia para acceder a la pensión contributiva–).

Ahora bien, solo si se reconoce la pensión [fundamentalmente la de jubilación –[art. 209.1 b\) Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#); anterior [art. 162.1.2 LGSS/1994](#)–, pero también la de incapacidad permanente –[art. 197.4 LGSS](#); anterior [art. 140.4 LGSS/1994](#)–] en el régimen general (RGSS), se tiene derecho a la integración de las lagunas de cotización. No sucede lo mismo para el resto, como en el empleo agrario (régimen especial agrario –REA– o sistema especial agrario –SEA–), en el trabajo autónomo (régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos –RETA–) o en el sistema especial de empleo doméstico (SEED); regímenes que no contemplan la integración de lagunas. Estas exclusiones tienen, por lo general, una causa legal; es la ley la fuente de tal pérdida del beneficio. Así, por ejemplo, para el citado SEA, el [artículo 256.3 de la LGSS](#), coincidente con el [artículo 6.6](#) (particularidades de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena agrarios) de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del REA en el RGSS (modificó la disp. adic. octava de la LGSS). Una diferencia excluyente asumida sin problema de legalidad por la jurisprudencia (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 14 de abril de 2005, rec. 2007/2004](#)), sobre la base del criterio clásico hermenéutico: *inclusio unius, exclusio alterius*.

Por su parte, para el trabajo autónomo (RETA), remite a la mayor parte de las reglas de la pensión de jubilación para el RGSS excepto la [letra b\) del artículo 209.1 de la LGSS](#). Y lo mismo sucede para el SEED, desde la [disposición adicional trigésima novena de la](#)

[Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que no prevé su aplicación del beneficio de integración de las lagunas de cotización al menos hasta el 1 de enero de 2019, sin que posteriormente se haya culminado esta transición. En suma, la evolución de la regulación de la técnica de integración de lagunas de cotización ha conocido una dirección muy restrictiva desde 2011, marcando una clara diferencia con la visión más amplia existente antes, si bien, como confirma la jurisprudencia, la integración de lagunas nunca ha sido vista como una norma de sistema, sino que requería de una previsión legal específica para cada caso, acotada hasta ahora al RGSS. Una voluntad legislativa restrictivo-excluyente que ha permanecido hasta este momento invariada, pese a que la gran mayoría de esos regímenes han experimentado más de una reforma de «mejora» en tiempos recientes (por ejemplo, nuevo sistema de cotización por ingresos reales en el RETA, mejoras prestacionales para el empleo doméstico, etc.).

En este contexto legislativo deliberadamente excluyente de los regímenes especiales, en ocasiones, la inaplicación de la técnica de la integración de lagunas de cotización procede de criterios restrictivos de la entidad gestora, esto es, del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En estos casos, no es la ley el fundamento de la negativa al beneficio de Seguridad Social, sino un criterio hermenéutico restrictivo, que desemboca en prácticas denegatorias, pese a que una interpretación sistemática y teleológica de la ley y el sistema exigiría la inclusión. Cierto, esta práctica no desconoce criterios técnicos más favorables, como la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, por la que se dictan normas de aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia. En ella se establece que, aun en caso de resolver un régimen sin integración de lagunas, se aplicará esta integración en los periodos de alta o asimilados al alta sin obligación de cotizar (como podría ser la inscripción de demandante de empleo: [STS 416/2021, de 20 de abril](#) –revoca la sentencia de suplicación al entender que no concurre la persistencia de la voluntad de trabajo actualizada en la correspondiente oficina de empleo¹–), subsiguientes a una situación de alta en un régimen que prevea dicha integración.

Pero no menos verdad es que el repaso de la doctrina judicial y jurisprudencial muestra numerosos casos de corrección jurisdiccional de aplicaciones restrictivas, como fue la célebre, en su día, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Cantabria de 23 de septiembre de 2015 \(rec. 485/2015\)](#))² (que aplica la integración de lagunas en el SEED por lucrarse la pensión conforme al RGSS). O, mucho más recientemente, la [STS 444/2022, de](#)

¹ En todo caso, debe recordarse que la firma de un convenio especial con la Seguridad Social se puede considerar situación asimilada al alta y suplir las interrupciones habidas en la inscripción como demandante de empleo: [STS 541/2022, de 13 de junio](#) (jubilación anticipada de un trabajador que vio extinguido su contrato a raíz de un expediente de regulación de empleo, si bien se adhirió de forma voluntaria al acuerdo laboral al respecto –en Banca Cívica–).

² Vid. <https://www.laboral-social.com/pensiones-integracion-lagunas-sistema-especial-empleados-hogar-stsj-cantabria-23-septiembre-2015.html>

17 de mayo (en este caso el periodo previo de afiliación al RGSS había sido en el REA). En definitiva, si por aplicación de reglas de cómputo recíproco (**RD 691/1991, de 12 de abril**, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social) resulta de aplicación el RGSS, lo será en plenitud, incluida la regla de la integración de lagunas. Una necesidad de integración que es más frecuente en los casos en los que no ha existido situación de alta o asimilada por falta de inscripción como demandante de empleo por trabajadoras externas al mercado laboral por dedicarse al trabajo de cuidar.

Emerge aquí, poderosa, pues, como ha advertido muy recientemente la doctrina científica (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023³), una regla que sí tiene vocación sistémica: la perspectiva de género. Sorprende que, como advierte de igual modo la doctrina citada, pese a lo asumida teóricamente que está dicha perspectiva, las reformas en tal sentido deban hacerse a golpe de sentencia, a veces incluso «ignorada» por las propias leyes de reforma más modernas, como sucediera con la valoración del **tiempo de dedicación al servicio social femenino de época franquista respecto de la jubilación parcial**. Pese al contundente pronunciamiento que supuso, para la jubilación anticipada, pero con un alcance general innegable, la **STS 115/2020, de 6 de febrero**, se ha precisado una ley *ad hoc* para proyectar esa misma doctrina en el régimen de la jubilación parcial. La **Ley 24/2022, de 25 de noviembre**, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial, **ha modificado, a tal fin, el artículo 215.2, letra d), de la LGSS y la letra f) del apartado 6 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS**⁴. Ciertamente, más vale tarde que nunca, aunque tenga unos efectos prácticos muy limitados, por incluirse ya en la práctica administrativa.

Ahora bien, y volviendo a la cuestión nodal de este análisis, la integración de lagunas, es evidente que el programa de reformas del sistema de Seguridad Social en clave de género, que auspicia la **Recomendación 17.ª del Pacto de Toledo**, exige una corrección profunda del estado legislativo actual, más allá incluso de aquellos regímenes en los que la sobrerrepresentación de las mujeres es manifiesta, como en el SEED. Precisamente, el asunto jurisdiccional aquí comentado, para el ámbito del trabajo autónomo, así lo evidencia, una vez más, a golpe de sentencia, con las deficiencias en términos de inseguridad jurídica y de norma del caso concreto derivadas, cuando es manifiesto que estamos ante cuestiones urgidas de una reforma legal sistémica.

³ Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2023). *Una reinención sistémica en curso de la Seguridad Social. Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo.

⁴ Dejamos de lado la nueva manifestación de modificación deslocalizada, ajena por completo a la materia objeto de la reforma, que supone que se aproveche el cambio *ad hoc* para reformar el tratamiento de las dietas de desplazamiento del personal músico (**añade un apartado dos a la disp. adic. trigésima octava LGSS** –«Gastos de manutención y gastos de distancia por desplazamiento de los músicos»–).

2. Relato de hechos: las circunstancias para la norma del caso

Una mujer, que trabajó para la empresa Centros Familiares de Enseñanza afiliada al RGSS hasta el 24 de junio de 1988, solicitó la pensión de jubilación, que le fue aprobada por resolución del INSS, con una determinada base reguladora y un porcentaje de entorno al 82 % por 28 años y 14 días cotizados. La trabajadora estima que, de aplicarse la integración de lagunas, su base reguladora debió ser mayor, presentando para su reconocimiento reclamación previa, que fue desestimada por el INSS. Para la entidad gestora, la ley no prevé integrar las lagunas de cotización existentes en un largo periodo durante el que no estuvo inscrita como demandante de empleo. Con posterioridad, el alta lo fue en el RETA (1 de marzo de 2004).

De este modo, la carrera de seguro de la trabajadora se divide en dos periodos. El primero, superior a 10 años, estuvo en alta en el RGSS. Otro, mucho más extenso, 17 años, en el RETA. En medio de ambos se constata una larga interrupción en la que quedó fuera del mercado de trabajo por su decisión de cuidar de sus tres hijos, en aquella época de corta edad, hasta que fuesen suficientemente mayores (19 años: lo que concretó en el año 2004). La entidad gestora hace una aplicación estricta de los artículos 209 y 318 de la LGSS, descartando aplicar el régimen de favor de la Circular 4/2003, porque no existiría situación de alta o asimilada, ante la ausencia de inscripción como demandante de empleo, evidenciando falta de voluntad laboriosa.

3. Doctrina judicial: síntesis de los razonamientos para el sostenimiento del fallo

Presentada la correspondiente demanda judicial, el Juzgado de lo Social número 1 de Granada la estima, al enjuiciar el asunto desde la perspectiva de género. A su entender, siempre existió un *animus laborandi* por parte de la mujer, quien cuenta con una dilatada carrera profesional y que se integró de nuevo a la vida laboral activa en cuanto sus hijos alcanzaron la edad suficiente como para no depender de ella. En consecuencia, debe aplicarse, no como opción hermenéutica para la decisión jurisdiccional, sino como pauta valorativa obligada, el canon de género exigido por los artículos 4 y 15 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Dado que, el tiempo en que la demandante se separó del mercado laboral coincidiese con la minoría de edad de sus hijos, guarda relación con su condición de mujer, por lo tanto, se considera razonable equiparar, en este caso, la situación a la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder apreciar el periodo controvertido como situación asimilada al alta.

En otro caso, se incurriría en una discriminación indirecta por razón de género contra las mujeres trabajadoras autónomas. Un criterio objetivo aparentemente neutro desde el plano

del género (la inscripción como demandante de empleo) deviene desproporcionadamente nocivo o perjudicial para un colectivo, las mujeres, si se valora conforme a la situación real del reparto de roles. La prueba estadística usada es contundente: las personas inactivas que no buscan empleo, porque cuidan a personas dependientes, eran 839.400 en 2006, de las cuales 24.700 eran hombres y 814.700 mujeres. En 2021 el número total era de 592.400, de las cuales 39.700 eran hombres y 552.700 mujeres. La sentencia constata una tendencia al alza de los hombres que no buscan trabajo por la atención de menores o dependientes, pero la califica –con razón– de pequeña, sin que altere sustancialmente el desequilibrio de género en este reparto –sexista– de los roles o trabajos de cuidar.

4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso: llamada a la revisión sistémica del derecho de la Seguridad Social en clave de género

4.1. La necesaria diferenciación de supuestos: el régimen por el que se lucra la pensión ha de aplicarse íntegramente

No se precisa mucha justificación para evidenciar la enorme trascendencia teórica y práctica de esta doctrina judicial. Aún de «instancia social», tiene altas probabilidades de devenir firme, tras el correspondiente recurso, por ser acorde, a nuestro juicio y al, adelantado, de la doctrina científica aquí referenciada (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023⁵), con la doctrina jurisprudencial aplicable. Antes de entrar a un análisis algo más detenido, aun breve, nos parece necesario hacer una distinción de situaciones, cuya advertencia resulta útil si se tiene en cuenta el relato de hechos aquí recogido.

En efecto, se vio cómo la trabajadora acredita una larga carrera de seguro (una situación a tener muy en cuenta, para diferenciar las soluciones negativas dadas en asuntos análogos, en los que los periodos de interrupción por el trabajo de cuidar eran muy superiores a los periodos de cotización, lo que aquí no sucede, pese al largo tiempo de interrupción del trabajo productivo en favor del reproductivo). Pero esa carrera aparece dividida en dos periodos, donde estuvo en encuadramientos diversos, del RGSS uno, del RETA el otro. Al respecto, y como ya se indicó, la doctrina jurisprudencial es muy clara al establecer que el beneficio (aunque la reforma le diera una dimensión diversa, actuando más como medida de reducción de bases reguladoras que de mantenimiento de un nivel suficiente de las mismas) de la integración de lagunas debe aplicarse según el régimen de Seguridad Social en el que se cause la pensión demandada (jubilación o incapacidad permanente).

⁵ Véase nota 3.

