

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Agosto 2023
Volumen 4 - Número 2

Editorial	Hacia una democracia digital en la empresa <i>Towards a digital democracy in the company</i> Jesús R. Mercader Uguina	4
Artículos doctrinales	Los planes de igualdad en las administraciones públicas <i>Equality plans in Public Administrations</i> Remedios Roqueta Buj	23
	Seguridad Social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo <i>Social Security and a gender perspective. Legislative work after the 2020 version of the Toledo Pact</i> Juan Bautista Vivero Serrano	52
	La reforma de las pensiones en el RD Ley 2/2023, de 16 de marzo <i>The pension reform in RD Law 2/2023, March 16</i> Cristina Aragón Gómez	85
Artículos jurisprudenciales	La prestación por nacimiento y cuidado ante la muerte prenatal: su reconocimiento al padre o progenitor distinto de la madre biológica <i>Parental leave in the event of prenatal death: its recognition to the father or parent other than the biological mother</i> María del Mar Crespí Ferriol	123
	Los estudiantes en huelga. Régimen jurídico del paro académico. Retos y oportunidades en la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario <i>Students on strike. Legal rules in the matter of academic strike. Challenges and opportunities in the new Organic Law of the University System</i> Victor Maneiro Hervella	146

Debate	La reforma del sistema de pensiones de 2021 a 2023. Un balance <i>The reform of the pension system from 2021 to 2023. A balance</i> Enrique Devesa / Robert Meneu / Rafael Doménech	177
Reseña bibliográfica	MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN. Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones. Implicaciones jurídico-laborales Arturo Montesdeoca Suárez	195

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA
PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI
LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

EDITORIAL

Hacia una democracia digital en la empresa

Towards a digital democracy in the company

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Carlos III

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: 10.20318/labos.2023.7938

*“Creo que habría amado la libertad en todos los tiempos,
pero me siento inclinado a adorarla en la época en que estamos”*

[A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, 1835]

I. Hacia una democracia digital en la empresa

Con motivo de mi reciente participación en las XI Jornadas organizadas por la Mesa de la Audiencia Nacional tuve oportunidad de acercarme a un tema que considero de enorme interés y extraordinaria transcendencia para el futuro de nuestras relaciones laborales. “*Digitalización de la actividad empresarial y protección de los derechos de las personas trabajadoras a través de sus representantes*”, fue el título de la ponencia que se me asignó y su objeto me permitió reflexionar sobre la necesidad de afrontar esta era de las transformaciones en las que nos encontramos inmersos (la digital y la ecológica son buenos ejemplos) y los retos a ellas aparejadas poniendo en el centro la tutela de la representación colectiva de intereses. Las páginas que siguen reproducen, en gran medida, algunas de las ideas que trasladé a los participantes en tan interesante sesión e incorporan algunos resultados del debate posterior ⁽¹⁾

La agilidad y velocidad resultan fundamentales en el nuevo modelo tecnológico en el que nos encontramos. Los mercados globales requieren realidades dinámicas y con capacidad de permanente y flexible adaptación por lo que las organizaciones empresa-

¹ Quiero agradecer a los organizadores, la Mesa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y, en particular, a su Presidente y a los sindicatos que la integran, así como a la Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje – SIMA FSP, la invitación para participar en tan interesante Jornada.

riales rígidas y adversas a los cambios se convierten en ineficientes y su destino es ser borradas del mercado. Lo que la empresa necesita es ser capaz de identificar y resolver rápidamente problemas y tener agilidad para cambiar rápidamente de dirección, es decir, combinar el punto de vista técnico con el conocimiento del mercado. Muestra de esta idea es la utilización intensiva de los medios electrónicos, puesta de manifiesto por las formas de e-business, que traen como consecuencia la deslocalización de las personas, la dispersión geográfica de las operaciones y la volatilización de la idea patrimonial de empresa. El nomadismo digital, la intangibilidad y aceleración de los cambios en las formas de producción que vienen de la mano del uso extensivo de algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial (entendido como “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales”), constituyen el caldo de cultivo idóneo para poner en crisis las fórmulas clásicas de acción colectiva asentadas en modelos empresariales fundados sobre bases económicas y productivas bien distintas.

La gobernanza de la nueva economía digital requiere de una participación real y efectiva de los trabajadores y sus representantes en la transformación dinámica que se está produciendo y que debe situar al diálogo institucional, el diálogo social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores a todos los niveles en el centro mismo de ese objetivo. El principio 8 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, referido al diálogo social y la participación de los trabajadores, y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado por la Comisión el 4 de marzo de 2021, señalan que “el diálogo social, la información, la consulta y la participación de los trabajadores y sus representantes en diferentes niveles (incluidos los niveles de empresa y sectorial) desempeñan un papel importante en la configuración de las transiciones económicas y en el fomento de la innovación en el lugar de trabajo, en particular con miras a la doble transición y los cambios en el mundo del trabajo”.

Por ello, resulta imprescindible reflexionar sobre cómo debe afrontarse el acercamiento a la nueva democracia digital en la empresa. El concepto de lo democrático es un ideal poderoso y que posee una elevada carga simbólica. Hablar de democracia digital en la empresa nos sugiere un universo de ideas y realidades que deben ser afrontadas a la hora de hacer realmente efectivo el ideal igualitario que subyace en la propia idea de gobierno participativo.

II. Repensando los modelos de representación de los trabajadores en la empresa postmaterial

Este conjunto de realidades exige repensar los instrumentos de representación tradicionales para, con una nueva mirada, valorar su adecuación al conjunto de exigencias que traen de la mano las transformaciones que lleva consigo el cambio digital. Pero el proceso de transformación exige de una revisión crítica sobre las funciones y disfunciones

del referido modelo para enfrentarse a los retos que lleva consigo la reformulación de los agentes que intervienen en la nueva realidad tecnológica.

Para ello es necesario partir de que la diversidad de instancias representativas en la empresa ha sido una constante a lo largo de la historia democrática de nuestro país en la que han convivido la representación sindical y la representación unitaria o colectiva integrando el doble canal de representación de los trabajadores. Un modelo que, andando el tiempo, ha terminado alumbrando una constelación de órganos de representación, constituidos en base a diferentes variables, “pero profundamente entrelazados entre sí y en interacción constante, dado su frecuente solapamiento tanto en el plano de su configuración subjetiva como en el funcional o de atribución de competencias” (2). Así, se ha pasado de un modelo dual, relativamente sencillo y construido sobre los órganos básicos de representación de los trabajadores en los centros de trabajo, como son los unitarios y los sindicales regulados en los títulos II del Estatuto de los Trabajadores (ET) y IV de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), a uno mucho más complejo, que o bien incorpora nuevos órganos en otros ámbitos funcionales o bien crea prolongaciones o derivaciones de los anteriores que se extienden al plano transnacional como ocurre con los comités de empresa europeos. Y, al mismo tiempo, conviven los órganos con competencias generales y particulares. La tradicional representación de los trabajadores en la empresa debe declinarse ya en plural (3).

Ciertamente, el reparto de espacios constituye una cuestión que ha dado lugar a valoraciones dispares. Probablemente tengan razón quienes han afirmado que el mismo “beneficia a los comités en perjuicio de los sindicatos, porque lo concreto y lo práctico, lo cotidiano y lo básico, se encuentra a nivel de empresa, y que la entrega de ese nivel a unos entes artificiales como son las representaciones unitarias, creadas por la ley o cuanto menos fuertemente respaldadas por ella, implica supeditar todo el sistema al arbitrio del legislador” (4). Pero lo cierto es que, en los últimos tiempos, la representación sindical en las empresas está ocupando un espacio protagonista hasta convertirse en el interlocutor preferente en este ámbito pues, como gráficamente se ha señalado, “el comité acaba por desempeñar una función auxiliar de bricolage sindical; de las grandes obras se encarga el sindicato fuera de la empresa” (5). Se ha dicho que una estrategia general para la defensa de los intereses de los trabajadores adecuada a la era de la globalización debe, ineludiblemente, ser simultáneamente local-nacional-regional-mundial en sus atribuciones y, es claro que en este modelo de actuación la representación sindical es, probablemente, la que mejor puede adaptarse a la lógica de cambio a la que nos enfrentamos.

² R. ESCUDERO RODRIGUEZ, *El doble canal de representación en la empresa y sus crecientes derivaciones*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA (Coord.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 4.

³ P. NIETO ROJAS, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Valladolid, Lex Nova y Thomson Reuters, 2015.

⁴ A. OJEDA AVILÉS, *La representación unitaria: «el faux ami»*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, nº 58, p. 343.

⁵ En el agudo debate que llevan a cabo A. BAYLOS GRAU; J.L. LÓPEZ BULLA, *Sobre el actual modelo de representación*, Revista de Derecho Social, 2003, nº 22, p. 231.

La complejidad de estas realidades pone sobre la mesa la necesidad, tanto del uso de asesores expertos en las materias en las que el desarrollo tecnológico incorpora elevados grados de complejidad, como la posibilidad de creación de órganos de representación especializados (Comité de seguimiento de transformación digital; órganos de representación ad hoc específicos en materia medio ambiental). De igual modo, la creciente importancia de los sistemas multinivel de participación es un hecho. Su protagonismo ha aumentado debido a la globalización, la reestructuración y las transformaciones digitales o ecológicas de las empresas. Pero es necesario abordar lo que ello supone desde la perspectiva de la adecuación de los modelos de representación. Y es que se observa un desconocimiento legal de la realidad empresarial vinculada a los “grupos de empresa” o holdings empresariales que imposibilita, en ocasiones, la adopción de medidas de carácter colectivo al no existir modelos de representación adaptados a estos niveles de decisión.

Cuando esa realidad se proyecta en el plano transnacional también se aprecian retos y oportunidades. En el derecho comunitario se han promulgado diversas Directivas que vienen a regular, aunque de manera parcial, el derecho de participación en la toma de decisiones empresariales, como la constitución de Comités de Empresa Europeos, el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea o la Directiva sobre las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas en materia de participación de los trabajadores. De la mano de la misma se ha producido un importante refuerzo de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. Pero, pese a esas líneas de tendencia, cuando escalamos el ámbito representativo los déficits estructurales de esas instituciones se observan con claridad.

Es el caso de los Comités de empresa europeos. Pese a su importancia, al encontrarse en el corazón mismo de los máximos niveles de decisión, con frecuencia funcionan de forma rudimentaria, se celebran muy pocas reuniones, hay problemas de idioma, barreras culturales, etc. y los delegados españoles a menudo juegan un papel muy marginal en comparación con los representantes de los centros de trabajo principales. Por tanto, los comités de empresa europeos son un ejemplo de la insuficiente europeización e integración internacional de los sindicatos y de los órganos unitarios de representación. Estos órganos carecen de los recursos y competencias necesarios por lo que la normativa comunitaria tiene que adaptarse mejor a las necesidades presentes y futuras de la que lleven consigo las reestructuraciones transnacionales.

En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos “lamenta profundamente que la dirección central no siempre facilite los recursos financieros, materiales y jurídicos necesarios para que los comités de empresa europeos puedan desempeñar sus funciones de manera adecuada; manifiesta su preocupación por las dificultades de los comités de empresa europeos para acceder a las ayudas financieras que concede la Comisión y hace hincapié en la necesidad urgente de facilitar el procedimiento de solicitud y de reducir todas las cargas administrativas para acceder a esta financiación; pide a la Comisión que haga un seguimiento de la transposición

de la Directiva 2009/38/CE y que incoe procedimientos de infracción cuando proceda”. Los Comités de empresa europeos deben disponer de los medios necesarios para dar forma a los nuevos retos sociales, tecnológicos y estructurales de la era digital. El fomento de la democracia en el trabajo requiere fortalecer las competencias de los comités de empresa europeos y su influencia en la toma de decisiones empresariales a nivel europeo.

Además, en los últimos tiempos se abre paso un debate de interés sobre la participación de los trabajadores en las instancias de dirección y en los consejos de vigilancia o de administración de las empresas, entendiendo que tal participación es un elemento fundamental y esencial para lograr el objetivo de una mayor implicación de los trabajadores y avanzar en la democracia económica además de resultar un instrumento que puede resultar funcional para una adecuada adaptación de las empresas a la transformación digital y ecológica. En este sentido, la ministra de Trabajo anunció su intención de negociar una ley de participación institucional con los interlocutores sociales. Explicó que el objetivo sería la aprobación de una ley que aplicara el art. 129.2 de la Constitución Española (CE), que establece que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También se contemplaría la posibilidad de participación de los representantes de los trabajadores en los consejos de administración ⁽⁶⁾. Las organizaciones sindicales se han sumado a esta iniciativa, recordando que la participación de los sindicatos en la toma de decisiones es fundamental para impulsar la democracia en la empresa.

En Europa se han generalizado diferentes modelos de participación de los trabajadores en la empresa, con distintas adaptaciones en función del tamaño de las empresas, una participación que no se limita a los aspectos sociales y laborales, sino que comprende todos los campos de actuación empresarial, como los ámbitos económicos, financieros, industriales, medioambientales o tecnológicos. La cogestión alemana está muy bien valorada pero no es un ejemplo aislado: Francia y Suecia, son también buenos ejemplos. La Confederación Europea de Sindicatos se ha manifestado repetidamente en favor de más y mejor participación de los trabajadores, considerando la cogestión o la coparticipación, como el derecho de los representantes de los trabajadores de influir en la toma de decisiones, que frecuentemente se adoptan a nivel europeo o mundial. El Parlamento Europeo aprobó un informe, el 16 de diciembre de 2021, sobre “la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo” y el Comité Económico y Social adoptó un dictamen, el 27 de abril de 2023, sobre la democracia en el trabajo en el que destaca que “la transición digital y ecológica está afectando en gran medida al mundo del trabajo y que las empresas más resilientes y sostenibles son las que tienen sistemas consolidados de participación de los trabajadores en los asuntos de la empresa”.

⁶ R. PASCUAL CORTÉS, *Díaz quiere legislar la presencia de los trabajadores en los consejos de administración de las empresas*, CincoDías, El País Economía https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/05/04/economia/1651652951_308150.html

III. La obsolescencia del centro de trabajo como eje de la actuación representativa en la era del trabajo virtual

El centro de trabajo ha venido constituyendo el centro de gravedad de nuestro modelo de representación. Como se ha señalado, “la cercanía física entre los representantes y los representados era en su momento más que comprensible y, ni las tecnologías de la información y la comunicación ni, lo que es más importante, la mentalidad de las personas, permitía pensar en un modelo de representación de los trabajadores que, primando la empresa compleja sobre cada uno de sus centros de trabajo, alejara a los representantes de los representados”. A ello hay que añadir que “el modelo empresarial del pasado, basado abrumadoramente en los trabajadores propios y fijos, con una mínima presencia de la descentralización productiva y con un menor peso del capital tecnológico que en la actualidad, las pocas empresas con estructura compleja solían tener amplias plantillas en sus diferentes centros de trabajo, sin que por tanto peligrase la organización colectiva de los trabajadores a resultas de la descentralización representativa” (7).

La inescindible relación física entre trabajador y centro de trabajo convirtió a este en el centro de gravedad del modelo de representación en nuestro país. Como gráficamente recordó la STS 14 de julio de 2016 (RJ 2016\3407), “*en lo que hace a la regulación de representación de los trabajadores en la empresa, el centro constituye el elemento esencial sobre el que se apoya la constitución misma de las estructuras de representación legal, siendo punto de referencia también para la representación sindical*”. Esta realidad viene condicionando severamente la efectividad real de los sistemas de representación en la medida en que las referidas disposiciones legales que definen el modelo de representación y que poseen carácter imperativo, dado que las mismas sirven de base para delimitar la representatividad sindical. Una rigidez que deja fuera la representación legal las empresas unicelulares y los centros de trabajo de menos de seis a diez trabajadores, sin que por analogía con el art. 63.2 ET sea posible designar delegados de personal para varios de centros cuando no alcanza ninguno de ellos el mínimo de once trabajadores ni se pueden agrupar centros de una misma provincia, para constituir un comité conjunto, cuando no sumen en total más de cincuenta trabajadores (8).

Pero lo cierto es que los modelos empresariales actuales parten de fundamentos radicalmente muy distintos. Por ello un entramado normativo y jurisprudencial que deviene claramente poco adaptado a un contexto organizativo empresarial en el que, al ya el reducido tamaño empresarial característico español, se le suma una más que

⁷ Los entrecomillados pertenecen a J.B. VIVERO SERRANO, “*La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial*”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo núm.194/2017.

⁸ Desde una perspectiva general se aportan reflexiones y soluciones de gran interés en el trabajo de T. SALA FRANCO, J. LAHERA FORTEZA, *La representación de los trabajadores en la empresa*, en T. SALA FRANCO (Dir. y Coord.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, pp. 45-50. También, A. PASTOR MARTINEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales*, IUSLabor 2/2018.

posible reducción de los centros de trabajo a través de la deslocalización que permite el desarrollo de sistemas de trabajo digitalizados. Resumidamente, el tamaño del centro de trabajo “condiciona la operatividad de los derechos laborales de información y consulta, la viabilidad de la negociación colectiva de empresa y, en un plano supraempresarial, hasta los propios cimientos de la representatividad sindical y, por tanto, de la democracia en el orden laboral” ⁽⁹⁾, lo cual es especialmente relevante si tenemos en cuenta nuestra estructura microempresarial y el hecho cierto de que la economía digital se asienta sobre fórmulas empresariales altamente flexibles (véase el ejemplo de las startups).

El desarrollo tecnológico, las transformaciones de las comunicaciones y la evolución de los modelos sociales nos han hecho ver o confirmar la extraordinaria complejidad de la sociedad contemporánea, en su composición y funcionamiento. En este nuevo contexto, en el que el agente económico fundamental transforma sus modos clásicos de actuación y es la empresa el eje de la dinámica económica de la era digital, resulta disfuncional un modelo que, como el nuestro, sitúa el marco de referencia de la acción representativa en el centro de trabajo lo que pone en riesgo la propia función representativa cuando la empresa se hace “virtual” y los centros de trabajo se volatilizan. Como se viene poniendo de manifiesto, la “obsolescencia del centro de trabajo como eje de la actuación representativa” ⁽¹⁰⁾ resulta más que evidente. Esta nueva realidad exige nuevos sistemas de representación. Por ello el Título II ET debe ser releído a la luz de este conjunto de cambios.

Pero el déficit que representa la conservación del modelo representativo de centro de trabajo y los riesgos que ello conlleva se pone todavía más claramente de manifiesto cuando el mismo se contrasta con el desarrollo de las fórmulas de trabajo a distancia. Y es que los artículos 7 e) y 19.1 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia (LTD) se siguen asentando en la idea de la adscripción del trabajador a distancia al centro de trabajo y no a la empresa. Desde el indiscutido principio de simetría en la tutela de los derechos colectivos entre el trabajo presencial y el a distancia (“Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”), la vinculación con el centro con el que mantengan la relación más estrecha constituye un nexo de unión esencial. Pero la evidencia de empresas sin centros de trabajo o el hecho de que la relación de trabajo se articule a través de la red informática empresarial sin mayor conexión con centro alguno obliga a repensar este nexo de conexión.

Por otro lado, la inescindible conexión entre el centro de trabajo y el mandato representativo tiene relevantes consecuencias cuando aquél desaparece. La STC 64/2016, de 11 de abril, confirmó que la condición de representante de los trabajadores se extin-

⁹ F. J. GOMEZ ABELLEIRA, *La representación de los trabajadores en las pequeñas empresas*, en J.R. MERCADER UGUINA (Dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 180-181.

¹⁰ J.B. VIVERO SERRANO, *La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial*, cit.

que cuando se cierra un centro de trabajo y los trabajadores son reubicados a otros centros preexistentes o de nueva creación de la misma empresa, sin que se haya producido una transmisión de la titularidad de los centros. El Tribunal Constitucional fundamenta su decisión declarando que no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante unitario de los trabajadores en supuestos como el analizado, y que no puede considerarse que la supresión de la condición de representante contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales (dado que las primeras no existen, y las segundas no constan probadas). Afirma por último el Tribunal Constitucional que, para que la limitación de la capacidad de obrar de los representantes de los trabajadores sea considerada como un atentado a la libertad sindical, el comportamiento del empresario debe ser arbitrario, injustificado o contrario a la ley.