En consecuencia, si la pensión se causa en el RGSS, ha de aplicarse este íntegramente, si lo es en el RETA, u otro régimen o sistema especial que no contemplan el mecanismo, deberá ser descartado en todo caso ([STS 444/2022, de 17 de mayo](#)). Precisamente, es esto lo que sucede en el supuesto aquí analizado. En todo caso, como también se advirtió, debe criticarse que, pese a lo consolidado de esta doctrina jurisprudencial, todavía haya criterios interpretativos del INSS que, pese a sus efectos prácticos relativamente limitados, se obstinen en seguir una praxis de signo restrictivo-excluyente. Por fortuna, estos persistentes criterios denegatorios del INSS son, por lo general, corregidos por los tribunales, lo que ha de valorarse positivamente, aunque en más de una ocasión estas situaciones coinciden en personas con bases reguladoras tan reducidas que la integración de lagunas de cotización es neutralizada por la conocida técnica del complemento de mínimos, que absorbe el efecto perjudicial derivado de la inaplicación de la integración de lagunas.

4.2. Dos técnicas diferentes jurídicamente, pero con una misma finalidad flexibilizadora: la técnica de integración de lagunas y la doctrina del paréntesis

Asimismo, en este mismo plano de la distinción técnica, conviene precisar que una cosa es la integración de lagunas de cotización y otra la doctrina del paréntesis. La precisión es relevante en este caso porque la sentencia del Juzgado de lo Social de Granada cita, como un precedente a tener en cuenta para la solución alcanzada en el asunto enjuiciado, la [STSJ de Galicia 1496/2022, de 30 de marzo](#). Aunque, como es bien conocido, no se trata de jurisprudencia, el juzgado granadino la toma como referencia por considerarla un caso análogo (FJ 7.º)⁶, por lo que ameritaría la misma solución basada en la igualdad efectiva o de resultado entre hombres y mujeres, conforme a estándares no solo constitucionales, sino internacionales (por ejemplo, la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#), aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1979 –hoy célebre por haber sido la principal referencia de la denominada «ley del sí es sí»–).

No obstante, y si bien ambas técnicas responden al principio solidario que anima el sistema de Seguridad Social, a conciliar con el principio contributivo axial al que responde la exigencia de cotización, así como a una interpretación jurídica flexible (humanizadora –se decía en la clásica formulación jurisprudencial–) de las normas de aquel, en el caso de la sentencia de suplicación social gallega no estaba en juego la integración de lagunas

⁶ Se reclamaba una interpretación flexible del requisito del alta o de asimilada al alta exigido legalmente para la percepción de las prestaciones de Seguridad Social en una situación de amplio periodo de no inscripción como desempleada por falta de renovación de la tarjeta como demandante de empleo, también por causa de dedicación al trabajo de cuidar o trabajo reproductivo por parte de la mujer.

propiamente, sino la doctrina del paréntesis. Precisamente, aquí el artículo aplicable fue el [205.1 b\) de la LGSS](#), que recibe legalmente la doctrina jurisprudencial del paréntesis, a fin de constatar la existencia del denominado «periodo de carencia específica» para acceder a la pensión de jubilación:

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el periodo de 2 años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En el caso analizado por la sentencia granadina, la trabajadora no tenía problema alguno a la hora de acreditar los periodos de carencia exigidos para acceder a la pensión de jubilación (ni el genérico ni el específico). De ahí que se reconociera la pensión de jubilación. El problema era, en este caso, de determinación de la cuantía de la base reguladora.

4.3. La integración de lagunas de cotización valorada en perspectiva de género: de laguna a antinomia jurídica más allá del RETA

Ya justamente situados en el ámbito de la valoración de la norma excluyente de la técnica de integración de lagunas en el RETA, hemos visto cómo el órgano judicial social granadino hace una interpretación integradora del tenor del [artículo 318 de la LGSS](#), a fin de incluir en su contenido el beneficio de la integración de lagunas de cotización por imperativo del [artículo 4 de la LOIEMH](#), así como del [artículo 5 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#). Esta nueva –pero no disruptiva jurídicamente, sino esperable– manifestación de la perspectiva de género lleva, más que a una interpretación flexible, a una lectura correctora de las normas reguladoras, reescribiendo su sentido en aras de la igualdad de resultados entre mujeres y hombres. De este modo, la doctrina judicial equipara a las situaciones asimiladas al alta por inscripción como demandante de empleo las de ausencia de tal inscripción en periodos dedicados al trabajo de cuidar.

En suma, en estos casos, el trabajo reproductivo (trabajo de cuidar), que desplaza al trabajo productivo temporalmente, halla el mismo tratamiento normativo, a los efectos de aplicar la integración de lagunas, que el trabajo productivo o asimilado (la búsqueda activa de empleo). Estamos, pues, ante una clara exigencia del denominado principio de diligencia debida en materia de igualdad de género en pensiones, en virtud del cual la interpretación judicial está obligada a eliminar toda situación normativa que pueda actuar como obstáculo o perjuicio para el colectivo de mujeres, no tanto por su condición biológica de mujer, sino por el género, esto es, por la construcción sociocultural sexista creada en torno a aquella, en especial a la hora del reparto del trabajo de cuidar. Un imperativo de corrección-integración interpretativa que halla reconocimientos continuados en la doctrina jurisprudencial:

- sea en el ámbito laboral (por ejemplo, [STS 795/2022, de 4 de octubre](#): en los casos de reducción de jornada por guarda legal no procede la disminución proporcional del complemento salarial de asistencia y puntualidad que perciben las personas trabajadoras de la empresa),
- sea en el de Seguridad Social ([STS 576/2022, de 23 de junio](#): los periodos de cotización asimilados por parto ex [art. 235 LGSS](#) se deben computar a efectos de la carencia exigible ex [art. 274.4 LGSS](#) –6 años por desempleo– para el acceso al subsidio de prejubilación),
- ya cumpliendo una función determinante del fallo (razón fundamental de decidir),
- ya (solo) a mayor abundamiento (a modo de razón complementaria) para despejar toda duda interpretativa respecto del resultado obtenido a través de los criterios clásicos ([art. 3 Código Civil](#): sistemático, teleológico y realista).

Este último sería el caso de la [STS 747/2022, de 20 de septiembre](#): revocando la sentencia de suplicación, reconoce que las dolencias –en el caso, rotura de manguito rotador de hombro izquierdo– desencadenantes de incapacidad temporal de la trabajadora, limpiadora, derivan de enfermedad profesional, aunque dicha actividad no se incluya de manera expresa en la enumeración legal de actividades que pueden generarla, pues se trata de una lista abierta. Lo trascendente es que se efectúen trabajos con los codos en posición elevada (o que tensen los tendones o bolsa subacromial), asociándose a acciones de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en abducción o flexión. Posturas que se dan sin duda en la actividad de limpieza (*Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales: DDC-TME-01*). Ahora bien: «A los anteriores argumentos se ha de añadir uno [...] que refuerza la conclusión alcanzada [...]. Nos estamos refiriendo a la aplicación de la perspectiva de género» (FJ 6.º).

Sea en el ámbito de la integración de lagunas de cotización, más particular, sea en el del sistema de Seguridad Social, más general o sistémico, parece claro que la perspectiva de género en el sistema de pensiones públicas (también privadas, al menos en las del sistema de empleo, como evidencia la reciente [Ley 12/2022, de 30 de junio](#), de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo) merece mucho más que esta comprensión «a mayor abundamiento» o de una suerte de «justicia de ocasión». En lo que tiene que ver más directamente con la integración de lagunas, las persistentes exclusiones de ciertos colectivos de personas pensionistas de este mecanismo, como es el caso del trabajo autónomo o doméstico, carece de toda justificación, en sí, pero más aún si se tiene en cuenta la debida perspectiva de género. Por lo que debe tenerse como una discriminación, no ya solo como una laguna jurídica, urgida de reforma urgente, como la mejor doctrina científica acaba de poner de manifiesto e ilustrar en un estudio monográfico reciente, objeto de distinción por un reconocido premio científico (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023⁷).

⁷ Véase nota 3.

Además de la felicitación por el premio, ahora nos congratula que la doctrina judicial haya tomado también nota de esta antinomia de nuestro sistema de pensiones, dejando en el tejado de la ley la solución más sistémica.

No va a faltar ocasión, a juzgar por una de las propuestas auspiciadas en esta segunda fase del proceso reformador del sistema de pensiones públicas, sin duda más conflictivo de lo que ha sido el primero ([Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones). Nos referimos a la propuesta gubernamental, que ya ha explicitado por escrito en la Mesa de Diálogo Social, de ampliar el periodo de cómputo para la determinación de la base reguladora, pasando de los 25 años actuales a 30 (se reducen en 5 los previstos en propuestas no explicitadas por escrito previamente). Es evidente que esta medida afectará más negativamente a quienes tengan carreras de seguro social más cortas, también a las personas que más interrupciones acumulen. Situaciones que, como se ha visto, inciden de modo prevalente, entre otros colectivos (como el de las personas con discapacidad –cuyo régimen especial para la jubilación anticipada ex [art. 206 bis LGSS](#) está previsto sea modificado significativamente para favorecer el acceso a la pensión de tales colectivos–), en el de las mujeres. Por tanto, al margen de la introducción de otros factores correctores, será el momento definitivo de resolver de una forma más adecuada esta deficiente y contradictoria regulación de la técnica de integración de lagunas de cotización, reconociéndose para todo el sistema, no solo para el RGSS.

Activismo accionarial y retribución directiva: la influencia del *say-on-pay* en las empresas cotizadas españolas

Gabriel Lozano Reina (autor de contacto)

Profesor ayudante doctor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas. Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Murcia (España)

gabriel.lozano@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-1225-3422>

Gregorio Sánchez Marín

Catedrático de Organización de Empresas en el Departamento de Economía y Dirección de Empresas. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Universidad de Alcalá (España)

gregorio.sanchez@uah.es | <https://orcid.org/0000-0003-0175-814X>

Juan Samuel Baixauli Soler

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad del Departamento de Organización de Empresas y Finanzas. Decano de la Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Murcia (España)

samuel@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-2444-6894>

Este trabajo ha obtenido el **accésit del Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Recursos Humanos.

El jurado ha estado compuesto por: doña Ana María Calles Doñate, doña Charo García González, don Juan Sánchez Rodríguez, don Jesús Torres Mateos y don José Ángel Zúñiga Vicente.

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

Extracto

El *say-on-pay* (SOP) es una votación realizada en junta general que permite al accionariado pronunciarse –mediante un voto a favor, en contra o una abstención– acerca de la idoneidad de la retribución directiva. Esta votación, implementada originariamente por el Reino Unido en 2002, ha sido acogida en multitud de países, adoptando diversas tipologías. A pesar de las evidencias existentes hasta la fecha, sigue existiendo cierta controversia sobre su efectividad, siendo el contexto español de especial interés por sus especificidades de gobierno corporativo. En este sentido, el objetivo de este trabajo es explorar los efectos del SOP sobre el diseño de la retribución de los CEO de las empresas cotizadas españolas durante el periodo 2013-2020, analizando el grado de activismo existente, así como los efectos de la votación sobre el diseño de los paquetes retributivos. Los resultados indican que el SOP estimula la participación del accionariado en los asuntos de gobierno corporativo relacionados con la retribución, además de fomentar diseños retributivos para los CEO más alineados con los resultados empresariales.

Palabras clave: *say-on-pay*; SOP; activismo accionarial; retribución directiva; alineación retributiva; gobierno corporativo; empresas cotizadas españolas.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 15-12-2022

Cómo citar: Lozano Reina, G., Sánchez Marín, G. y Baixauli Soler, J. S. (2022). Activismo accionarial y retribución directiva: la influencia del *say-on-pay* en las empresas cotizadas españolas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 217-244. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3359>



Shareholder activism and executive compensation: the influence of say-on-pay on Spanish listed companies

Gabriel Lozano Reina (contributing author)

Profesor ayudante doctor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas. Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Murcia (España)

gabriel.lozano@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-1225-3422>

Gregorio Sánchez Marín

Catedrático de Organización de Empresas en el Departamento de Economía y Dirección de Empresas. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Universidad de Alcalá (España)

gregorio.sanchez@uah.es | <https://orcid.org/0000-0003-0175-814X>

Juan Samuel Baixauli Soler

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad del Departamento de Organización de Empresas y Finanzas. Decano de la Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Murcia (España)

samuel@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-2444-6894>

This paper has won a runner-up prize in the **Financial Studies 2022 Award** in the Human Resources category.

The jury members were: Mrs. Ana María Calles Doñate, Mrs. Charo García González, Mr. Juan Sánchez Rodríguez, Mr. Jesús Torres Mateos y Mr. José Ángel Zúñiga Vicente.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

The say-on-pay (SOP) is a voting held at the annual general meeting that allows shareholders to express their views –by voting in favor, against or by abstaining– on executive compensation. This voting, originally implemented by the United Kingdom in 2002, has been implemented in many countries with different typologies. There is still controversy about the effectiveness of this voting, with the Spanish context being of special interest due to its corporate governance particularities. Based on a sample of Spanish listed companies from 2013 to 2020, the aim of this paper is to analyze the effects of SOP on CEO compensation designs by analyzing the degree of shareholder activism existing as well as the impact of voting results on CEO compensation designs. Our results state that the SOP stimulates the participation of shareholders in corporate governance matters related to pay issues, in addition to encouraging CEO compensation more aligned with firm performance.

Keywords: say-on-pay; SOP; shareholder activism; executive compensation; aligned compensation; corporate governance; Spanish listed companies.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published (online preview): 15-12-2022

Citation: Lozano Reina, G., Sánchez Marín, G. y Baixauli Soler, J. S. (2022). Shareholder activism and executive compensation: the influence of say-on-pay on Spanish listed companies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 217-244. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.3359>



Sumario

1. Introducción
 2. El SOP y la retribución directiva
 - 2.1. Naturaleza y efectividad del SOP
 - 2.2. El SOP en el contexto de las sociedades cotizadas españolas
 3. Metodología
 - 3.1. Muestra y obtención de datos
 - 3.2. Variables
 - 3.3. Análisis y modelos
 4. Resultados
 - 4.1. Resultados descriptivos
 - 4.2. Resultados del análisis de datos de panel
 5. Conclusiones e implicaciones para la práctica empresarial
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Las retribuciones recibidas por los altos directivos (y muy especialmente por los consejeros delegados o CEO) de las empresas cotizadas han sido, a menudo, calificadas como desmesuradas y poco relacionadas con el rendimiento (Core *et al.*, 1999; Murphy, 2013). La escasa vinculación de la retribución directiva con la marcha económica de la empresa y la excesiva brecha salarial existente con el resto de los empleados han puesto en entredicho la eficiencia y la equidad retributiva. A ello ha contribuido la escasa independencia y la deficiente capacidad supervisora de los consejos de administración y de los comités retributivos (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2015; Sánchez Marín *et al.*, 2022). Esta situación ha derivado en un descontento generalizado del accionariado de las empresas cotizadas, lo que favorece el fenómeno conocido como «activismo accionarial» –que se define como la capacidad de influencia o presión que tienen los accionistas sobre las políticas y decisiones empresariales adoptadas por sus directivos–. Entre las diferentes alternativas que tiene el accionariado para poner en práctica su activismo –alzar la «voz» para mostrar su descontento, no hacer nada y mostrarse impasible o vender su porcentaje de participación y dejar la empresa (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020; Mangen y Magnan, 2012)–, las relacionadas con la «voz» son las que están ganando cada vez más importancia en relación con el ámbito retributivo.

Las votaciones realizadas en junta general son el mecanismo de gobierno corporativo que permite a los accionistas llevar a la práctica este tipo de activismo relacionado con la «voz». Entre ellas, ha adquirido una especial importancia en tiempos recientes el *say-on-pay* (SOP) (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020; Obermann y Velte, 2018; Stathopoulos y Voulgaris, 2016), una votación realizada en junta general donde los accionistas expresan su opinión –votando a favor, en contra o con una abstención– acerca de la idoneidad de los paquetes retributivos de sus directivos (Alissa, 2015; Ferri y Maber, 2013). Aunque los resultados de las votaciones SOP no suelen obligar a las compañías a modificar las políticas retributivas de los directivos (al menos, en España, donde el resultado de la votación tiene carácter consultivo), cabría esperar que, a mayor activismo accionarial en el ámbito del SOP, mayor sea la comunicación entre el accionariado y los comités retributivos, fomentando que los diseños retributivos de los directivos tengan en consideración los intereses de todas las partes implicadas o *stakeholders* (Brunarski *et al.*, 2015; Kimbro y Xu, 2016). De forma similar, la potencial mala reputación para una empresa derivada de una desaprobación multitudinaria de la retribución de los directivos debe alertar a los consejos de administración para mejorar la eficiencia de los diseños retributivos (Correa y LeI, 2016; Ferri y Maber, 2013), pues, cada vez más, los resultados desfavorables en la votación SOP

se interpretan como «mociones de confianza» o «llamadas de atención» al equipo directivo en relación con la idoneidad de su gestión empresarial¹.

La votación SOP fue implementada originariamente en el Reino Unido en 2002 con la finalidad de alcanzar un triple objetivo (*The Directors' Remuneration Report Regulations 2002*²): (1) aumentar la rendición de cuentas acerca de las retribuciones que reciben los altos directivos; (2) incrementar la transparencia de las organizaciones; y (3) fomentar una mayor vinculación entre las retribuciones y el rendimiento empresarial (Ferri y Maber, 2013). En las dos últimas décadas, el SOP ha ido ganando cada vez más importancia como mecanismo de control y supervisión de la retribución directiva, incrementándose paulatinamente el número de países que han otorgado un rango legal a las tradicionales recomendaciones de voto existentes –como parte fundamental de las políticas y procesos de fomento del buen gobierno corporativo–. España no se ha mostrado ajena a este fenómeno y en el año 2011 decide otorgar a dicha recomendación un rango legal para exigir su obligatoriedad, sin perjuicio de conservar la votación un carácter meramente consultivo.

El conjunto de evidencias apoya mayoritariamente la efectividad del SOP (Alissa, 2015; Baixauli Soler *et al.*, 2021; Conyon y Sadler, 2010; Correa y Lel, 2016; Ferri y Maber, 2013; Sánchez Marín *et al.*, 2017), poniendo de manifiesto una serie de mejoras en la eficiencia y equidad de las retribuciones de los altos directivos –que abarcan desde la reducción de los niveles salariales excesivos, hasta la eliminación de partidas retributivas controvertidas y el incremento de la sensibilidad entre retribuciones y resultados empresariales (Cai y Walkling, 2011; Correa y Lel, 2016; Kimbro y Xu, 2016)–. Además, estos efectos son más acentuados conforme es mayor el porcentaje de accionistas que muestra su desaprobación en la votación SOP y cuanto más ineficientes son consideradas las retribuciones por parte del accionariado (Ferri y Maber, 2013). Sin embargo, es cierto que los hallazgos no han mostrado un patrón uniforme (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020). Algunos estudios no han encontrado relaciones significativas entre los resultados de la votación SOP y los cambios en los diseños retributivos e, incluso, algunos otros han mostrado consecuencias retributivas desfavorables tras la implementación del SOP, tal y como se pone de manifiesto en el siguiente epígrafe.

A estas contradicciones hay que sumar el contexto legal en el que se desarrolla el SOP. La votación SOP, en función de la legislación imperante en cada país, puede adoptar diferente naturaleza. Por un lado, la realización de la votación puede ser voluntaria u obligatoria para las organizaciones y, por otro lado, los resultados obtenidos en la votación pueden ser preceptivos o meramente consultivos (véanse las revisiones de Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020; y Stathopoulos y Voulgaris, 2016). Así, mientras que en el Reino Unido las votaciones

¹ Esto ha sucedido recientemente en la junta general de BBVA, cuyos accionistas han mostrado un rechazo histórico a las retribuciones del consejo de administración de la entidad del periodo 2021 (Ortín, 2022), siendo cada vez mayor el porcentaje de accionistas que muestra su insatisfacción acerca de las retribuciones de sus altos directivos.

² Véase <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/1986/contents/made>

del SOP son obligatorias y sus resultados vinculantes, en una gran variedad de países que han incorporado el SOP se ha optado por una modalidad más laxa (como sucede en España), adoptando esta votación una naturaleza preceptiva (obligatoria), pero cuyos resultados tienen carácter meramente consultivo (no obligan a cambios por parte de las empresas).

Asimismo, el contexto de gobierno corporativo en el que las empresas desarrollan su actividad se ha mostrado como un elemento que puede condicionar fuertemente la efectividad del SOP. Son dos los modelos de gobierno corporativo que predominan en el ámbito internacional (Franks y Mayer, 1992): el modelo angloamericano y el europeo-continental. Se trata de modelos muy diferentes –en términos de concentración de accionistas, de liquidez del mercado de valores y de propiedad interconectada– que determinan fuertemente las características y rasgos principales del gobierno de las empresas, así como los mecanismos de control para hacer frente a los potenciales problemas de separación de la propiedad y del control (Ooghe y De Langhe, 2002). El modelo de gobierno corporativo español, propio de la Europa continental, está caracterizado por una elevada concentración de propiedad en accionistas mayoritarios que suelen asumir tareas de gestión y por una escasa protección de los accionistas minoritarios (Lozano Reina *et al.*, 2019). En este contexto de potenciales conflictos principal-principal (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2015), el SOP puede representar un importante contrapeso como mecanismo de control de la retribución directiva.

Así, en el ámbito español, considerando la naturaleza de la votación SOP y las particularidades del sistema de gobierno corporativo en el que esta se desarrolla, las evidencias son todavía muy escasas y necesitan de análisis adicionales que permitan vislumbrar sobre la efectividad real de este mecanismo de supervisión (Sánchez Marín *et al.*, 2017). Resulta de interés, por tanto, analizar hasta qué punto el SOP está fomentando un mayor activismo accionarial y, lo que aún es más importante, si está influyendo positivamente en un diseño más eficiente de los paquetes retributivos de los directivos en el ámbito de las grandes corporaciones españolas. Específicamente, los objetivos de este estudio son, por una parte, examinar el grado de activismo accionarial (de tipo retributivo) existente en España desde la implementación del SOP y, por otro lado, analizar cómo esta votación impacta sobre los diseños retributivos de los CEO; para ello, se analizan los potenciales efectos del SOP sobre los niveles retributivos y sobre la composición del paquete –o *mix*– retributivo. Para abordar estos objetivos y contrastar empíricamente estas proposiciones, este trabajo está basado en el análisis de las retribuciones de los CEO –como representantes principales de los equipos de alta dirección y cuyas retribuciones contienen la esencia de las políticas salariales corporativas– del conjunto de las empresas españolas cotizadas y considerando el periodo completo de años sobre los que existen referencias en relación con la votación SOP (2013-2020).

Este trabajo está estructurado de la forma indicada a continuación. Después de esta introducción, se describe la naturaleza y efectividad del SOP, además de examinarse la votación SOP dentro del contexto empresarial español. Tras ello, se detalla la metodología, para, seguidamente, describir los resultados obtenidos tras los análisis realizados. Finalmente, las principales conclusiones son expuestas y, sobre la base de ellas, se discuten las principales implicaciones para la práctica empresarial.

2. El SOP y la retribución directiva

2.1. Naturaleza y efectividad del SOP

Teniendo en cuenta las condiciones de información asimétrica y la búsqueda de los intereses personales (Mangen y Magnan, 2012), un contrato retributivo eficiente puede ser definido, desde una perspectiva de agencia, como aquel en el que la retribución aparece vinculada con los resultados de la empresa –lo que determina, a su vez, la riqueza de los accionistas (Jensen y Murphy, 1990)–. En este ámbito, el SOP, como mecanismo alternativo de gobierno corporativo y dinamizador del activismo accionarial, pretende incrementar el poder y la capacidad de control del accionariado sobre los diseños retributivos de los altos directivos (Conyon y Sadler, 2010; Kimbro y Xu, 2016). A través de una votación –en contra, a favor o una abstención–, los accionistas expresan su visión acerca de la idoneidad de los diseños retributivos para los altos directivos de su corporación, ofreciéndoles una gran oportunidad de bajo coste para proporcionar una retroalimentación periódica a la cúpula directiva en el ámbito retributivo (Gregory-Smith *et al.*, 2014). La finalidad del SOP es precisamente fomentar que la vinculación entre retribución y resultados sea lo más estrecha posible, promoviendo la eliminación de todos aquellos diseños salariales que no reflejen los intereses de los *stakeholders* (en particular, de los propietarios o de la propia empresa) y/o no sean fruto de unas condiciones óptimas de negociación (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020; Stathopoulos y Voulgaris, 2016).

La efectividad del SOP ha sido puesta en «tela de juicio» dado que, mientras algunos estudios sostienen que el SOP es un mecanismo de supervisión y control eficaz para promover retribuciones más eficientes y justas, otras evidencias apuntan a que esta votación no es del todo eficaz (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020; Obermann y Velte, 2018; Stathopoulos y Voulgaris, 2016). Se pueden diferenciar tres corrientes acerca de cómo es la efectividad del SOP sobre los diseños retributivos (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020): una favorable, otra desfavorable y una última considerada como neutral. Los estudios que se alinean con una visión favorable del SOP indican que esta votación logra reducir las retribuciones de los CEO y aumenta el vínculo entre retribución y resultados (Baixauli Soler *et al.*, 2021; Balsam *et al.*, 2016; Cai y Walkling, 2011; Kimbro y Xu, 2016). En este sentido, Ferri y Maber (2013) observan un marcado incremento en la sensibilidad retributiva cuando los resultados empresariales no son favorables –lo que es especialmente acusado en aquellas organizaciones que obtienen una alta desaprobación–. De forma similar, Correa y LeI (2016) encuentran que la reducción en las retribuciones de los CEO y su vinculación a los resultados empresariales son mayores en los países que tienen implementada legislación sobre el SOP, favoreciéndose en estos contextos el aumento de la transparencia y la alineación retributiva. Yéndose más allá, Kimbro y Xu (2016) y Balsam *et al.* (2016) indican que los accionistas están capacitados para identificar cuándo los CEO de sus empresas reciben retribuciones ineficientes, siendo en estos casos cuando muestran su disconformidad

a través de un voto negativo. Además, estos votos desfavorables derivan en un descenso retributivo en los años posteriores.