La anterior problemática se ha proyectado en el terreno que analizamos en la STS de 28 de abril de 2017 (R^o 124/2016). En el caso, se había producido en la empresa un reajuste con el objetivo de centralizar la gestión que tuvo como consecuencia el cierre de varios centros de trabajo en los que venían prestando servicios un importante número de teletrabajadores que se encontraban adscritos a los referidos centros. Ello llevó consigo la extinción de los mandatos representativos de los trabajadores vinculados a aquéllos lo que supuso que un 41% de la plantilla careciese, a partir de ese momento, de representación legal. Un supuesto que ilustra con claridad sobre los efectos colectivos de la reorganización productiva en la era digital.

El Tribunal Supremo, tras recordar que el ET no contiene previsión alguna específica sobre las consecuencias de la desaparición del centro de trabajo, sostiene que: “En la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la conclusión resultante resulta ser que la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”. La sentencia se acompaña de un voto particular que considera que la decisión empresarial comportaba una vulneración del art. 28 CE, art. 4 ET y 1 LOLS, “en tanto que la adscripción de los representantes de los centros de trabajo cerrados donde fueron elegidos, al centro de trabajo de Madrid, al que han sido adscritos el 41% de los trabajadores de la empresa, no ha de comportar la pérdida de la condición de representantes de dichos trabajadores, que continuarán ostentándola hasta tanto no se hayan promovido y celebrado nuevas elecciones, a salvo de que se produzca alguno de los supuestos de extinción del mandato legalmente previstos, a tenor del artículo 67 ET”.

La cuestión plantea la necesidad, mientras se da el necesario paso, de reformular y revitalizar el papel de los comités intercentros en la medida en que el número de convenios que garantizan esta estructura central de representación de intereses es relativamente reducido. Esto significa que, en la práctica, este nivel de representación de intereses es casi inexistente, lo que parece ser una carencia de nuestro sistema de representación sustrayado, como venimos exponiendo, por el protagonismo del centro de trabajo. Todo ello anima a incluir una definición más flexible de los conceptos tradicionales de empresa y centro de trabajo, especialmente como consecuencia de la virtualización derivada de

la transformación digital, a fin de garantizar la existencia de instancias representativas coherentes con las nuevas formas organizativas empresariales.

IV. La e-democracia en la empresa: ¿El lugar del voto electrónico?

Nuestro ordenamiento jurídico no regula la implantación del voto electrónico dentro de nuestro sistema electoral general, si bien la normativa autonómica ofrece algunos ejemplos. Existe sobrada base jurídica para avalar esta forma de votación electrónica. El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece, en su art. 44.a), que: "...el procedimiento para la elección de la Junta de Personal y para la elección de los delegados de personal, se determinará reglamentariamente, teniendo en cuenta los siguientes criterios generales: a) La elección se realizará mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo o por otros medios telemáticos". Sin embargo, el art. 19 LTD, efectúa una decidida apuesta por el voto presencial: "deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal (...), en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio a del derecho a voto en las elecciones a representantes legales". La aplicación de la e-democracia en la empresa encuentra, pues, terrenos para la duda.

Primero un laudo arbitral y posteriormente un pronunciamiento judicial confirmaron la viabilidad del voto electrónico en las elecciones sindicales. Aunque el voto electrónico remoto se considerase un voto indirecto, llegado a la mesa electoral no de la mano física del elector, sino de una mano tecnológica y digital sustitutiva de la mano física del cartero, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo. El requisito del voto directo por definición no puede cumplirse en los casos de voto por correo donde a la fuerza el voto es indirecto, llegando a la mesa electoral no a través del propio elector, sino del empleado de Correos (art. 10.4 del Reglamento de Elecciones aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre). De esta manera, aunque el voto electrónico remoto se considerase un voto indirecto, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo. A este respecto, "el sistema que dicha empresa presenta acredita de manera sobrada, (...), la seguridad del voto, la imposibilidad de su repetición y la confidencialidad del mismo por el sistema desarrollado" ⁽¹¹⁾.

La SAN 165/2022, 12 diciembre (Proc. 338/2022) ha llegado, sin embargo, a la conclusión opuesta pese a que las representaciones sindicales de múltiples empresas vienen reclamando que se facilite el voto a través de estos sistemas. La sentencia se basa en que el ET sólo admite el voto en papel. La interpretación gramatical (art. 3.1 CC) del art. 75.2 ET no admite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso ya que señala

¹¹ Laudo dictado el 5 de mayo de 2015 por doña Esperanza Fernández Galán. Laudo nº 19/2015/3 y SJS nº 25 de Madrid de 21 de septiembre de 2015, St. nº 32. Un comentario a los mismos, J. B. VIVERO SERRANO, *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, TYD, 2015, nº 14, pp. 113-116

al respecto: “El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas”. La Sala no considera una interpretación sociológica del precepto, esto es, adecuada a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada esta norma admita el voto telemático por las razones siguientes: (i) el actual texto refundido del Estatuto de los Trabajadores data del 23 de octubre de 2015 momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por ello, consideramos que si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así; (ii) de hecho cuando el legislador ha querido que en procesos electorales se admita el voto telemático así lo previsto expresamente, como lo ha hecho en normas anteriores y coetáneas al actual ET- así el art. 44 del EBEP, o Capítulo VIII del Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía (arts. 19 y ss); (iii) es más, de la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la LTD, se deduce una clara voluntad del legislador de excluir el voto telemático en las elecciones a representantes unitarios, pues de la lectura del art. 19.3 de dicha norma se deduce una clara opción por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia. A todo lo anterior se une que: “las normas que regulan el procedimiento electoral son normas de derecho necesario no pudiendo ser obviado por acuerdo de las partes afectadas”..

El referido pronunciamiento ha merecido una respuesta crítica por parte de la doctrina que ha considerado que los argumentos utilizados por la Sala “son poco concluyentes” (12). A juicio de Goerlich, “no es correcto rechazar de plano la posibilidad de adecuar las normas a la realidad social”. Y ello porque “el art. 75.2 no es una norma dictada en un momento en que las comunicaciones telemáticas eran normales. Su redacción viene de la versión original del Estatuto de 1980. Nunca ha sido afectada por una reforma y, por tanto, ha transitado a través de dos refundiciones que, como no podía ser de otro modo, la han mantenida”. Tampoco acierta la Audiencia Nacional “al referirse al EBEP como norma casi coetánea: solo es de la misma época su refundición en 2015, pero la mención al voto telemático se introdujo cuando se aprobó en 2007. Hasta ese momento, la LORAP-1987 solo hacía referencia al voto por correo (art. 20)”. Para el comentarista tampoco el argumento basado en el art. 19.3 LTD “de un lado, lo anómala que es esta norma que, al límite, podría ser completamente inviable si la empresa carece de establecimiento; y, sobre todo, que la presencialidad que garantiza no impide que sigan siendo aplicables las reglas generales en materia de elecciones a la representación legal de los trabajadores y, por tanto, la posibilidad de que el voto se desarrolle por correo”. En conclusión, “una cosa es que se garantice la posibilidad de concurrir presencialmente y otra diferente que se prohíba el voto a distancia, sea por correo, sea on line”.

Argumentos al margen, lo cierto es que el art. 19.3 LTD deja poco espacio a la interpretación al establecer, tal y como hemos señalado, que debe garantizarse su par-

¹² J.M. GOERLICH, *La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria*, El Foro de Labos, 9 de febrero de 2023.

participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales. Es, probablemente, al legislador al que debemos volver la mirada para reclamar de él una clarificación en esta materia porque los agentes sociales se muestran dispuestos a seguir solicitando la apertura de esta vía de expresión democrática en muchos de los procesos electorales. Lo cierto es que existen numerosos sistemas de voto online y empresas dedicadas a ello, que permiten cumplir con estos requisitos y con el Real Decreto 1844/1994, garantizando debidamente la identidad de los votantes y la integridad de los datos. El primer aspecto hace referencia al proceso de identificación electrónica, que en Europa está regulada por el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. El segundo apunta a la emisión de certificados de voto admisibles en juicio como prueba documental en caso de impugnación. Estos sistemas de votos telemáticos cumplen, a la hora de implantar el voto electrónico, con las garantías de la protección de los datos personales. En resumen, garantías técnicas existen por lo que solo resta que la voluntad del legislador se manifieste al respecto.

V. Derechos de información y robustecimiento del principio de transparencia en la era de los algoritmos

La STC 281/2005, de 7 de noviembre dejó sentada una idea medular en relación con el principio de transparencia informativa: “el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”. En juego estaba el uso de los medios informáticos de la empresa como medio y canal de información. Una realidad tecnológica que comenzaba, en aquellos días, a emerger. El referido pronunciamiento vino a sentar las bases del uso sindical de los referidos medios sometiendo el mismo a concretas limitaciones. Una doctrina que, andando, el tiempo, ha venido a ser matizada, concretada y ponderada por los tribunales ordinarios que han situado en sus estrictos términos las condiciones de su uso. Pero en este tiempo nuevo se abren, también, nuevos frentes de reflexión.

La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. Aquí, es la empresa la que, hasta el momento, ha incorporado su uso hasta el punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la IA. Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre práctica-

mente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transversalmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir. Por ello, la digitalización de las empresas supone nuevos desafíos para la efectividad de los derechos de información y consulta.

La anterior idea entronca con la necesidad de fortalecer los derechos de información y consulta, haciéndolos más sólidos y eficaces. Especialmente en lo concerniente a procesos de reestructuración, resulta necesario proceder a su actualización superando insuficiencias como las relativas a las garantías de los representantes de las personas trabajadoras. Un buen ejemplo de todo ello es el Real Decreto-ley 5/2023, por el que, entre otras, se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo de fecha 27 de noviembre de 2019, aprobando una nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles incorpora importantes novedades en esta materia y que ha venido a fortalecer de forma sustantiva los derechos de información y consulta y participación de los trabajadores en estos procesos. Pero, sin duda, otros espacios deberán abrirse en esta materia. Un importante campo para la reflexión se abre en relación con las materias vinculadas con la transmisión de empresas dado que la intangibilidad y virtualización de los procesos conllevarán la necesidad de un reforzamiento de la exigencia de transparencia y, por ende, un incremento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores que intervengan en ellos.