En el lado opuesto, existen otros trabajos que arrojan una visión más controvertida del SOP (Bainbridge, 2009; Brunarski *et al.*, 2015; Levit y Malenko, 2011), que puede estar amparada en el hecho de que el SOP no logra verdaderamente transmitir los puntos de vista de los accionistas –no teniendo, por tanto, un papel de asesoramiento para la gerencia de las organizaciones (Levit y Malenko, 2011)–. En este sentido, Brunarski *et al.* (2015) evidencian que los CEO que reciben retribuciones consideradas como ineficientes, cuando reciben un bajo apoyo en el SOP, intentan apaciguar a los accionistas mediante actos superfluos que verdaderamente no suponen cambios en las retribuciones ni favorecen la riqueza del accionista. Estas prácticas superfluas, que son consideradas como «escaparatismo», no son bien vistas por el accionariado, lo que se traduce en una reducción del valor de la empresa (Brunarski *et al.*, 2015). Por ello, Bainbridge (2009) opina que es mejor dejar el diseño retributivo en manos de los consejos de administración, dado que están más informados que los accionistas para diseñar las retribuciones (Bainbridge, 2009).

Finalmente, existen otros trabajos que no obtienen efectos significativos –ni en sentido positivo ni negativo– del SOP sobre las retribuciones de los CEO, como el de Conyon y Sadler (2010), quienes – pese a verificar que las propuestas en materia retributiva atraen un mayor disenso de votos que las propuestas de otra naturaleza– no encuentran una clara evidencia de que un bajo apoyo en el SOP conlleve una disminución futura de las retribuciones. Alissa (2015), por su parte, tampoco encuentra evidencia de que exista una reacción en las retribuciones con independencia del resultado obtenido en el SOP –a menos que el resultado empresarial no sea bueno–. En una línea similar, Armstrong *et al.* (2013) sugieren que la confianza de los accionistas, expresada a través del apoyo manifestado en las votaciones consultivas, no afecta verdaderamente a las políticas de retribución de los CEO, no encontrando evidencia de que un rechazo de los accionistas disminuya las retribuciones que sus CEO reciben con posterioridad a la votación.

La divergencia en los resultados obtenidos puede estar fundamentada por la naturaleza que el SOP tiene en cada uno de los contextos analizados dado que esta votación no es un mecanismo homogéneo (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020). En este sentido, existen diversas tipologías dependiendo, por un lado, de si la realización de la votación tiene carácter preceptivo o voluntario para las organizaciones, y, por otro lado, según sus resultados sean vinculantes o consultivos, tal y como se pone de manifiesto en la tabla 1. Respecto de la realización de la votación, esta es introducida en la mayor parte de los países como una mera recomendación de buen gobierno. Sin embargo, dado el escaso grado de cumplimiento que tienen las recomendaciones, la mayor parte de los países optan por elevarla a rango legal para darle un carácter preceptivo. Por su parte, los resultados de la votación SOP pueden ser vinculantes o consultivos para las empresas –en función de si deben o no ser considerados de manera preceptiva por parte de las empresas–. Considerando ello, y tal y como se muestra en la tabla 1, se podrían diferenciar tres grandes tipologías de SOP: (1) voluntario y consultivo; (2) preceptivo y consultivo; y (3) preceptivo y vinculante.

Tabla 1. Tipologías de SOP según su naturaleza legal

Tipología de SOP	Definición	Países en los que se aplica
Voluntario y consultivo	La realización de la votación por parte de las empresas es meramente voluntaria (a modo de recomendación de buen gobierno). En la misma línea, los resultados obtenidos no vinculan necesariamente a la organización.	Canadá, Alemania
Preceptivo y consultivo	Las empresas deben realizar la votación de forma obligatoria en junta general (dado que la misma tiene rango legal). Sin embargo, los resultados obtenidos tras la votación no vinculan necesariamente a la empresa.	España, Bélgica, Estados Unidos o Italia
Preceptivo y vinculante	Las empresas deben realizar la votación de forma obligatoria en junta general (dado que la misma tiene rango legal). Además, los resultados obtenidos en la votación sí vinculan a la organización, teniendo que ser tomados en consideración.	Reino Unido, Noruega, Suecia, Suiza, Japón

Fuente: elaboración propia.

En todo caso, a pesar de la divergencia existente en la literatura, las evidencias se inclinan mayoritariamente hacia una visión favorable del mecanismo del SOP, encontrando que esta votación tiende a favorecer diseños retributivos para los altos directivos más moderados en su cuantía total y mejor vinculados a los intereses de los accionistas y a la evolución económica de la empresa, al mismo tiempo que se fomenta una mayor transparencia y divulgación retributiva (Lozano Reina y Sánchez Marín, 2020). Se puede afirmar, por tanto, que los accionistas, cada vez más informados y en disposición de datos más fiables, son capaces de valorar racionalmente –mediante la votación SOP– las retribuciones de sus altos directivos para inducir a las propias organizaciones a adoptar diseños retributivos más eficientes y equitativos. Cada vez es mayor la proporción de accionistas que suelen mostrar su oposición a las retribuciones cuando consideran que las políticas retributivas de sus altos directivos no son idóneas –bien por ser excesivas o bien por no estar vinculadas al rendimiento empresarial– (Balsam *et al.*, 2016). Este mayor activismo accionarial a través del SOP tiene el potencial de conseguir una reducción de los niveles retributivos, al tiempo que promueve el uso de componentes de carácter variable ligados a la marcha económica de la organización.

2.2. El SOP en el contexto de las sociedades cotizadas españolas

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, las diferentes tipologías de votación y la variedad de contextos de gobierno corporativo son factores fundamentales

que influyen en la efectividad del SOP y que pueden estar detrás de las evidencias dispares que presenta la literatura. Así lo reflejan Mangen y Magnan (2012), al sostener que la efectividad del SOP está condicionada por dos aspectos que se consideran como los principales desafíos de la votación: (1) contrarrestar el poder de los altos directivos sobre el consejo de administración; y (2) reducir las asimetrías de información. Ambos aspectos están influenciados por las particularidades existentes en la normativa de gobierno corporativo de cada territorio.

Con relación al primer aspecto, los altos directivos suelen ejercer una elevada influencia sobre el consejo de administración y la toma de decisiones en materia retributiva, siendo difícil disminuir este poder o discrecionalidad que afecta a la efectividad del SOP (Baixauli Soler *et al.*, 2021). Este poder se puede ver reflejado a través de la participación de los altos directivos en la propiedad de la empresa, en su pertenencia a los consejos de administración o por la existencia de dualidad –esto es, cuando el presidente del consejo de administración es también el máximo ejecutivo de la organización– (Dalton y Dalton, 2011). En relación con la retribución, determinados estudios evidencian que un mayor poder de los altos directivos sobre el consejo de administración se relaciona con una mayor retribución (Sánchez Marín *et al.*, 2011; Zajac y Westphal, 1995), siendo necesario amortiguar ese poder y discrecionalidad individual que poseen dichos altos directivos (Baixauli Soler *et al.*, 2021). Por otro lado, en relación con la información asimétrica, el consejo de administración –como órgano responsable de establecer la retribución de los altos directivos– debe contar con toda la información necesaria sobre las capacidades de los altos directivos, sus habilidades y competencias, así como sobre el grado de alcance de los objetivos y sus niveles de rendimiento, para así disponer de todos los recursos informativos que posibiliten la adopción de decisiones retributivas equitativas y eficientes (Mangen y Magnan, 2012). En este contexto, el problema reside en que los consejos de administración no cuenten con la información necesaria para adoptar diseños retributivos eficientes; o, de tenerla, no tomen decisiones suficientemente objetivas y razonadas sobre la base de esta, estableciendo contratos retributivos subóptimos o ineficientes.

Considerando la influencia de ambos factores en la efectividad del SOP, analizamos a continuación la naturaleza jurídica de la votación SOP en España y el contexto de gobierno corporativo en el que opera la empresa cotizada española. Con respecto al primer factor (naturaleza jurídica del SOP), las pobres alineaciones evidenciadas entre la retribución de los directivos y los resultados empresariales (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2011, 2015) y el escaso cumplimiento de las recomendaciones de someter a votación consultiva la retribución (Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–, 2006, 2015) conducen al legislador a elevar dicha recomendación a rango legal para exigir la obligatoriedad de la misma, sin perjuicio de conservar la votación un carácter meramente consultivo. Así, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, incorporó la votación SOP a la normativa española otorgándole carácter «preceptivo» (las empresas tienen la obligación de someter anualmente la retribución de sus directivos a votación por parte del accionariado),

pero «consultivo» a los resultados obtenidos (las empresas tienen la potestad de decidir si modifican o no las políticas retributivas de sus directivos a la vista de la opinión manifestada por sus accionistas).

Con relación al segundo factor (contexto de gobierno corporativo), el modelo de gobierno corporativo en el que opera la empresa cotizada española presenta características propias del modelo europeo-continental (La Porta *et al.*, 1999). La empresa española se caracteriza, en este sentido, por presentar una estructura de propiedad muy concentrada en manos de pocos accionistas mayoritarios que suelen ejercer el control efectivo, en la que los cruces de propiedad entre accionistas dominantes están muy extendidos, con cambios lentos en la propiedad de los bloques de acciones que otorgan el control debido a un mercado de capitales (de control de empresas) poco desarrollado y escasamente líquido (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2015; La Porta *et al.*, 1999). A esto hay que añadir la escasa protección legal de inversores y accionistas minoritarios –que apenas tienen capacidad para poder controlar–, así como la presencia de estructuras orgánicas de carácter no dual en las que los consejos de administración realizan simultáneamente funciones de dirección y de supervisión (De Andrés *et al.*, 2005). En este contexto de gobierno corporativo, existe un potencial conflicto principal-principal (Morck *et al.*, 2005; Young *et al.*, 2008), en el que los accionistas dominantes (quienes ejercen un alto grado de control sobre el consejo de administración), si bien tienen el poder y los incentivos para supervisar eficientemente a los altos directivos –e influir en un apropiado diseño de sus retribuciones–, también presentan un alto riesgo (moral) de entrar en connivencia con tales directivos –o, incluso, de ejercer ellos mismos como altos directivos–, aprobando o fijándose a sí mismos elevadas retribuciones poco alineadas con los resultados de la empresa, que pueden suponer una expropiación de rentas –o *tunneling*– (Johnson *et al.*, 2000) de los accionistas minoritarios (por parte de los dominantes) por la vía de la retribución.

En este contexto de fuerte poder de los propietarios-directivos y de escasa independencia de los mecanismos de supervisión tradicionales (consejo de administración y comité de retribuciones), cobra especial significado –e impacto– la votación SOP como mecanismo alternativo –y muchas veces único– de control de las retribuciones de los altos directivos. Estudios como los de Balsam *et al.* (2016) y Kimbro y Xu (2016) han puesto de manifiesto que los accionistas son capaces de identificar las retribuciones que son desproporcionadas, siendo precisamente en esos casos cuando se suele emitir un voto desfavorable. Los accionistas, pues, suelen mostrar comportamientos racionales y no votan en contra de las retribuciones de sus altos directivos por el mero hecho de ser elevadas, sino cuando las mismas son valoradas como injustas e ineficientes (Brunarski *et al.*, 2015). Cuando una parte del accionariado emite un voto de disenso (ya sea un voto negativo o una abstención), las empresas tienden a atender esa opinión para evitar verse perjudicadas por la publicidad adversa que puede derivarse de una alta disconformidad –con la consiguiente pérdida de reputación que ello les puede suponer– (Ertimur *et al.*, 2013). Por los citados motivos, en España, a pesar de que la votación tenga un carácter meramente consultivo, es de esperar que los consejos de administración sí tengan en consideración los resultados de la

votación SOP. Y, de hecho, las escasas evidencias empíricas en el ámbito español (Lozano Reina *et al.*, 2019; Sánchez Marín *et al.*, 2017) señalan que, además de reforzar el vínculo retribución-desempeño, una votación SOP con resultado desfavorable también incrementa la sensibilidad de la retribución sobre el rendimiento empresarial, disminuyendo las desproporcionadas retribuciones de los altos directivos establecidas al margen de la marcha económica de la empresa.

El SOP, por tanto, puede contrarrestar el poder que tradicionalmente han tenido los altos directivos de la empresa cotizada española sobre las decisiones tomadas por los consejos de administración de sus organizaciones, aumentando el activismo accionario en el ámbito retributivo y reconduciendo los paquetes retributivos de la cúpula directiva hacia diseños más vinculados al rendimiento y valor empresarial acordes a los intereses del conjunto de propietarios.

3. Metodología

3.1. Muestra y obtención de datos

La muestra se compone del conjunto de empresas no financieras que cotizan en el mercado bursátil español durante el periodo 2013-2020 (periodo completo de años sobre los que existen referencias en relación con la votación SOP). El periodo temporal es iniciado en el año 2013, ya que la información sobre la votación SOP no es mostrada en los informes sobre retribución de los consejeros hasta ese mismo año –a pesar de que, en realidad, el SOP entrase en vigor a partir de la Ley de economía sostenible (2011)–. Tras excluir a aquellas organizaciones para las que no se dispone de suficiente información y tras depurar la muestra eliminando los valores considerados como extremos, se obtiene un número final de empresas que asciende a 107.

Por su parte, los datos para realizar el presente estudio se extraen, por un lado, a partir de la información aportada por las sociedades cotizadas españolas en los informes sobre retribución de los consejeros y en los informes de gobierno corporativo publicados cada año por la CNMV³. En particular, los datos sobre la votación SOP y sobre la retribución de los CEO son extraídos de los informes sobre retribución de los consejeros, mientras que los informes de gobierno corporativo permiten extraer las variables de gobierno corporativo, además de resultar de utilidad para conocer quién es el CEO de cada una de las empresas objeto de estudio. Por otro lado, de la base de datos SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibéricos) son extraídas las variables de control (cuya naturaleza es económico-financiera).

³ Véase <http://cnmv.es/portal/Menu/Registros-Oficiales.aspx>

3.2. Variables

Los cuatro grupos de variables utilizadas para el estudio empírico se describen en detalle en la tabla 2. En primer lugar, las variables relacionadas con la votación SOP –definida, como se ha indicado anteriormente, como el «porcentaje de votos (a favor, en contra y abstenciones) recibido por parte de los accionistas en cada junta general»–. Los accionistas emitirán un voto de disenso (esto es, un voto negativo o una abstención) cuando, tras evaluar las retribuciones recibidas por sus directivos, creen que dichos paquetes salariales son ineficientes o excesivos. Por otro lado, los accionistas emitirán un voto a favor cuando consideren que la retribución recibida por sus directivos es acorde con su desempeño y con el devenir de la organización. En segundo lugar, se emplean dos variables retributivas como variables dependientes, una referida al nivel retributivo y otra a la composición del paquete –o *mix*– retributivo. En tercer lugar, se controlan diversas variables de gobierno corporativo dada la relevancia que tienen en el contexto analizado (Sánchez Marín *et al.*, 2017): tres variables están relacionadas con el consejo de administración y una está asociada al comité retributivo. Finalmente, y complementando a las variables de gobierno corporativo, se controlan diversas variables económico-financieras que la literatura indica como potenciales factores que afectan al diseño retributivo del CEO.

Tabla 2. Descripción de variables

Variable	Descripción	Fuente
Activismo accionarial (ACTIVISMO)	Variable continua que recoge la participación de los accionistas en el SOP, considerando el porcentaje de los votos emitidos en junta general sobre el total de votos posibles.	
Votación SOP Disenso (DISENSO)	Variable continua que considera la suma del porcentaje de abstenciones y votos negativos sobre el total de votos emitidos, lo que representa el grado de insatisfacción de los accionistas con la retribución de sus altos directivos.	CNMV
Elevado versus bajo disenso	Variable dicotómica que toma el valor 1 cuando la suma del porcentaje de abstenciones y votos negativos sobre el total de votos emitidos es igual o superior al 10% (ALTO_DIS), y toma el valor 0 cuando la suma del porcentaje de abstenciones y votos negativos sobre el total de votos emitidos es inferior al 10% (BAJO_DIS).	



Variable	Descripción	Fuente
Retribución del CEO	<p>Nivel retributivo (RET_NIVEL)</p> <p>Resulta de la suma de las siguientes partidas: sueldo, remuneración fija, dietas, remuneración por pertenencia a comisiones del consejo, retribución variable a corto y largo plazo, y otros conceptos. Siguiendo la literatura previa, se calcula el logaritmo natural de esta variable para reducir la dispersión existente (Kimbro y Xu, 2016).</p>	CNMV
	<p>Composición del paquete retributivo (RET_MIX)</p> <p>Proporción que representan los componentes retributivos de carácter variable sobre el total retributivo recibido por cada uno de los CEO.</p>	
Gobierno corporativo	<p>Independencia del consejo (INDEP_CONSEJO)</p> <p>Variable continua que recoge el porcentaje de consejeros calificados como independientes sobre el total de consejeros que forman parte del consejo de administración.</p>	CNMV
	<p>Dualidad (DUAL)</p> <p>Variable dicotómica que toma el valor 1 si existe dualidad (es decir, si el puesto de presidente del consejo de administración y el de CEO o máximo ejecutivo de la empresa es ocupado por la misma persona) y el valor 0 en caso contrario.</p>	
	<p>Propiedad del consejo (PROP_CONSEJO)</p> <p>Variable continua que recoge el porcentaje de propiedad de la empresa que se posee en manos de miembros del consejo de administración de cada organización.</p>	
	<p>Independencia del comité retributivo (INDEP_COMRET)</p> <p>Variable continua que recoge el porcentaje de consejeros calificados como independientes sobre el total de consejeros que forman parte del comité retributivo.</p>	
Variables de control	<p>Tamaño de la organización (VENTAS)</p> <p>Variable continua que recoge las ventas anuales de cada compañía. Con la finalidad de reducir la dispersión en los datos, se calcula el logaritmo natural de esta variable.</p>	SABI
	<p>Rentabilidad económica (ROA)</p> <p>Se calcula como la ratio entre el beneficio antes de intereses e impuestos y el activo total de cada empresa.</p>	
	<p>Flujo libre de caja (CASHFLOW)</p> <p>Se calcula como la ratio entre el flujo de caja libre y el valor de mercado de la empresa (midiéndose el flujo de caja libre como las entradas de efectivo procedentes de las operaciones de la organización).</p>	

Fuente: elaboración propia.

3.3. Análisis y modelos

Se utiliza una metodología de análisis de datos de panel sobre los dos modelos propuestos a continuación. Esta metodología es adecuada en este ámbito de estudio dada la heterogeneidad que caracteriza a los CEO, existiendo rasgos y características de los mismos que resultan sumamente difíciles de obtener o de medir (como pueden ser sus capacidades y/o habilidades). A través de este tipo de metodología de análisis, es posible controlar esa heterogeneidad inobservable –dado que, en caso de no ser controlada, los resultados obtenidos podrían considerarse como sesgados–.

El modelo 1 se plantea para contrastar la influencia que tiene un SOP desfavorable sobre el nivel retributivo. En este sentido, la variable dependiente es el nivel retributivo (RET_NIVEL), definido en la tabla 2. Por su parte, las variables independientes son el disenso obtenido en la votación SOP (DISSENSO), las variables de gobierno corporativo y las variables de control.

$$\text{RET_NIVEL}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \times \text{DISSENSO}_{it-1} + \beta_2 \times \text{INDEP_CONSEJO}_{it} + \beta_3 \times \text{DUAL}_{it} + \beta_4 \times \text{INDEP_COMRET}_{it} + \beta_5 \times \text{PROP_CONSEJO}_{it} + \beta_6 \times \text{Variables de control}_{it} + \eta_i + \psi_i + d_t + e_{it} \quad (1)$$

Seguidamente, el modelo 2 se plantea en términos similares para examinar la influencia que tiene el diseño del SOP sobre la composición del paquete –o *mix*– retributivo con la finalidad de analizar si el SOP promueve una mayor utilización de los componentes retributivos de carácter variable –dado que están más vinculados a la marcha económica de la organización–.

En este sentido, la variable dependiente es la composición del paquete retributivo (RET_MIX), definido conforme es indicado en la tabla 2. Por su parte, las variables independientes y las variables de control son las mismas que se definen para el modelo 1.

$$\text{RET_MIX}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \times \text{DISSENSO}_{it-1} + \beta_2 \times \text{INDEP_CONSEJO}_{it} + \beta_3 \times \text{DUAL}_{it} + \beta_4 \times \text{INDEP_COMRET}_{it} + \beta_5 \times \text{PROP_CONSEJO}_{it} + \beta_6 \times \text{Variables de control}_{it} + \eta_i + \psi_i + d_t + e_{it} \quad (2)$$

Además de testarse los modelos 1 y 2 usando la muestra total de empresas, también son testados segmentando la muestra entre aquellas organizaciones que reciben un elevado disenso (ALTO_DIS) y aquellas que reciben un bajo disenso (BAJO_DIS), de la forma en la que se ha definido esta variable en la tabla 2.

4. Resultados

4.1. Resultados descriptivos

La tabla 3 recoge los estadísticos descriptivos de los tres grupos principales de variables que se incluyen en este estudio (votación SOP, retribución del CEO y gobierno corporativo). Respecto del análisis de las variables relacionadas con la votación SOP, se puede apreciar que existe un elevado grado de activismo accionarial dado que alrededor del 79 % de accionistas suele participar en las votaciones anuales realizadas en junta general para emitir su opinión acerca de los paquetes salariales de sus directivos. Del total de accionistas que participan en la votación SOP, en torno al 8 % suele mostrar, en promedio, un voto de disenso o insatisfacción (bien sea a través de un voto negativo, bien sea absteniéndose). En todo caso, este dato debe ser tomado con cierta cautela dado que, como se aprecia, existe una elevada dispersión en los datos, que van desde el 0 % de disenso en algunas empresas hasta el 100 % en otras. Por su parte, tras segmentar la muestra –entre empresas que reciben un elevado disenso y empresas que reciben un bajo disenso–, se obtiene que, en término medio, un 30 % de las organizaciones de la muestra reciben un disenso considerado como «alto» (esto es, un disenso igual o superior al 10 %).

Con relación a las variables retributivas, la retribución media del CEO es (en logaritmos) 13,28, lo que, traducido a euros, supone una retribución media durante el periodo 2013-2020 de 1,1 millones de euros. Existe, sin embargo, una elevada dispersión en las cifras debido a la heterogeneidad de empresas analizadas, llegando a existir CEO que han cobrado cerca de 10 millones de euros.

Por otra parte, si nos centramos en el *mix* retributivo o proporción que representan los componentes salariales de tipo variable sobre el total de la retribución del CEO, estos ascienden a algo más del 27 %, existiendo nuevamente una elevada dispersión –dado que hay empresas cotizadas donde directamente no hay componentes de naturaleza variable, mientras que en otras organizaciones dichos componentes llegan a representar el 100 % del paquete retributivo–. Por último, respecto de las variables de gobierno corporativo, la tabla 3 muestra que los consejos de administración tienen una proporción de consejeros independientes de un 39 %, en promedio; mientras que el grado de independencia en los comités retributivos asciende al 62 %. La dualidad, por su parte, está descendiendo cada

vez más en el tejido empresarial español, siendo inferior al 30 % durante el periodo analizado. Finalmente, los miembros de los consejos de administración poseen, por término medio, un 30 % de las acciones de las empresas cotizadas.