Pero el principio de transparencia posee una importancia extraordinaria en el conjunto de instrumentos de garantía frente al uso de algoritmos en el mundo laboral. Como ha señalado Molina Navarrete, dentro de este ámbito cabe distinguir dos espacios diferentes de transparencia, “aunque convergentes en la mayor efectividad posible de la misma”. Por un lado, “la garantía de transparencia informativa individual, contenido esencial de sus derechos” y, por otro, la “garantía de participación (presupone la transparencia previa, pues sin información no hay posibilidad de participación real) colectiva (información activa y pasiva, recibida y aportada por sus representaciones)”⁽¹³⁾.

La exigencia de transparencia resulta especialmente importante cuando los algoritmos suplen la función directora de la empresa como ocurre en el caso de las plataformas profesionales, pero también cuando se trata de cualquier otra intervención que afecta a los derechos y las libertades de las personas trabajadoras⁽¹⁴⁾. Por ello, es perfectamente generalizable la afirmación según la cual, “la opacidad en la configuración del algoritmo y la práctica de las empresas de modificar las métricas utilizadas para mejor adaptar la asignación de servicios y tareas a sus necesidades organizativas sin información a las personas trabajadoras genera una situación de especial inseguridad”, “una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad algorítmica, que obliga a las personas a conectarse a la plataforma, aceptar tareas y no rechazar servicios en contra de sus intereses

¹³ C. MOLINA NAVARRETE, *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos) covid19: Entre eficiencia, gestión y garantías*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp.171-172.

¹⁴ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este tema, me he ocupado en mi monografía, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

individuales para evitar el riesgo de afectar a sus puntuaciones y, en consecuencia, a sus capacidades para obtener ingresos en el futuro”⁽¹⁵⁾.

No debe sorprender que se llame, por ello, a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos como instrumento de refuerzo de la garantía de transparencia ⁽¹⁶⁾. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano», ha recordado “la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”.

Una primera materialización de esta idea la podemos encontrar en nuestro país en Ley 12/2021 que añadió un apartado d) en el art. 64.4 ET, para conferir a la representación legal de la plantilla el derecho a ser informada por la empresa “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. De este modo, los cambios que vienen de la mano de los algoritmos al mundo del trabajo requieren de una importante reformulación y adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre estos instrumentos delegados del poder de dirección y organización empresarial ⁽¹⁷⁾.

La *Guía Práctica y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral* ⁽¹⁸⁾, formula un contenido común del deber de transparencia algorítmica que se estructura sobre tres niveles informativos. El primero de los niveles se refiere a la información sobre el uso de algoritmos o sistemas de IA para tomar decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, identificando la tecnología utilizada y las decisiones de gestión de personas respecto de las que se utiliza tal tecnología. El segundo de los niveles informativos comprende la información sobre la lógica y funcionamiento del algoritmo, incluyendo las variables y parámetros utilizados: (i) La tipología de perfiles que elabora el algoritmo e información sobre la asignación concreta a uno de ellos. (ii) Las variables utilizadas por parte del algoritmo, entendidas como la información o factores utilizados para tomar la decisión o la elaboración del perfil, incluyendo si algunas de estas variables son datos personales. (iii) Los parámetros utilizados por parte del algoritmo para la toma de decisiones automatizadas, entendidos

¹⁵ Como lo califica A. GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 2021, nº 1, Vol.2, 2021, pp. 19-42.

¹⁶ En esta dirección, G.F. MORAU, *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores. Nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Albacete, Bomarzo, 2020.

¹⁷ Una interesante lectura este precepto puede encontrarse en I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 168-177..

¹⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2022/100622-algoritmos.aspx>

como la ponderación relativa de cada variable en el modelo para la toma de la decisión, así como cualquier cambio de estos parámetros que modifique el comportamiento del algoritmo. (iv) Las reglas e instrucciones utilizadas por el algoritmo, entendidas como las reglas programación (ya sea aquellas programadas de forma expresa o derivadas por aprendizaje automático del propio algoritmo) que conducen a la toma de la decisión. (v) Los datos de entrenamiento y, en su caso, validación, utilizados y sus características. La referencia a información sobre la lógica del algoritmo que deriva de los artículos 13.2.f) y 14.2.g) 15.1.h) Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y a “instrucciones” (artículo 64.4.d) ET) debe interpretarse en el sentido de que incluye también los datos de entrenamiento y, en su caso, validación del sistema. El último de los niveles se refiere a la información sobre las consecuencias que pueden derivarse de la decisión adoptada mediante el uso de algoritmos o sistemas de decisión automatizada.

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC) ha insistido en esta idea: (...) Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones (...) La negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores”.

En la misma línea se mueve la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (en su texto de 7 de junio de 2023) relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Allí subraya su Considerando (32) que: “Asimismo, debe facilitarse información sobre los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones a los representantes de los trabajadores de plataformas y a las autoridades laborales nacionales, a fin de permitirles que ejerzan sus funciones”. Del mismo modo que el Considerando (39) precisa que: “Puesto que la introducción de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones por parte de las plataformas digitales de trabajo, o los cambios sustanciales en el uso de esos sistemas, tienen repercusiones directas para la organización del trabajo y las condiciones de trabajo individuales de los trabajadores de plataformas, es fundamental garantizar que los derechos y las obligaciones de información y consulta, en particular los establecidos en la Directiva 2002/14/CE, puedan ser ejercidos directamente por los representantes de los trabajadores de plataformas y, cuando no haya representantes, por los trabajadores de plataformas”.

Indudablemente el principio de transparencia debe quedar sometido a limitaciones. Como se ocupa de precisar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales: “(33) Esta obligación de información no debe implicar que las plataformas digitales de trabajo divulguen el funcionamiento detallado de sus sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones, como sus algoritmos, ni otros datos detallados que contengan secretos comerciales o estén protegidos por derechos de propiedad intelectual

e industrial. No obstante, estas consideraciones no deben tener como resultado la negativa a proporcionar toda la información exigida por la presente Directiva”.

Los límites que impone el derecho a la protección de datos personales y la tutela de la confidencialidad se convertirán seguramente en uno de los frentes de batalla a la hora de concretar el alcance de estos nuevos principios. Así se extrae también de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos, que “subraya el hecho de que la aplicación de las disposiciones de confidencialidad por parte de los Estados miembros es fragmentaria debido a la falta de una definición clara y pide, por lo tanto, una definición clara de información confidencial; señala, en este contexto, que es necesario que los Estados miembros realicen más esfuerzos para especificar y aclarar de forma precisa las condiciones en las que la dirección central no está obligada a transmitir información que pueda ser perjudicial; reitera su llamamiento de que se impida el uso abusivo de las normas de confidencialidad como una forma de limitar el acceso a la información y a la participación efectiva, y pide a la Comisión que, en el contexto de la revisión de la Directiva 2009/38/CE, exija a los Estados miembros que definan claramente los casos en los que la confidencialidad justifica la restricción del acceso a la información”. Evitar interpretaciones extensivas del concepto de confidencialidad que redunden en un impedimento a la efectividad del derecho de información y consulta, sin perjuicio de la protección de los secretos empresariales conforme al derecho de la Unión Europea, es un punto de equilibrio que, necesariamente debe alcanzarse.

VI. Instrumentos para una construcción colaborativa de la gobernanza digital

De nuevo el V AENC pone en el centro mismo de sus objetivos en esta materia la necesidad de una gestión compartida por empresas y trabajadores de este conjunto de cambios: “las partes firmantes (...) consideramos que los convenios colectivos de sector y de empresa deben promover e impulsar la transformación digital en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y entendemos oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa”. La gobernanza de la transformación digital, lo que se ha llamado también la “gobernanza colectiva de la dirección algorítmica”⁽¹⁹⁾ debe resultar, esencialmente, colaborativa. Ello se pone de manifiesto en diversos terrenos. Uno de ellos es el espacio de la garantía de los derechos digitales.

¹⁹ A. TODOLÍ SIGNES, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 89.

En relación con el control de dispositivos digitales en el trabajo, el legislador trasladada a la empresa el testigo a la hora de determinar cuál sea el alcance de la tolerancia permitida a la empresa. Será ésta la que deba definir la topografía del control y, por extensión, las fronteras del mismo, pero, para ello, deberá orientar a los trabajadores por los espacios en los que aquél podrá caminar. Siguiendo con el símil, la empresa deberá dotar al trabajador de una cartografía precisa: los trabajadores, dice la Ley, deben ser informados de los criterios de utilización [art. 87.3 Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)]. A tal fin, se da carta de naturaleza normativa a una nueva forma de soft law: los protocolos de control del uso de los dispositivos digitales añadiendo que en su elaboración deben “participar” los representantes de los trabajadores. La Sentencia de la Audiencia Nacional nº 114/2022, de 22 de julio (Proc. 178/2022) ha venido a robustecer la referida exigencia al concluir que no cabe el establecimiento o modificación de las políticas empresariales elaboradas de forma unilateral por la empresa de uso de los medios informáticos de la empresa sin participación de la representación de los trabajadores. El concepto “participación”, entendiendo que se debe interpretar como “consulta” conforme a lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 64 del ET, y no como “información”. Y a tales efectos, resulta igualmente irrelevante que en los contratos de trabajo se advierta a los trabajadores que solo cabe efectuar un uso privado de los dispositivos digitales, pues para adoptar tal decisión el empleador no puede obviar a la representación legal de los trabajadores.

Dentro de la escala de durezas de la intervención de la representación de los trabajadores se hace necesario diferenciar la exigencia de “previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras”, que se impone a la hora de elaborar las políticas internas en materia de desconexión digital (art. 88 LOPD), de las obligaciones informativas que también poseen especial significado en esta materia. Ello se pone de relieve, tanto en la regulación del art. 89 (control laboral a través de captación de imágenes y sonidos) y como del art. 90 LOPD (control laboral a través de geolocalización) para concretar que empleadores deben de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, “acerca de la existencia y características de estos dispositivos”. Igualmente, deben informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión (art. 90.2 LOPD). Una información a los representantes de los trabajadores que, caso de omitirse, tiene efectos especialmente relevantes como se ocupó de subrayar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 febrero de 2019 (Proc. 338/18) y, posteriormente, confirmó la STS 8 de febrero de 2021 (Rº 84/2019).

Inserta en este panorama digital, la LTD ha otorgado una especial relevancia a la intervención de la representación legal de los trabajadores en la construcción del modelo del trabajo a distancia. Son por ello múltiples las llamadas y referencias a dicha participación con lo que puede afirmarse que el legislador ha querido someter al control de los representantes el desarrollo del marco de regulación en esta materia lo que queda subrayado de manera sobresaliente, como se ha dicho, por el papel protagonista que se

otorga a la negociación colectiva en la referida construcción ⁽²⁰⁾. La norma atribuye a la representación legal especiales facultades de vigilancia en el correcto cumplimiento y adaptación del modelo normativo. Partiendo de la acentuada individualización de las condiciones de trabajo, que se materializa a través del acuerdo de trabajo a distancia, el artículo 8.1 atribuye a la referida representación la facultad de conocimiento de la modificación de las condiciones pactadas que deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Especial significación tiene el hecho de que la empresa deba entregar, ex artículo 6 LTD, a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones con las limitaciones que la norma expresa. Igualmente, se atribuye a la representación legal de los trabajadores importantes facultades en relación con la organización y dirección en el trabajo a distancia. Se establece, de este modo, que las instrucciones dictadas por la empresa, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia deben contar con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras.

El convenio colectivo posee también un lugar importante en un terreno especialmente sensible a los algoritmos: la protección de datos personales. El RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que “los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...)” (art. 88 RGPD) ⁽²¹⁾. La llamada a la negociación colectiva también se ha producido por la legislación española. En concreto, el art. 91 LOPD prescribe que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”, lo que da entrada a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos ⁽²²⁾.

Los convenios y acuerdos colectivos pueden cumplir una tarea fundamental a la hora de determinar las modalidades, contenido y periodicidad de acceso de la representación de las personas trabajadoras a la información relativa a los parámetros y a las reglas en los que se basan los algoritmos utilizados por la empresa para la toma de las decisiones que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo, el acceso o el mantenimiento del empleo. Es buen ejemplo el XXIV Convenio colectivo del sector

²⁰ Más ampliamente, me remito a J. R. MERCADER UGUINA, “Ejercicio de derechos colectivos/sindicales en el trabajo a distancia”, en Monereo Perez, J.L. (Dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales*, Granada, Comares, 2021, pp. 755-752

²¹ Particularmente importante para la comprensión del sentido y alcance del art. 88 RGPD es la STJUE de 30 de marzo de 2023, asunto C-34/21). Para su adecuado entendimiento, puede ser útil la lectura de mi entrada en El Foro de Labos de 11 de abril de 2023: ¿Hay vida más allá del RGPD?: Límites a las previsiones legales o convencionales de tratamiento de datos personales en materia laboral.

²² F.J. CALVO GALLEGOS, *Derechos digitales en la negociación colectiva (Comentario al artículo 91 LOPD-GDD)*, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2021,II, pp. 4225-4270.

de la banca que, en precepto dedicado a los “Derechos digitales”, dedica un elocuente apartado al “Derecho ante la IA”. En él se incorporan reglas reforzadas de transparencia colectiva en aquellos procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales que se basen, exclusivamente, en modelos digitales sin intervención humana. En estos casos, se dice, se informará a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial y dicha información abarcará, como mínimo, “los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados”.

Para la Gobernanza (con mayúsculas) de esta nueva era digital es fundamental la creatividad de los agentes sociales resultará fundamental. Los Sandboxes pueden resultar un instrumento de enorme interés. Lo verdaderamente importante de estos Sandboxes es que el procedimiento de ensayos finaliza con la autorización al promotor para ejercer la actividad, si el proyecto ha funcionado bien, o con su clausura, si no lo ha hecho. Igualmente, puede suceder que la prueba motive un cambio regulatorio en la legislación, una vez que el regulador ha entendido el modelo de negocio, lo ha visto funcionar en el mercado y ha comprobado los riesgos. Por ello no me sorprende que la negociación colectiva, aunque todavía de manera tímida, venga recogiendo el guante que le está lanzando esta nueva era. Buen ejemplo de ello es el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes. El mismo incorpora una Disposición transitoria undécima (Compromisos para el gobierno de la transición digital y organizativa del sector) que creo que debe destacarse porque resulta toda una declaración de intenciones sobre cómo afrontar esta realidad desde una acción conjunta de los actores sociales.

El debate sobre las transformaciones de la democracia en la era de la inteligencia artificial trascienden con mucho nuestras capacidades y el objeto de estas páginas, pero, sin duda, sirve para situar las mismas en un horizonte más global. El uso de las nuevas herramientas tecnológicas puede ayudar a mejorar la democracia tradicional y fomentar una ciudadanía más activa, pero también posee indudables riesgos que deben ser controlados. La tutela de los intereses colectivos en la era de la transformación digital constituye un bien fundamental que debe ser, sin duda, garantizado. La consecución de más y mejor democracia en la empresa debe ser un objetivo irrenunciable en esta era digital.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Los planes de igualdad en las administraciones públicas

Equality plans in Public Administrations

Remedios Roqueta Buj*

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de València*

Recibido: 18/5/2023

Aceptado: 5/6/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7939

Resumen: Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito del empleo público y, con esta finalidad, deben elaborar y aplicar un plan de igualdad con indiferencia del tamaño de su plantilla. Los rasgos más sobresalientes de la normativa aplicable a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas son su sumariedad y ambigüedad, de forma que son muchos los extremos que quedan en el negro o, cuando menos, en la penumbra, lo que obliga a su intérprete a llevar a cabo una complicada labor de integración de lagunas. En este contexto se sitúa el presente estudio en el que se pretende clarificar el régimen aplicable a los planes de igualdad en el ámbito del empleo público.

Palabras clave: Planes de igualdad, administraciones públicas, principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, medidas de acción positiva, mujeres.

Abstract: Public Administrations are obliged to respect equal treatment and opportunities in the field of public employment and, for this purpose, they must prepare and apply an equality plan regardless of the size of their workforce. The most outstanding features of the regulations applicable to equality plans in Public Administrations are their summariness and ambiguity, so that there are many extremes that remain in the black or, at least, in the shadows, which forces their interpreter to carry out a complicated work of integration of gaps. This study is situated in this context, in which it is intended to clarify the regime applicable to equality plans in the field of public employment.

Keywords: Equality plans, public administrations, principles of equality and non-discrimination based on sex, positive action measures, women.

*remedios.roqueta@uv.es

1. Introducción

El principio de igualdad por razón de género en el empleo público se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), singularmente su Título V sobre «*El principio de igualdad en el empleo público*» –que paradójicamente no tiene carácter orgánico (DF 2.^a LOI)–, y en los arts. 1.2.d) y 52 y en la DA 7.^a del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), redactada en los términos previstos por la DF 24.^a de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, que se refieren al conjunto de los empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas. Asimismo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, resulta aplicable en el ámbito del empleo público, tal y como prescribe el apartado cuarto de su art. 2.

En virtud de dicha normativa, las Administraciones Públicas están obligadas a elaborar un plan de igualdad con indiferencia del tamaño de su plantilla. Los rasgos más sobresalientes de la normativa aplicable a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas, como se verá, son su sumariedad y ambigüedad, de forma que son muchos los extremos que deja en el negro o, cuando menos, en la penumbra, lo que obliga a su intérprete a llevar a cabo una complicada labor de integración de lagunas. En este contexto se sitúa el presente estudio en el que se pretende clarificar el régimen aplicable a los planes de igualdad en el ámbito del empleo público.

2. Normativa aplicable

Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito del empleo público y, con esta finalidad, deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres (DA 7.^a EBEP). En particular, todas ellas deben elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario o convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. Así lo disponen los apartados 2 y 3 de la DA 7.^a del EBEP, en su nueva redacción dada por la DF 24.^a de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, que tienen carácter básico.

En el ámbito de la Administración General del Estado, todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal (art. 63 LOI)¹. Una vez verificada la evaluación sobre la igualdad en el empleo

¹ A tales efectos, en el ámbito de la Administración General del Estado, todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos

público, el Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (art. 64 LOI)². El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, hay que estar a lo que dispongan las Leyes reguladoras de la respectiva función pública (art. 6 EBEP) y/o de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la respectiva Comunidad Autónoma.

Los planes de igualdad de las Entidades Locales se rigen por la DA 7.^a del EBEP, de carácter básico, y por la legislación de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 3.1 EBEP), si bien son muy pocas las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia y mucho menos las que lo han hecho para el personal de las Corporaciones Locales ubicadas en su territorio.

En cambio, los arts. 45 y 46 de la LOI no resultan de aplicación a los planes de igualdad de las Administraciones Públicas, toda vez que se incluyen, sistemáticamente, en el capítulo relativo a los planes de igualdad de las empresas, y aluden, de modo constante, a las «empresas», a los «trabajadores y trabajadoras» y a la «normativa laboral»³. Igual conclusión cabe sostener en relación con el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad, en la medida en que responde a

Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa «a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal» (art. 64 LOI). Por ello, en todos los Ministerios uno de sus órganos directivos asumirá las funciones de la funciones de «Unidad de Igualdad», encargándose, entre otras funciones, de recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación con su elaboración, elaborar estudios con la finalidad de promover la igualdad entre mujeres y hombres en las áreas de actividad del Departamento, asesorar a los órganos competentes del Departamento en la elaboración del informe sobre impacto por razón de género, fomentar el conocimiento por el personal del Departamento del alcance y significado del principio de igualdad mediante la formulación de propuestas de acciones formativas y velar por el cumplimiento de la LOI y por la aplicación efectiva del principio de igualdad (art. 77 LOI). Asimismo, se crea la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres (art. 76 LOI), encargada, entre otras funciones, del «seguimiento y coordinación del desarrollo y aplicación de los informes de Impacto de Género y de las actuaciones de las Unidades de Igualdad constituidas en cada departamento ministerial, así como de la participación de las mujeres en los puestos de representación y dirección de la Administración General del Estado» [art. 3.d) RD 1370/2007, de 19 de octubre].