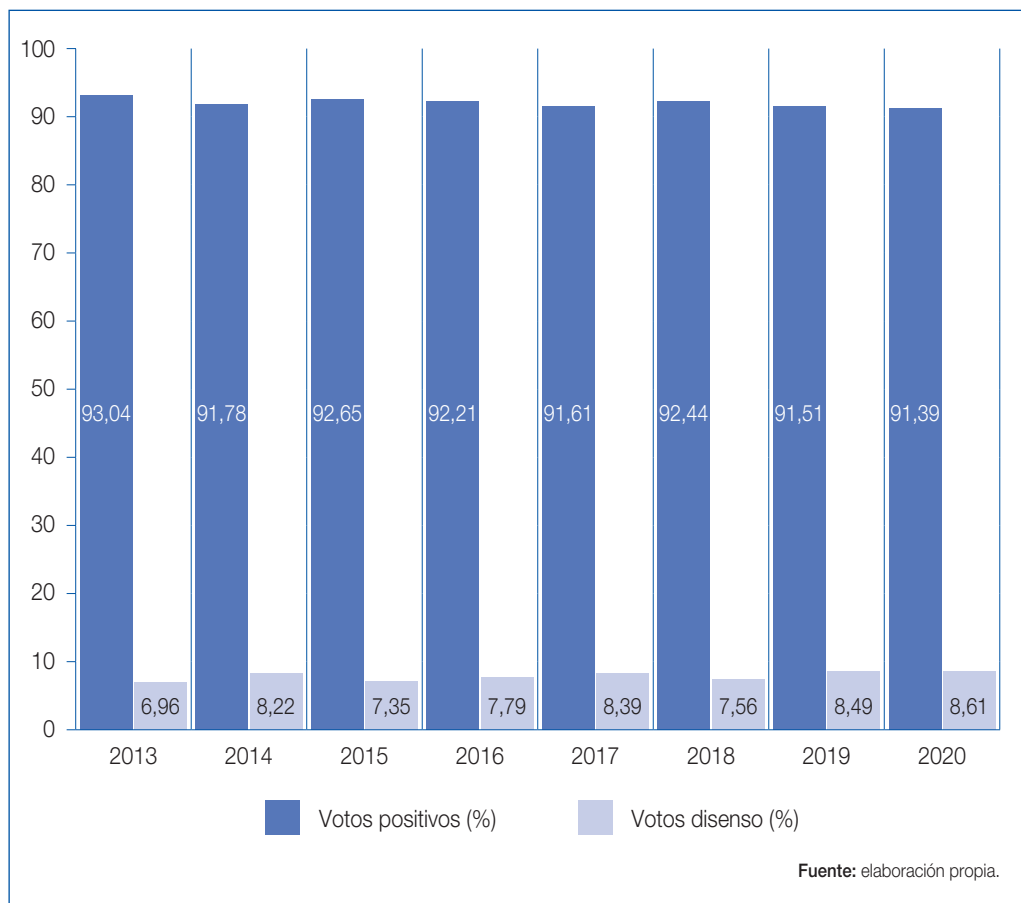
Tabla 3. Descriptivos de las variables principales (2013-2020)

		Media	Mediana	Desviación típica	Mínimo	Máximo
Votación SOP	ACTIVISMO	78,59	79,93	18,64	12,38	100
	DISENSO	7,77	2,45	12,36	0	100
	DISENSO_D	0,28	0	0,45	0	1
Retribución del CEO	RET_NIVEL	13,28	13,42	1,25	8,51	16,31
	RET_MIX	27,5	25,23	22,53	0	100
Gobierno corporativo	INDEP_CONSEJO	39,22	37,5	16,57	0	100
	DUAL	0,29	0	0,45	0	1
	PROP_CONSEJO	29,99	16,16	24,3	0	99,5
	INDEP_COMRET	62,01	66,67	22,49	0	100

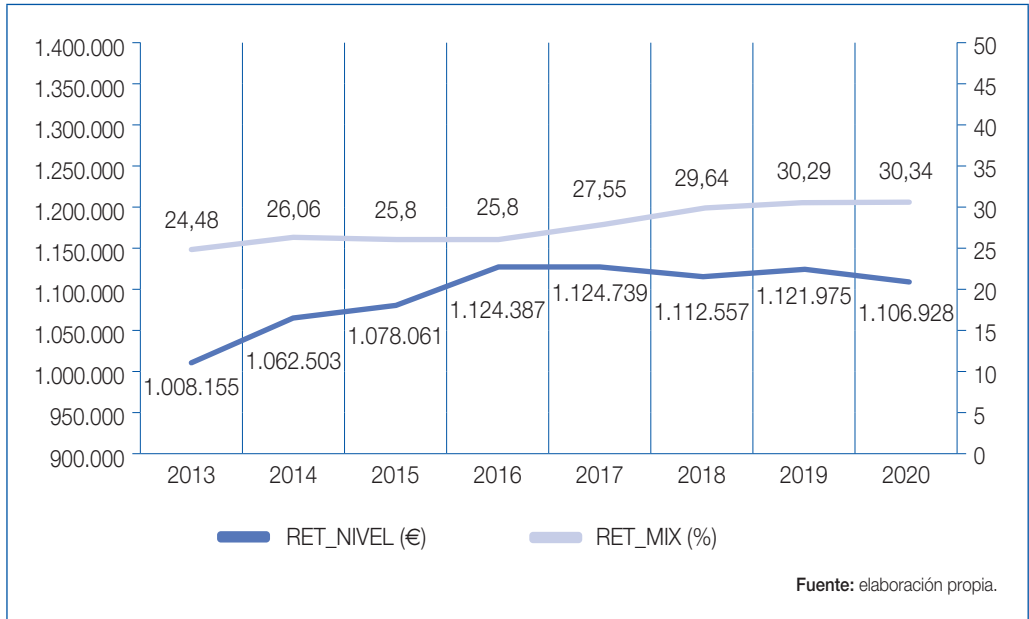
Fuente: elaboración propia.

Los gráficos 1 y 2 visualizan para el periodo 2013-2020 la evolución de los resultados de la votación SOP y la evolución de las retribuciones de los CEO. En el gráfico 1 se aprecia cómo el accionariado de las empresas cotizadas españolas suele emitir, en general, un voto a favor de las retribuciones de sus altos directivos. Sin embargo, el porcentaje de disenso está aumentando cada vez más (pasando del 6,9 % en el año 2013 al 8,6 % en el año 2020). Ello es un claro indicativo de que, con el paso del tiempo, los accionistas de las empresas cotizadas españolas se sienten empoderados para mostrar su oposición a los diseños retributivos de sus directivos cuando consideran que estos no son justos ni coherentes con el devenir de la organización. Estos resultados son consistentes, además, con lo que los medios de comunicación están percibiendo acerca del funcionamiento del SOP. Una reciente noticia en diversos periódicos señala que «cada año, más votos en contra» (Ortín, 2022) para referirse a que los accionistas se sienten cada vez más legitimados para emitir un voto de disenso cuando piensan que las políticas y decisiones adoptadas por sus órganos de gobierno (en particular, las decisiones a nivel retributivo) no son óptimas.

Gráfico 1. Evolución del comportamiento de voto del accionariado (2013-2020)



El gráfico 2 muestra la evolución que han tenido las retribuciones de los CEO de las empresas cotizadas españolas, tanto en lo referido al nivel como al *mix* retributivo. En relación con los niveles retributivos, se aprecia una tendencia al alza hasta 2016, momento a partir del cual empieza a disminuir progresivamente, reduciéndose, en promedio, en algo más de 100.000 euros hasta 2020. Asimismo, se aprecia como, con el transcurso del tiempo, aumenta el peso que tienen los componentes retributivos de carácter variable sobre el total de la retribución, pasando de suponer un 24,5 % en el año 2013 a suponer más del 30 % en el año 2020, si bien es a partir de 2016 cuando se produce un mayor salto en esta tendencia alcista. Podríamos pensar que este punto de inflexión en 2016 puede venir dado, al menos en parte, por el efecto supervisor del mecanismo de gobierno del SOP, que inicia una tendencia decreciente en los niveles retributivos de los CEO a la vez que impulsa una mayor alineación de dichas retribuciones con el rendimiento. Para confirmar, no obstante, estas impresiones se realiza, a continuación, un análisis de datos de panel.

Gráfico 2. Evolución de las retribuciones de los CEO (2013-2020)


4.2. Resultados del análisis de datos de panel

Las tablas 4 y 5 muestran los resultados del análisis de datos de panel realizado para examinar el efecto que tiene el SOP sobre los diseños retributivos de los CEO de las empresas cotizadas españolas –considerando sus potenciales efectos sobre el nivel de tales retribuciones (tabla 4) y sobre la composición –o *mix*– del paquete retributivo (tabla 5). En ambas tablas se diferencian tres regresiones: la regresión I examina la efectividad del SOP sobre la muestra total de empresas cotizadas españolas; la regresión II considera el subgrupo de empresas que reciben un elevado disenso (esto es, aquellas cuyo porcentaje de votos negativos más abstenciones sobre el total de votos emitidos es igual o superior al 10%); y la regresión III considera el subgrupo de empresas que reciben un bajo disenso (esto es, cuyo porcentaje de votos negativos más abstenciones sobre el total de votos emitidos es inferior al 10%).

Sobre la base de los resultados mostrados en la tabla 4, se puede afirmar que, considerando la muestra en su conjunto, el SOP tiene una influencia significativa sobre el nivel retributivo de los CEO, en el sentido de que un voto de disenso contribuye a reducir los niveles salariales en los años siguientes. Además, al dividir la muestra entre empresas que reciben un elevado versus bajo disenso, se obtiene que el voto de disenso es estadísticamente significativo solo en el subgrupo de empresas que reciben un alto disenso. Esto indica que el activismo accionarial resulta especialmente efectivo en las organizaciones donde las protestas e inconformismo del accionariado se acentúa, mientras que el SOP no es tan

efectivo (por no ser, quizá, tan necesario) cuando los accionistas mayoritariamente están conformes con las retribuciones propuestas para sus altos directivos. En relación con el resto de las variables, cabría destacar, de acuerdo con lo esperado, el impacto negativo que tiene la independencia del consejo de administración y del comité retributivo sobre los niveles retributivos, así como el impacto positivo que tiene la existencia de dualidad. Finalmente, el tamaño de la empresa se relaciona positivamente con mayores niveles retributivos de los CEO, aspecto también ampliamente reconocido por la literatura.

Tabla 4. Impacto del SOP sobre el nivel retributivo de los CEO

	RET_NIVEL _{it}		
	(I) MUESTRA COMPLETA	(II) ALTO_DIS	(III) BAJO_DIS
DISENSO _{it-1}	-0,0126*** (0,0036)	-0,0102*** (0,0033)	-0,0049 (0,0051)
INDEP_CONSEJO _{it}	-0,008** (0,0035)	-0,0115*** (0,0043)	-0,0047 (0,0035)
DUAL _{it}	0,6336*** (0,0899)	0,7974*** (0,1101)	0,2914** (0,1361)
PROP_CONSEJO _{it}	-0,0003 (0,0019)	-0,0011 (0,0021)	0,0055 (0,0037)
INDEP_COMRET _{it}	-0,0044* (0,0026)	-0,0057* (0,003)	0,0005 (0,0047)
VENTAS _{it}	0,2796*** (0,0173)	0,2768*** (0,0208)	0,1755*** (0,0356)
ROA _{it}	0,0006 (0,0018)	0,0012 (0,0018)	0,0045 (0,0059)
CASHFLOW _{it}	0 (0)	0 (0)	0** (0)
Control por año	Sí	Sí	Sí
Control por sector	Sí	Sí	Sí

p-valor: *p<0,1; **p<0,05; ***p<0,01

Fuente: elaboración propia.

Por su parte, en la tabla 5 se observa como el SOP incentiva un mayor uso de los componentes de carácter variable –siendo los más vinculados con la marcha económica de la organización– en el paquete retributivo del CEO. En este sentido, la regresión I, que incluye el total de empresas cotizadas, indica que cuando los accionistas muestran su disconformidad en el SOP se promueve un mayor uso de los componentes retributivos de tipo variable en los años siguientes. Por otro lado, cuando la muestra es segmentada entre empresas que reciben un alto versus bajo disenso, se obtiene que la significación del voto de disenso en el SOP se difumina en el subgrupo de empresas que reciben un disenso reducido –dado que estas organizaciones, al recibir la conformidad de sus accionistas en la votación, no se muestran tan propensas a realizar cambios en la composición de las retribuciones de sus CEO–. En cambio, el impacto del SOP sí es significativo en el subgrupo de empresas que reciben un elevado disenso, percibiendo estas organizaciones más necesidad de reestructurar la composición retributiva de sus CEO en favor de los componentes variables. Finalmente, cabe destacar que el grado de independencia del consejo de administración y del comité retributivo también promueve la adopción de componentes variables, de igual modo que se ven favorecidos estos componentes por el tamaño de la organización y por el flujo libre de caja.

Tabla 5. Impacto del SOP sobre el *mix* retributivo de los CEO

	RET_MIX _{it}		
	(I) MUESTRA COMPLETA	(II) ALTO_DIS	(III) BAJO_DIS
DISENSO _{it-1}	0,2816*** (0,1345)	0,5716*** (0,22)	-0,2241 (0,1816)
INDEP_CONSEJO _{it}	0,1851** (0,0921)	0,1799* (0,0928)	0,0901 (0,1701)
DUAL _{it}	-1,6639 (2,2675)	-2,3815 (2,788)	1,5454 (3,6591)
PROP_CONSEJO _{it}	-0,0404 (0,0466)	-0,0719 (0,054)	-0,1586 (0,1088)
INDEP_COMRET _{it}	0,1409** (0,0609)	0,1373** (0,0623)	-0,1256 (0,1141)
VENTAS _{it}	1,6004*** (0,1999)	1,4713*** (0,226)	1,8916*** (0,4207)



	RET_MIX _{it}		
	(I) MUESTRA COMPLETA	(II) ALTO_DIS	(III) BAJO_DIS
ROA _{it}	0,0366 (0,0397)	0,037 (0,0409)	0,0152 (0,279)
CASHFLOW _{it}	0*** (0)	0** (0)	0** (0)
Control por año	Sí	Sí	Sí
Control por sector	Sí	Sí	Sí

p-valor: *p<0,1; **p<0,05; ***p<0,01

Fuente: elaboración propia.