² Hasta la fecha, se han aprobado tres planes para la igualdad de género en la Administración General del Estado y en los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella (BOE 01/06/2011, 10/12/2015 y 01/01/2021).

³ STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021). En sentido contrario, FABREGAT MONFORT, G., *Garantía del principio de igualdad en el empleo público local: planes de igualdad*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2022, pág. 36.

la necesidad de dar desarrollo reglamentario a las cuestiones a que se refiere el art. 46.6 de la LOI. El RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, tampoco resulta de aplicación directa en las Administraciones Públicas, lo que tiene relevancia en relación con los registros retributivos, las auditorias retributivas y la herramienta para la implementación del procedimiento de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género desarrollada por los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Igualdad. En definitiva, dada la separación legislativa impuesta por la LOI en materia de igualdad entre mujeres y hombres, según se trate de empresas o de Administraciones Públicas, los RR.DD. 901/200 y 902/2020 dejan fuera de su ámbito de aplicación a estas últimas, tanto por lo que se refiere al personal funcionario como al personal laboral, lo que no obstará a que estas normas reglamentarias puedan o, incluso, deban utilizarse como directrices o marcos de referencia en relación con los planes de igualdad en el ámbito del empleo público.

Seguramente, ello se explica por el hecho de que en el empleo público la situación de desigualdad entre mujeres y hombres puede no ser, al menos en algunos aspectos, tan acusada como en el sector privado, fundamentalmente por las siguientes razones⁴:

- 1.^a) No existe tanta libertad ni discrecionalidad del empleador en la fijación de las condiciones de trabajo, especialmente en las retributivas, ya que las Administraciones están sujetas en su actuación al principio de legalidad y a la interdicción de la arbitrariedad y, además, están obligadas a dar cuenta periódicamente de sus actuaciones.
- 2.^a) El acceso al empleo público está bastante objetivado y ello hace más difícil la discriminación en el acceso y en la promoción, materias en las que en el ámbito privado se producen numerosas discriminaciones, en muchas ocasiones basadas en prejuicios y prácticas sociales contrarias a la igualdad, complejas de erradicar, demostrar y combatir.
- 3.^a) La mayor estabilidad en el empleo, junto a otros factores, conlleva una mayor tasa de sindicalización y, por consiguiente, unas mayores posibilidades de actuación sindical, muy diferentes, por ejemplo, de las que existen en las pequeñas empresas en el sector privado. La actuación de negociación, control y en su caso denuncia de las organizaciones sindicales es una garantía igualitaria que funciona, pues, con mayor intensidad en el empleo público.

Todo ello contribuye a que, ciertamente, la situación sea mejor que la existente en el sector privado.

⁴ ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres en las Administraciones Públicas», *Diploma de Especialización Profesional Universitario en Normativa Aplicable en Materia de Igualdad entre Mujeres y Hombres en el Trabajo: Agentes de Igualdad entre mujeres y hombres*, Curso 2010-2011, Adeit, Valencia, pág. 9.

3. Administraciones Públicas obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad

De conformidad con la DA 7.^a del EBEP, las «*Administraciones Públicas*» aprobarán un plan para la igualdad entre mujeres y hombres; expresión que hay que interpretar a la luz de lo dispuesto en el art. 2.1 del EBEP, a cuyo tenor este resulta aplicable al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones Locales, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas. Por consiguiente, todas las Administraciones Públicas que tengan funcionarios y/o trabajadores a su servicio estarán obligadas a aprobar un plan de igualdad, con independencia del número de sus empleados públicos. Por lo demás, como la DA 7.^a del EBEP tiene carácter básico (DF 1.^a EBEP), las Comunidades Autónomas no pueden limitar la obligación de aprobar un plan de igualdad a las Administraciones Públicas que tengan 50⁵ o 250 empleados/as⁶ ni a los entes locales que tengan órganos específicos de representación del personal a su servicio⁷.

Esa obligación generalizada plantea un problema, el de las Administraciones Locales de pequeñas dimensiones. Obligarles a elaborar un plan de igualdad propio puede ser complejo y costoso, pero precisamente para estos supuestos pueden resultar de plena aplicación las posibilidades de negociación en ámbitos supramunicipales o de adhesión al plan de igualdad negociado en otra Entidad Local ubicada en la misma Comunidad Autónoma (art. 34 EBEP), si bien la negociación supramunicipal, a la hora de configurar las medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, deberá tener en cuenta la situación específica de cada entidad adherida a la misma o algún mecanismo que permita la adaptación de las medidas en cada una de ellas⁸.

4. Ámbito de los planes de igualdad

4.1. *Ámbito funcional*

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 de la DA 7.^a del EBEP, las «*Administraciones Públicas*» aprobarán «*un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres para*

⁵ Cfr. art. 44 de la Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres de Navarra.

⁶ Cfr. art. 51.1 de la Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón.

⁷ Cfr. art. 15.2 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de Cataluña.

⁸ ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres...», cit., pág. 31.

sus respectivos ámbitos». Por lo tanto, el plan de igualdad debería comprender a los empleados públicos de cada Administración territorial o institucional de que se trate con independencia de que la misma cuente con varios centros de trabajo, Departamentos ministeriales o Consejerías, etc. No obstante lo anterior, los planes de igualdad se negocian conforme a «*la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública*» y esta articula las mesas de negociación a nivel de cada persona jurídico-pública de carácter territorial y para el conjunto de los empleados públicos al servicio de esta y de los organismos públicos con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de ella. En consecuencia, quedan incluidos en el ámbito de aplicación de los planes de igualdad los empleados públicos al servicio de la Administración territorial de que se trate (estatal, autonómica o local) y de los organismos públicos integrados en la misma. Y así, lo viene a corroborar el art. 64 de la LOI al prever «*un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella*», esto es, un plan de igualdad único para todos los empleados públicos al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Con todo, debe tenerse en cuenta que los miembros de las mesas generales de negociación del personal funcionario de cada Administración Pública pueden crear niveles específicos de negociación para los funcionarios de aquellas organizaciones administrativas, como los organismos públicos en los que las condiciones de trabajo presenten una singularidad o particularidad (art. 34.4 EBEP), y en tal caso, éstos deberán contar con un plan de igualdad propio.

4.2. *Ámbito personal*

De acuerdo con el apartado 2 de la DA 7.^a del EBEP, las Administraciones Públicas aprobarán «*un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres para sus respectivos ámbitos, a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo*». Por consiguiente, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del plan de igualdad de cada Administración Pública todos los empleados públicos a su servicio, ya sean funcionarios públicos o trabajadores con contrato de trabajo, sin perjuicio de que el plan deba ser desarrollado por separado en relación con cada uno de ellos⁹, y cualquiera que sea la clase de la relación funcional o laboral de que se trate (funcionarios de carrera o interinos o estatutarios y trabajadores fijos, indefinidos o temporales o con cualquier modalidad contractual, ya estén sujetos a una relación laboral común o especial).

⁹ En el mismo sentido, ROMERO RÓDENAS, M.^a J., *Planes de igualdad en la empresa privada y en el sector público*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 41.

5. Las fases de elaboración de los planes de igualdad

5.1. Diagnóstico de situación

5.1.1. Materias evaluables e indicadores de medición

En principio, parece innegable que el plan de igualdad debe partir de un previo diagnóstico de la situación que permita detectar las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo que puedan existir en la Administración Pública de que se trate; a partir de ahí, se deberán establecer los objetivos y adoptar las medidas necesarias para solventar los problemas detectados en cada organización y alcanzar así la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A tales efectos, en el ámbito de la Administración General del Estado, todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa *«a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal»* (art. 64 LOI).

Es más, a la hora de elaborar el diagnóstico de situación, debe partirse del carácter complejo y pluridimensional de la brecha laboral entre mujeres y hombres. Ciertamente, las causas subyacentes de la discriminación de las mujeres en el ámbito del empleo son varias y diferentes, a saber¹⁰: a) La segregación horizontal del mercado de trabajo: las mujeres se concentran en un número más reducido de sectores y profesiones, por lo general, menos valorados, más precarios y peor remunerados. b) La segregación vertical del mercado de trabajo: las mujeres suelen ocupar los puestos de trabajo más bajos y peor remunerados de la organización empresarial y se encuentran con más dificultades para promocionar en la empresa. c) La dificultad para conciliar el trabajo, la vida familiar y personal, así como la distribución desigual de las responsabilidades familiares y domésticas, que llevan a una mayor proporción de mujeres a ocupar empleos a tiempo parcial y a interrumpir repetidamente sus carreras profesionales. d) La igualdad de las mujeres en ocasiones es coartada por una de las manifestaciones de discriminación y violencia por razón de sexo más extendida y al mismo tiempo más invisibilizada por su compleja identificación dentro del ámbito laboral, como es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Por ello, el diagnóstico debe recoger toda la información necesaria para medir y evaluar, a través de indicadores, cuantitativos y cualitativos, debidamente desagregados por régimen jurídico, funcional o laboral, y por sexo, en relación, por lo menos, con las siguientes cuestiones¹¹:

¹⁰ Por todos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 37 y ss.

¹¹ Por todos, TELLO-SÁNCHEZ, F. «Empezar por casa enfocando los planes de igualdad en la cultura organizacional de las administraciones públicas», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públi-*

- La distribución de la plantilla por edad, vinculación, tipo de relación administrativa o laboral, tipo de nombramiento o de contratación, jornada y antigüedad.
- El promedio de hombres y mujeres por sectores en los distintos cuerpos/escalas o categorías/grupos profesionales, buscando identificar aquellos en los que están infrarrepresentadas o sobrerrepresentadas las mujeres.
- La participación de hombres y mujeres en los diferentes procesos de selección (libres, de promoción interna o de consolidación de empleo temporal; tipos de pruebas que se realizan y de méritos que se valoran, etc.).
- La progresión de la carrera profesional vertical (participación en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, distinguiendo según se trate de concursos de méritos o de libre designación, grados personales consolidados, niveles de los puestos de trabajo adjudicados, etc.) y horizontal (sistemas de evaluación del desempeño y participación en los mismos, complementos de carrera horizontal devengados, etc.) de hombres y mujeres, así como de los programas de formación ofrecidos al personal, indagando al mismo tiempo qué tipo de formación se ofrece y si la orientación de los programas es incluyente, tanto en términos de temario, objetivos, o si es excluyente, al contemplarse horarios incompatibles para personas con responsabilidades de cuidado adicionales al trabajo, como es el caso de la mayoría de las mujeres.
- Las causas y promedio de mujeres y hombres declarados en bajas, sean por motivos médicos, despidos, jubilaciones, etc. Esta información puede ofrecer, entre otras cosas, información sobre cómo mujeres y hombres se ven afectados de manera diferencial por el clima laboral (y que derivan, por ejemplo, en bajas cuando la salud mental se ve perjudicada), o los despidos como consecuencia de restricciones presupuestarias donde, por lo general, es el personal femenino el que más sufre los ajustes.
- Los valores medios de las retribuciones básicas y complementarias del personal funcionario, desagregadas por sexos y distribuidas por subgrupos o grupos de clasificación profesional, cuerpos o escalas, niveles, categorías o escalones y cualquier otra circunstancia que pueda incidir en la cuantía de dichas retribuciones, y los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla laboral, desagregados por sexos y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.
- Respecto a la conciliación, es necesario identificar el porcentaje de mujeres y hombres con cargas familiares (hijos menores y otras personas dependientes), y cuántos de éstos hacen uso de los diferentes beneficios tales como la reordenación del tiempo de trabajo, permisos, reducciones de jornada, excedencias o trabajo a distancia.

cas, nº. 18, 2020, págs. 119 y ss.; y FABREGAT MONFORT, G., *Garantía del principio de igualdad en el empleo público local...*, págs. 55 y ss.

- Finalmente, en el diagnóstico se debe indagar si existe en la Administración algún protocolo sobre acoso sexual, si se han constatado casos de acoso sexual o laboral (mobbing) y cómo se ha procedido en la reparación de daños y penalización, si se dan y normalizan comentarios discriminatorios, machistas, misóginos, homófobos o racistas entre el personal o incluso en las relaciones verticales, y cómo afectan las subjetividades de mujeres y hombres en cada caso frente a un análisis objetivo de las consecuencias para la efectiva igualdad.

Identificar y reconocer la situación del personal en relación con todos estos asuntos, según carácter administrativo o laboral de la relación, sexo, edad y otras variables que se entrecruzan tales como la discapacidad física o identidad sexual, contribuye no solo a visibilizar las brechas que con seguridad existen, sino, sobre todo, los desafíos que debe atender y cubrir el plan de igualdad a desarrollar en cada organización administrativa.

Por lo demás, todos los datos, aun separados por sexos, deben estar disociados y no contener datos personales susceptibles de identificar a los empleados/as de la Administración Pública¹².

5.1.2. Registros retributivos, auditorías retributivas y valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género

La Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la «transparencia salarial» de los empleadores públicos y privados, establece que los Estados deben optar por, al menos, una de las siguientes medidas: (i) derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador y la trabajadora; (ii) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras; (iii) obligación de que las empresas de al menos doscientas cincuenta personas trabajadoras elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de los puestos) que deben ponerse a disposición de los y las representantes; (iv) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Recientemente, se ha aprobado la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Esta Directiva, que se aplica a los empleadores de los sectores público y privado, establece requisitos mínimos para reforzar la aplicación del principio

¹² Cfr. STS (CA) de 28 de marzo de 2022 (Rec. 359/2020).

de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres consagrado en el art. 157 del TFUE y la prohibición de discriminación establecida en el art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, en particular mediante la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 7 de junio de 2026.

Pues bien, el ordenamiento jurídico español obliga, como parte del diagnóstico, a¹³:

- a) Llevar en todas las empresas un registro anual con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, teniendo las personas trabajadoras «*el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*» (arts. 28.2 ET y 5.1 del RD 902/2020).
- b) Confeccionar en las empresas con al menos cincuenta empleados la auditoría retributiva [arts. 46.2.e) LOI y 7.1 RD 902/2020]. El diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere [art. 8.1.a) RD 902/2020]: 1.º La evaluación de los puestos de trabajo con perspectiva de género, pudiendo utilizarse a tales efectos la herramienta de valoración de los puestos de trabajo y de igualdad retributiva elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad (art. 1.2 Orden PCM/1047/2022). 2.º La identificación de otros factores desencadenantes de las diferencias retributivas.

Sin embargo, salvo el art. 28.2 del ET, que sí rige para el personal laboral de las Administraciones Públicas, ni el art. 46.2.e) de la LOI ni los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 resultan de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas. Como puede observarse, el marco normativo que se impone en esta materia es mucho más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas.

En principio, existen razones que pueden explicar esa diferencia, a saber:

- a) La cuantía de las retribuciones básicas y complementarias (complemento de destino y específico) de los funcionarios debe fijarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que no deberían existir diferencias retributivas basadas en el género.
- b) El personal laboral, a diferencia de los trabajadores del sector privado, tiene siempre respecto de la Administración Pública los derechos y obligaciones establecidos en las normas legales y convencionales, no entrando en juego ni la

¹³ Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 44 y ss.

autonomía colectiva de efectos personales limitados ni la autonomía individual. Lo que resulta explicable en atención a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación que rigen para las Administraciones Públicas en cuanto empleadoras y que les impiden el establecimiento selectivo de las condiciones de trabajo por encima de las previsiones legales o convencionales, a diferencia de los empleadores privados. Ciertamente, como ha declarado el Tribunal Constitucional, el art. 14 de la Constitución Española «no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales», de suerte que la diferencia salarial que no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución Española o el Estatuto de los Trabajadores, «no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad»¹⁴. Mas cuando el empresario «es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)» y, como poder público que es, «está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales»¹⁵.

Con todo, las discriminaciones por razón de sexo en materia retributiva son factibles en relación tanto con el personal funcionario como laboral. En efecto, el complemento de destino a percibir por cada funcionario depende del nivel asignado a su puesto de trabajo y del desarrollo de su carrera vertical, por lo que sí pueden producirse discriminaciones injustificadas por razón de sexo. Y lo mismo cabe decir en relación con el complemento específico, ya que su puesta en marcha requiere de dos procesos concurrentes (la determinación de los puestos a que se asigna y la fijación de su cuantía) y, además, las normas presupuestarias vienen limitándose a establecer la cantidad global destinada a la asignación de este complemento. Y, en fin, en el resto de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos también pueden producirse discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres (complementos de productividad, gratificaciones por servicios extraordinarios y complementos de carrera profesional horizontal), ya que su asignación se realiza de forma individualizada y no de forma general para categorías, cuerpos o grupos. Y, en fin, la experiencia práctica suele mostrar la existencia de diferencias salariales entre los trabajadores y trabajadoras al servicio de las Administraciones Públicas.

¹⁴ SSTC 34/1984, de 9 de marzo; y 2/1998, de 12 de enero.

¹⁵ SSTC 161/1991, de 18 de julio; 2/1998, de 12 de enero; y 34/2004, de 8 marzo.

Por ello, y a fin de detectar las posibles discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres, es necesario que las Administraciones Públicas informen sobre las retribuciones promediadas de su personal funcionario (a) y laboral (b).

- a) Los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a las «*retribuciones promediadas de su personal*» (art. 63 LOI). Por consiguiente, se debe llevar un registro con los valores medios de las retribuciones básicas y complementarias, desagregadas por sexos y distribuidas por subgrupos o grupos de clasificación profesional, cuerpos o escalas, niveles, categorías o escalones y cualquier otra circunstancia que pueda incidir en la cuantía de las retribuciones de los funcionarios públicos. Aunque la aplicación directa del art. 63 de la LOI se limita a la Administración General del Estado y los organismos públicos o dependientes de ella, resulta aplicable de forma subsidiaria al resto de las Administraciones Públicas
- b) Las Administraciones Públicas deben llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla laboral, desagregados por sexos y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, y los trabajadores tienen «*el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*» (art. 28.2 ET). Cuando en una Administración Pública con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25% o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, la Administración deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras (art. 28.3 ET). Estas obligaciones, al estar previstas en el art. 28 del ET, resultan aplicables en relación con el personal laboral de las Administraciones Públicas (art. 7 EBEP). No obstante ello, según la DA 4.^a del RD 902/2020, «*al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica*». De este modo, el RD 902/2020 precisa de un ulterior desarrollo y articulación en relación con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y mientras dicho desarrollo no se produzca no resulta de aplicación directa en el ámbito del empleo público laboral.

La normativa estatal expresamente no obliga a las Administraciones Públicas a realizar una valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Excepcionalmente, algunas leyes autonómicas para la promoción de la igualdad de género, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución de mujeres y hombres, obligan a la Administración de la Comunidad Autónoma a realizar una valoración

técnica de las plazas de personal funcionario o de los puestos cubiertos por personal laboral en todos los cuerpos, escalas, grupos, niveles y categorías, considerando en la misma el efectivo desempeño de cada puesto e incorporando la perspectiva de género, que será revisada periódicamente o cada cuatro años¹⁶. No obstante, en la Comunidad Autónoma de Galicia dicha valoración técnica sólo se impone cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, 20 puntos entre el número de mujeres y el número de hombres o cuando, por las circunstancias concurrentes, se aprecie una apariencia de discriminación por razón de sexo¹⁷. En cualquier caso, es evidente que, si se constata la segregación horizontal o vertical de las mujeres o una brecha salarial de género superior al 25%, que carece de una justificación objetiva y razonable, en la Administración Pública de que se trate, está tendrá que realizar la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género.