5. Conclusiones e implicaciones para la práctica empresarial

El incremento desmesurado de las retribuciones directivas en las grandes corporaciones –con el consiguiente aumento de la desigualdad salarial en el conjunto de las plantillas– (Core *et al.*, 1999), la falta de alineación de las mismas con el valor de la compañía (Murphy, 2013), y la escasa independencia y deficiente capacidad supervisora de los consejos de administración y de los comités de retribución (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2015; Sánchez Marín *et al.*, 2022) han empujado al accionariado de las empresas cotizadas a recurrir cada vez más al SOP como mecanismo a través del cual expresar su descontento (Stathopoulos y Voulgaris, 2016). El SOP es una forma alternativa de activismo accionario que tiene la finalidad de compensar la tradicional desprotección de los accionistas (especialmente los minoritarios) otorgándoles mayor poder para controlar las retribuciones de sus altos directivos (Canyon y Sadler, 2010), al tiempo que impulsa a los consejos de administración a actuar de manera más responsable considerando la visión de los accionistas ante las propuestas retributivas.

Desde la teoría de la agencia, principal marco teórico desde el que se ha analizado el SOP, se propone este mecanismo de gobierno corporativo como una alternativa a los mecanismos tradicionales (consejo de administración y comités de retribución) mediante el cual los accionistas de las empresas pueden salvaguardar sus intereses y contrarrestar los potenciales conflictos con los altos directivos –fruto de la separación entre propiedad y control– (Alissa, 2015; Jensen y Meckling, 1976) manifestados a través de diseños retributivos subóptimos. En este sentido, el SOP proporciona una protección a los accionistas,

especialmente a los minoritarios (Sánchez Marín *et al.*, 2017), quienes, mediante la emisión de un voto en junta general sobre la idoneidad de las retribuciones de los altos directivos, pueden promover una mejor alineación de intereses a la vez que eviten extracciones de rentas que devalúen su inversión –mitigando, de esta forma, los potenciales conflictos principal-principal (entre accionistas mayoritarios, muchos de ellos involucrados en la dirección de la empresa, y accionistas minoritarios) típicos de sistemas de gobierno corporativo como el español (Baixauli Soler y Sánchez Marín, 2015; Lozano Reina *et al.*, 2019)–. Con la inclusión del SOP se espera, por tanto, poner fin a los contratos de retribución de alta dirección que, a menudo, se establecen en condiciones de negociación poco óptimas y sin reflejar adecuadamente los intereses de los accionistas ni el propio interés general de la empresa (Bebchuk y Fried, 2004).

Este trabajo, que trata de arrojar luz sobre la efectividad del SOP en el ámbito de la empresa cotizada española y considerando las características de su modelo de gobierno corporativo, ofrece dos principales conclusiones. Por un lado, que la votación SOP es eficaz para favorecer al activismo accionarial –dado que más de tres cuartas partes del accionariado con derecho a voto suele emitir su opinión anualmente en junta general–, lo que favorece el control y supervisión retributiva de los altos directivos. Por otro lado, cuando los accionistas muestran un voto de disenso –esto es, un voto negativo o una abstención–, las empresas suelen responder realizando modificaciones en los diseños retributivos –tanto en el nivel como en el *mix* retributivo de los CEO–. En lo referido a los niveles retributivos, se evidencia que el disenso en el SOP modera las cuantías salariales recibidas por los CEO a lo largo de la serie analizada, siendo este efecto especialmente perceptible en el periodo 2016-2020. En lo referido a la composición del paquete retributivo de los CEO, el disenso en el SOP promueve el uso de componentes de tipo variable que están más vinculados con la marcha económica de la organización, los cuales han pasado de representar el 24,5 % en 2013 a más del 30 % en 2020, encontrando que los aumentos más significativos de este componente se producen a partir de 2016.

De estos hallazgos se derivan una serie de implicaciones y recomendaciones prácticas que es necesario destacar. En primer lugar, se pone de relieve el acierto del legislador al decidir otorgar rango legal, en 2013, a la tradicional recomendación de buen gobierno contenida en los *Códigos unificados de buen gobierno de las sociedades cotizadas* (CNMV, 2006, 2015). Con ello, se siguen los pasos iniciados años antes por el Reino Unido (*The Directors' Remuneration Report Regulations 2002*) como consecuencia del escaso grado de seguimiento que tenía la recomendación. La transformación de la naturaleza jurídica de la votación se ha traducido en un aumento del activismo accionarial en materia retributiva, con efectos positivos en el diseño de retribuciones más eficientes para los altos directivos, especialmente a partir de 2016. Este mayor activismo supone, en general, una mayor implicación del accionariado en las decisiones y políticas adoptadas por sus directivos, favoreciendo las labores de control y supervisión; en especial, en el ámbito retributivo, lo que se antojaba muy necesario a la luz de las fuertes críticas que en este aspecto han recibido las grandes corporaciones en las últimas décadas. En todo caso, el SOP no debe

considerarse una panacea y, para que esta votación continúe resultando eficaz, es necesario que los accionistas sigan esforzándose en informarse y valorar adecuadamente los paquetes retributivos diseñados por sus consejos de administración y, cuando estos sean excesivos o ineficientes, alzar su voz en junta general a través de un voto desfavorable.

En segundo lugar, la experiencia del SOP en las empresas cotizadas españolas durante este periodo de 8 años se puede valorar como positiva, pues se está cumpliendo con la finalidad principal de esta votación. ¿En qué sentido está mostrándose efectivo el SOP? Nuestras evidencias ponen de manifiesto que, cuando los accionistas se muestran disconformes en la votación SOP con los diseños retributivos de los altos directivos, las organizaciones adoptan modificaciones retributivas tanto en el nivel como en el *mix* retributivo de los CEO. Incluso a pesar de que la legislación española considera consultivos y no vinculantes los resultados de la votación SOP, las empresas tratan de evitar cualquier crítica u opinión que pueda afectar negativamente a su reputación, lo que otorga un poder añadido a lo expresado en dicha votación por el accionariado. En todo caso, el accionariado debe mostrarse alerta ante potenciales actitudes y estrategias retributivas «meramente escaparatistas» de los consejos de administración o de los propios altos directivos para evitar resultados desfavorables en la votación SOP (Brunarski *et al.*, 2015), especialmente en escenarios de dualidad consejeros-altos directivos y de altas retribuciones.

En tercer lugar, el contexto y modelo de gobierno corporativo influye significativamente en el funcionamiento y la efectividad de la votación SOP. Por ello, la tipología del SOP debe ser consistente con las especificidades del gobierno corporativo en el que operan las corporaciones. Así, la naturaleza obligatoria y consultiva que tiene el SOP en el ámbito de la empresa cotizada española resulta, por ahora, suficiente para lograr su efectividad, tal y como se desprende de las evidencias de este estudio. En cualquier caso, esta tipología del SOP debe ser objeto de evaluación a la luz de un mayor horizonte temporal. Si se aprecia una pérdida de efectividad de este mecanismo de gobierno, el legislador podría plantearse una transformación de la naturaleza de los resultados de la votación, convirtiendo su carácter consultivo en vinculante, siguiendo los pasos de Reino Unido (Stathopoulos y Voulgaris, 2016).

Finalmente, este trabajo no está exento de limitaciones, que pueden constituir puntos de partida para futuras investigaciones. En primer lugar, este estudio está centrado únicamente en las consecuencias del SOP en la retribución del CEO. Futuros análisis podrían examinar el impacto que tiene el disenso del SOP sobre las retribuciones del equipo de alta dirección, y así tener una visión más amplia de la efectividad de este mecanismo de gobierno. En segundo lugar, este estudio está centrado en el contexto español, pudiendo futuros estudios examinar el funcionamiento del SOP en otros contextos de gobierno corporativo con el propósito de seguir aprendiendo acerca de este mecanismo y de su naturaleza jurídica. En tercer lugar, pese a que existen evidencias previas que indican que los accionistas emiten un voto racional (Balsam *et al.*, 2016; Kimbro y Xu, 2016), este hecho no ha sido verificado en este estudio, sino que se parte de la premisa de que los accionistas realizan

labores de información y documentación con carácter previo a la junta general con el objetivo de emitir un voto argumentado, fundamentado y racional. Futuros estudios podrían profundizar sobre el comportamiento de voto seguido por el accionariado para testar el grado de racionalidad en la formación de los juicios de opinión de cara a promover realmente retribuciones más optimizadas.

Referencias bibliográficas

- Alissa, W. (2015). Boards' response to shareholders' dissatisfaction: The case of shareholders' say on pay in the UK. *European Accounting Review*, 24(4), 727-752. <https://doi.org/10.1080/09638180.2015.1058719>
- Armstrong, C. S., Gow, I. D. y Larcker, D. F. (2013). The efficacy of shareholder voting: Evidence from equity compensation plans. *Journal of Accounting Research*, 51(5), 909-950. <https://doi.org/10.1111/1475-679X.12023>
- Bainbridge, S. M. (2009). Is "say on pay" justified? *Regulation*, 32(1), 42-47.
- Baixauli Soler, J. S., Lozano Reina, G. y Sánchez Marín, G. (2021). Managerial discretion, say on pay, and CEO compensation. *Management Decision*, 59(6), 1.333-1.362. <https://doi.org/10.1108/MD-03-2020-0242>
- Baixauli Soler, J. S. y Sánchez Marín, G. (2011). Organizational governance and TMT pay level adjustment. *Journal of Business Research*, 64(8), 862-870. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2010.09.011>
- Baixauli Soler, J. S. y Sánchez Marín, G. (2015). Executive compensation and corporate governance in Spanish listed firms: A principal-principal perspective. *Review of Managerial Science*, 9(1), 115-140. <https://doi.org/10.1007/s11846-014-0122-z>
- Balsam, S., Boone, J., Liu, H. y Yin, J. (2016). The impact of say-on-pay on executive compensation. *Journal of Accounting and Public Policy*, 35(2), 162-191. <https://doi.org/10.1016/j.jaccpubpol.2015.11.004>
- Bebchuk, L. A. y Fried, J. M. (2004). *Pay without performance: The unfulfilled promise of executive compensation*. Harvard University Press.
- Brunarski, K. R., Campbell, T. C. y Harman, Y. S. (2015). Evidence on the outcome of say-on-pay votes: How managers, directors, and shareholders respond. *Journal of Corporate Finance*, 30, 132-149. <https://doi.org/10.1016/j.jcorpfin.2014.12.007>
- Cai, J. y Walkling, R. A. (2011). Shareholders' say on pay: Does it create value? *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 46(2), 299-339. <https://doi.org/10.1017/S0022109010000803>
- CNMV. (2006). *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf
- CNMV. (2015). *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf
- Canyon, M. y Sadler, G. (2010). Shareholder voting and Directors' Remuneration Report legislation: Say on pay in the UK. *Corporate Governance: An International Review*, 18(4), 296-312. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8683.2010.00802.x>
- Core, J. E., Holthausen, R. W. y Larcker, D. F. (1999). Corporate governance, chief executive officer compensation, and firm performance. *Journal of Financial Economics*, 51(3), 371-406. [https://doi.org/10.1016/S0304-405X\(98\)00058-0](https://doi.org/10.1016/S0304-405X(98)00058-0)

- Correa, R. y Lel, U. (2016). Say on pay laws, executive compensation, pay slice, and firm valuation around the world. *Journal of Financial Economics*, 122(3), 500-520. <https://doi.org/10.1016/j.jfineco.2016.09.003>
- Dalton, D. R. y Dalton, C. M. (2011). Integration of micro and macro studies in governance research: CEO duality, board composition, and financial performance. *Journal of Management*, 37(2), 404-411.
- De Andrés, P., Azofra, V. y López, F. (2005). Corporate boards in OECD countries: Size, composition, functioning and effectiveness. *Corporate Governance: An International Review*, 13(2), 197-210. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8683.2005.00418.x>
- Ertimur, Y., Ferri, F. y Oesch, D. (2013). Shareholder votes and proxy advisors: Evidence from say on pay. *Journal of Accounting Research*, 51(5), 951-996. <https://doi.org/10.1111/1475-679X.12024>
- Ferri, F. y Maber, D. A. (2013). Say on pay votes and CEO compensation: Evidence from the UK. *Review of Finance*, 17(2), 527-563. <https://doi.org/10.1093/rof/rfs003>
- Franks, J. y Mayer, C. (1992). *Corporate control: A synthesis of the international evidence*. IFA Working Paper.
- Gregory-Smith, I., Thompson, S. y Wright, P. W. (2014). CEO pay and voting dissent before and after the crisis. *Economic Journal*, 124(574). <https://doi.org/10.1111/eoj.12108>
- Jensen, M. C. y Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360. [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X)
- Jensen, M. C. y Murphy, K. J. (1990). Performance pay and top-management incentives. *Journal of Political Economy*, 98(2), 225-264. <https://doi.org/10.1086/261677>
- Johnson, S., La Porta, R., López de Silanes, F. y Shleifer, A. (2000). Tunneling. *American Economic Review*, 90(2), 22-27. <https://doi.org/10.1257/aer.90.2.22>
- Kimbro, M. B. y Xu, D. (2016). Shareholders have a say in executive compensation: Evidence from say-on-pay in the United States. *Journal of Accounting and Public Policy*, 35(1), 19-42. <https://doi.org/10.1016/j.jaccpubpol.2015.08.003>
- La Porta, R., López de Silanes, F. y Shleifer, A. (1999). Corporate ownership around the world. *The Journal of Finance*, 54(2), 471-517. <https://doi.org/10.1111/0022-1082.00115>
- Levit, D. y Malenko, N. (2011). Nonbinding voting for shareholder proposals. *Journal of Finance*, 66(5), 1.579-1.614. <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.2011.01682.x>
- Lozano Reina, G. y Sánchez Marín, G. (2020). Say on pay and executive compensation: A systematic review and suggestions for developing the field. *Human Resource Management Review*, 30(2), 100683. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2019.01.004>
- Lozano Reina, G., Sánchez Marín, G. y Baixauli Soler, J. S. (2019). Influence of say-on-pay as a corporate governance mechanism in Spanish listed firms. *UCJC Business and Society Review*, 16(4), 68-131. <https://journals.ucjc.edu/ubr/article/view/4129>
- Mangen, C. y Magnan, M. (2012). Say on pay: A wolf in sheep's clothing? *Academy of Management Perspectives*, 26(2), 86-104. <https://doi.org/10.5465/amp.2010.0098>
- Morck, R., Wolfenzon, D. y Yeung, B. (2005). Corporate governance, economic entrenchment, and growth. *Journal of Economic Literature*, 43(3), 655-720. <http://www.jstor.org/stable/4129473>
- Murphy, K. J. (2013). Executive compensation: Where we are, and how we got there. En G. Constantinides, M. Harris y R. Stulz (Eds.), *Handbook of the economics of finance* (2.ª ed.). Elsevier Science North Holland.

- Obermann, J. y Velte, P. (2018). Determinants and consequences of executive compensation-related shareholder activism and say-on-pay votes: A literature review and research agenda. *Journal of Accounting Literature*, 40, 116-151. <https://doi.org/10.1016/j.acclit.2018.02.001>
- Ooghe, H. y De Langhe, T. (2002). The Anglo-American versus the Continental European corporate governance model: Empirical evidence of board composition in Belgium. *European Business Review*, 14(6), 437-449. <https://doi.org/10.1108/09555340210448794>
- Ortín, A. (25 de marzo de 2022). BBVA recibe un rechazo histórico de sus accionistas a la remuneración del Consejo. *OK Diario*. <https://okdiario.com/economia/bbva-recibe-rechazo-historico-sus-accionistas-remuneracion-del-consejo-8795444>
- Sánchez Marín, G., Baixauli Soler, J. S. y Lucas Pérez, M. E. (2011). Ownership structure and board effectiveness as determinants of TMT compensation in Spanish listed firms. *Journal of Business Economics and Management*, 12(1), 92-109. <https://doi.org/10.3846/16111699.2011.555371>
- Sánchez Marín, G., Lozano Reina, G., Baixauli Soler, J. S. y Lucas Pérez, M. E. (2017). Say on pay effectiveness, corporate governance mechanisms, and CEO compensation alignment. *BRQ Business Research Quarterly*, 20(4), 226-239. <https://doi.org/10.1016/j.brq.2017.07.001>
- Sánchez Marín, G., Lucas Pérez, M. E., Baixauli Soler, J. S., Main, B. y Mínguez Vera, A. (2022). Excess executive compensation and corporate governance in the United Kingdom and Spain: A comparative analysis. *Managerial and Decision Economics* (in press). <https://doi.org/https://doi.org/10.1002/mde.3564>
- Stathopoulos, K. y Voulgaris, G. (2016). The importance of shareholder activism: The case of say-on-pay. *Corporate Governance: An International Review*, 24(3), 359-370. <https://doi.org/10.1111/corg.12147>
- Young, M. N., Peng, M. W., Ahlstrom, D., Bruton, G. D. y Jiang, Y. (2008). Corporate governance in emerging economies: A review of the principal-principal perspective. *Journal of Management Studies*, 45(1), 196-220. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2007.00752.x>
- Zajac, E. J. y Westphal, J. D. (1995). Accounting for the explanations of CEO compensation: Substance and symbolism. *Administrative Science Quarterly*, 40(2), 283-308. <https://doi.org/10.2307/2393639>

Gabriel Lozano Reina. Profesor ayudante doctor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas de la Universidad de Murcia (España). Su labor investigadora se centra en el gobierno corporativo, la gestión de recursos humanos y la empresa familiar. Tiene casi una decena de artículos publicados en revistas científicas internacionales de alto impacto como *Journal of Family Business Strategy*, *Human Resource Management Review*, *Management Decision* o *BRQ-Business Research Quarterly*. <https://orcid.org/0000-0002-1225-3422>

Gregorio Sánchez Marín. Catedrático de Organización de Empresas en el Departamento de Economía y Dirección de Empresas de la Universidad de Alcalá (España). Tiene reconocidos cuatro sexenios y sus ámbitos de interés en investigación abarcan principalmente la dirección de recursos humanos y la gestión de empresas familiares. Ha publicado más de cincuenta artículos en revistas científicas internacionales de prestigio como *Journal of Business Ethics*, *Family Business Review*, *Journal of Business Research*, *Human Resource Management Review* o *Journal of Small Business Management*. Además, ha sido subdirector de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) en el Ministerio de Universidades. <https://orcid.org/0000-0003-0175-814X>

Juan Samuel Baixauli Soler. Catedrático de universidad en Economía Financiera y Contabilidad del Departamento de Organización de Empresas y Finanzas. Ha desempeñado una labor investigadora ininterrumpida, publicando más de cuarenta artículos en revistas de alto impacto como *Journal of Business Research*, *European Journal of Finance*, *Journal of Business Ethics*, *Journal of Financial Research* o *Computational Economics*. Cuenta con la evaluación positiva de tres tramos de investigación y uno de transferencia. Actualmente es decano de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Murcia (España). <https://orcid.org/0000-0003-2444-6894>

Contribución de autores. Todos los autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.

El CEF.- homenajea a sus opositores y los anima a ser funcionarios «ejemplares»



Vista panorámica del Teatro Amaya

Para todos los que llenaban el Teatro Amaya de Madrid no había dudas. Opositar no es cuestión de suerte. Y, sin embargo, esa parece ser aún una de las tareas pendientes (por si desempeñaba pocas) que le queda al funcionario: cambiar su imagen. Con este objetivo, además de celebrar la nueva hornada de «superhéroes» que han superado sus oposiciones, el CEF.-, Centro de Estudios Financieros, celebraba el acto de reconocimiento a los ya nuevos trabajadores de las Administraciones públicas. La mayor

parte de ellos pertenecientes a los grupos A1 y A2, pues no debemos olvidar que las oposiciones que fundamentalmente prepara el CEF.- son aquellas en que se exige título de licenciado o graduado.

La cita, que contó con el toque artístico del joven saxofonista Gabriel Téllez, estuvo presidida por Arturo de las Heras, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA; la coordinadora general de oposiciones, Ángela de las Heras; el padrino de la promoción, inspector de Hacienda y director adjunto de RR. HH. de la AEAT, Fernando Salazar, y los profesores y preparadores de oposiciones Ramón Ortigosa y Silvia de Antonio. Condujo el acto el director de Comunicación del grupo educativo, Luis Miguel Belda.



El saxofonista Gabriel Téllez amenizó el acto

El propio Belda fue quien introdujo la idea que después iría revoloteando en cada una de las intervenciones a lo largo de la velada: la importancia de cambiar la percepción del

funcionario, que no es un trabajador que se ajusta al horario y, en general, peca de procrastinación y casi presentismo laboral. «Muchos piensan que aprobar una oposición es cuestión de suerte», recogía el testigo la coordinadora de oposiciones.



Ángela de las Heras, coordinadora general de oposiciones

Como ya todos los opositores saben, mucho trabajo y personas hay detrás de cada aprobado, recordaba Ángela de las Heras. En su intervención felicitó a los ya funcionarios, pues sus éxitos «son también los nuestros», en referencia al centro de oposiciones CEF.-. Un centro que funciona gracias a los profesores, para quienes los alumnos que aprueban son «su mejor retribución». Se acordó de quienes siguen intentándolo, y puso la primera piedra en el camino a seguir para los que ya entran a trabajar en la empresa más grande del país: «Que vean en vosotros un ejemplo a seguir», con valores y vocación pública.



Luis Miguel Belda, director de Comunicación

«Que no os digan ¡qué suerte!»

Desempeñar su actividad de forma ejemplarizante vertebró también buena parte del *speech* que regaló a los presentes el padrino de la promoción. Antiguo alumno y preparador en el CEF.-, Fernando Salazar tenía «mucho que agradecer» a la entidad educativa. El inspector de Hacienda y actual director adjunto de RR. HH. de la AEAT reconoció, de hecho, que «no habría podido» superar su oposición sin el CEF.-.

Después de felicitar a opositores, familias y «mascotas», subrayó el mensaje de Ángela de las Heras: «Nadie os ha regalado nada: que nadie os diga que "qué suerte" que habéis aprobado. Si algo caracteriza a un opositor, es la capacidad de esfuerzo y disciplina para ingresar en cualquiera de los cuerpos de las Administraciones públicas». Dos cualidades «fundamentales, no ya en el trabajo, sino en la vida», defendía. Y colocando su hito propio en el camino, aprovechó la oportunidad para pedirles a los nuevos funcionarios que sigan animando a la gente a opositar.



El padrino de la promoción, Fernando Salazar, director adjunto de RR. HH. de la AEAT

«Convencedles de que se puede», dijo, y que ni hay «enchufe» ni se «regala nada». «Esto se consigue si la vida es un infierno. Es disciplina», abundó. Además, a modo de consejo les señaló su principal tarea por delante: «Necesitamos gente joven; vuestro trabajo es quedaros y aprender de toda la gente que se jubila ahora». Y añadió: «Sed ejemplares para cambiar la percepción del funcionario en la sociedad. No olvidéis nunca, por obvio que parezca, quién nos paga y para quién trabajamos: para los ciudadanos».

Grandes profesionales, mejores personas

En representación de los estudiantes subió al atril Álvaro Cavias, tras superar la oposición de Gestión de la Administración Civil del Estado. En sus palabras se vieron momentos de risas recordando las manías y «taras» que se llegan a pasar durante la oposición. Pero sobre todo sirvió para recalcar el extraordinario esfuerzo que desempeñan quienes escogen esta vía con cargas familiares o económicas. También agradeció al CEF.- su «rapidez» para adaptarse al formato telepresencial y la calidad de sus profesores, valorando especialmente su paciencia y capacidad de transmitir conocimientos, además de estar disponibles «casi» 24/7. «Tenéis grandes profesionales y mejores personas».



En representación de los alumnos intervino Álvaro Cavias



Silvia de Antonio, profesora y preparadora del CEF.-

Un guante que recogió uno de ellos, Ramón Ortigosa, para seguir resaltando el papel clave que tienen los nuevos trabajadores públicos. Su consejo, por tanto, fue: «Contribuid a desterrar la imagen caduca y trasnochada del funcionario». Les pidió que no sean «conformistas» y que sigan constantemente actualizándose. Y les aconsejó también apoyarse en los cuerpos de niveles inferiores, «porque muchas veces os sacarán las castañas del fuego».



Ramón Ortigosa, profesor y preparador del CEF.-

Además de adjudicarles el epíteto de héroes, la profesora Silvia de Antonio Franck insistió por su parte en el papel de servicio público que han de cumplir los funcionarios. Con respecto a los demás, y tras

haber superado todo, la preparadora les apuntó una cosa: «El éxito es obtener lo que se desea, pero la felicidad es disfrutarlo».

Con esa felicidad y como uno de los actos «que más ilusión» le hacen a la institución educativa, Arturo de las Heras cerraba el evento de reconocimiento. Felicitó a los «campeones» y valoró especialmente el papel de los preparadores y el personal que elabora los temarios con los que estudian. Y celebró, ante todo, que se siga premiando el mérito y la capacidad, «tan necesarios» para la sociedad. «Otros países nos piden formación, porque admiran lo que hemos construido: llega una pandemia y seguís siendo los mismos; cambia el Gobierno y seguís actuando de la misma manera y siempre la Administración sigue funcionando».



Arturo de las Heras,
presidente del CEF.-

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación CEF.- UDIMA)



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2023

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 33.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 29.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 20.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 9.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Para cada una de las siete modalidades se establece un primer premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento.

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2023**, a las **20:00 horas**.

CEF.-

Información sobre las bases

<https://www.cef.es/es/bases-premio>

Si necesitas motivación,
SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



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)

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 Económica-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • 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