5.2. Diseño del plan de igualdad

El plan de igualdad contendrá las medidas que resulten necesarias en virtud del diagnóstico, pudiendo incorporar medidas relativas a la violencia de género, lenguaje y comunicación no sexista u otras, identificando todos los objetivos y las medidas evaluables por cada objetivo fijado para eliminar posibles desigualdades y cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en el ámbito de la Administración Pública. En cualquier caso, las medidas de igualdad contenidas en el plan de igualdad deberán responder a la situación real de la Administración Pública individualmente considerada reflejada en el diagnóstico y deberán contribuir a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la misma. En fin, aunque el diagnóstico concluyese en la inexistencia de desigualdad en la entidad, seguirá siendo obligatorio, en su caso, la elaboración del plan de igualdad, introduciendo medidas que eviten la alteración de tal situación.

6. El procedimiento para la elaboración y aplicación de los planes de igualdad

6.1. Régimen jurídico aplicable

Los planes de igualdad serán objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública (DA 7.^a.2 EBEP y art. 64 LOI). De modo que ha de aplicarse específicamente la regulación que se contiene en los arts. 32 y siguientes del EBEP, con las adaptaciones correspondientes atendidas

¹⁶ Cfr. los arts. 68 de la Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en Cantabria, y 16.5 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres en Cataluña.

¹⁷ Cfr. el art. 52 del Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad.

las peculiaridades de este tipo de planes¹⁸. En cambio, como ya hemos visto, no resultan aplicables directamente ni los arts. 45 y 46 de la LOI ni los RR.DD. 901/2020 y 902/2020, lo que no obstará a que se puedan o deban utilizar como directrices o marcos de referencia en relación con el procedimiento para la elaboración y aplicación de los planes de igualdad en el ámbito del empleo público.

6.2. El deber de negociar los planes de igualdad

El plan de igualdad «*será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública*» (DA 7.^a.2 EBEP y art. 64 LOI). Por consiguiente, dicho plan debe ir precedido de la correspondiente negociación, pues dicha exigencia viene impuesta a la Administración General del Estado por la propia Ley Orgánica 3/2007¹⁹ y al resto de las Administraciones Públicas por el EBEP.

6.3. Plazo para iniciar el procedimiento de negociación

Las Administraciones Públicas deberán iniciar el procedimiento de negociación del plan de igualdad al inicio de cada legislatura (DA 7.^a.2 EBEP y art. 64 LOI).

6.4. La mesa de negociación competente para negociar el plan de igualdad

El art. 36.3 del EBEP prevé la constitución de una Mesa General de Negociación común para el personal funcionario y laboral en la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales. Estas mesas de negociación son competentes para negociar «*todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública*» (art. 36.3 EBEP), esto es, aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de la correspondiente Administración Pública que reciban un tratamiento legal unificado o, incluso, paralelo pero uniforme en el EBEP y otras normas administrativas. Pues bien, la DA 7.^a.2 EBEP y el art. 64 LOI aluden a un plan de igualdad único para cada Administración Pública que, por lo tanto, será aplicable a ambos colectivos, el funcional y el laboral. Y, siendo así, el plan de igualdad debe ser objeto de negociación conjunta y el ámbito natural para ello es el de la Mesa General de Negociación común para el personal funcionario y laboral de la correspondiente Administración Pública²⁰.

¹⁸ STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021).

¹⁹ STS (CA) de 22 de febrero de 2022 (Rec. 20/2021).

²⁰ Cfr. STS (CA) de 24 de septiembre de 2008 (Rec. 198/2005). En cambio, FABREGAT MONFORT,

Los planes de igualdad, en la medida en que son aplicables a ambos tipos de personal (los funcionarios y los laborales), serán objeto de negociación en las mesas comunes, pero siempre y cuando la regulación convencional afecte a todos los empleados públicos²¹. En cambio, las materias y condiciones de trabajo que cuenten con regulaciones legales específicas y diferentes para los funcionarios y para el personal laboral habrán de ser pactadas en cada subámbito, ya sea en el funcional, ya en el laboral. Y ello será así, incluso, en aquellos aspectos como, por ejemplo, la carrera profesional y promoción (art. 19.2 EBEP) o la provisión de puestos y la movilidad funcional y geográfica del personal laboral (art. 83) en los que los convenios colectivos disponen de plena libertad para seguir el modelo laboral o el funcional, pues esta decisión corresponde adoptarla a los miembros de la comisión negociadora correspondiente. Y, de ahí, que el apartado 2 de la DA 7.ª del EBEP disponga que en el ámbito de cada Administración Pública el plan de igualdad se desarrollará «en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo».

6.5. Procedimiento de negociación

El art. 36 del EBEP no contiene ninguna referencia al procedimiento de negociación de las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral. Sin embargo, hay que indicar que el articulado del Capítulo IV del Título III de esta disposición legal suele referirse a las Mesas de negociación y a los Pactos y Acuerdos en general, por lo que no cabe sino concluir que aquéllas habrán de someterse a sus previsiones. De este modo, la negociación colectiva laboral en las materias y condiciones de trabajo comunes a los empleados públicos, incluidos los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad, se somete a los límites del EBEP, con la consiguiente supremacía de las Administraciones Públicas, reflejada en el art. 38.3 –al requerir la validez y eficacia de los Acuerdos la aprobación expresa y formal de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas–, 38.7 –al permitir que éstos adopten una decisión unilateral cuando fracasa la negociación– y 38.10 del EBEP –al contemplar la suspensión o modificación unilateral del cumplimiento de los Pactos y Acuerdos ya firmados por causa de grave interés público–.

6.6. El deber de negociar de buena fe

Las negociaciones deberán realizarse bajo el principio de la buena fe. En efecto, el art. 33.1 del EBEP sujeta la negociación colectiva al principio de «buena fe negociada». A ma-

G., Garantía del principio de igualdad..., cit., pág. 48, sostiene que el plan de negociación puede negociarse en las mesas comunes o en las mesas específicas del personal funcionario y laboral. En cuanto a la composición de la mesa de negociación, véase, por todos, ROQUETA BUJ, R., *Derecho del Empleo Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 592 y ss.

²¹ Cfr. SSTS (CA) de 9 de octubre de 2013 (Rec. 1873/2012) y 16 de abril de 2014 (Rec. 938/2013).

por abundamiento, el art. 34.7 del EBEP dispone que «*ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación*».

Ahora bien, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación²². Ciertamente, en muchas materias el margen de maniobra de la autonomía negocial de las Administraciones Públicas está muy condicionado por los límites presupuestarios y por las autorizaciones exigidas legalmente, por lo que su negativa a aceptar las propuestas de las organizaciones sindicales no es que esté guiada por una voluntad de obstrucción u obstaculización de la negociación, sino que obedece a un escenario de negociación estrecho impuesto por el marco legal.

La inexistencia de un deber de llegar a un acuerdo, a juicio del Tribunal Supremo, determina que la Administración no esté obligada a celebrar un número mínimo de reuniones ni «*a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales*»²³. El deber de negociar de buena fe obliga, más simplemente, a mantener una actitud «*abierta*» a la posibilidad de compromiso. Sin embargo, la trascendencia de esta obligación es evidente si se relaciona con la posibilidad de regulación unilateral que, en base al apartado 7 del art. 38 del EBEP, se abre a la Administración, de forma que aquella sólo puede ser considerada como un recurso extremo. De lo contrario, la Administración podría mantener una actitud inflexible durante el proceso de negociación, a sabiendas de que al final se le abriría aquella posibilidad, quedando vacío prácticamente de contenido el derecho a la negociación colectiva en la función pública.

Todo instrumento negocial o reglamentario elaborado en contravención del principio de la buena fe negocial será contrario a Derecho, ilícito y, por tanto, nulo²⁴. Las actas de las reuniones de la mesa de negociación adquieren una gran relevancia en orden a la acreditación de la existencia de la buena fe negocial. En efecto, los tribunales ponderan especialmente las manifestaciones vertidas en dichas actas, a la hora de decretar el cumplimiento o incumplimiento del deber de negociar de buena fe²⁵. Por ello, a la Administración le conviene que en las actas se reflejen la información facilitada a la representación sindical, las razones esgrimidas para no tratar las cuestiones planteadas por dicha representación, cuando se encuentran incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación, o no aceptar las contraofertas sindicales, etc. Y, si la Administración no facilita la información necesaria para permitir el debate entre las distintas propuestas y posiciones o no lo hace con la antelación suficiente, las organi-

²² Por todas, las SSTS (CA) de 13 de abril de 1998 (Rec. 353/1996), 4 de marzo de 2003 (Rec. 44/2001) y 12 de abril de 2019 (Rec. 2811/2016); y la STS (Social) de 11 de marzo de 2020 (Recud. 203/2018).

²³ STS (CA) de 6 de junio de 1995 (Rec. 217/1993).

²⁴ SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. 3452/2013).

²⁵ Por todas, las SSTS (CA) de 18 de octubre de 2004 (Rec. 86/2002) y 13 de junio de 2018 (Rec. 19/2016).

zaciones sindicales deben ponerlo de manifiesto y formular la correspondiente protesta en el acta.

6.7. Finalización del procedimiento de negociación

El procedimiento de negociación puede terminar con acuerdo o sin él.

6.7.1. Terminación normal: acuerdo entre las partes

El proceso negociador puede concluir normal o anormalmente. La terminación normal es aquella en la que las partes llegan a un acuerdo en la negociación colectiva (art. 86.1 LPAC). El EBEP silencia el régimen de adopción de los acuerdos negociales. No obstante ello, hay que indicar que, dado que la mesa es un órgano de composición mixta con presencia de representantes tanto de los sindicatos como de la Administración, el proceso de formación de la voluntad de la mesa negociadora se construye a través de un *iter* complejo: a) La inicial formación de la voluntad de cada una de las representaciones; y b) la posterior formación de la voluntad conjunta de la mesa.

Los acuerdos adoptados en el seno de la mesa negociadora requieren el asentimiento de ambas representaciones.

En materia de delimitación de las reglas a seguir para la formación de la voluntad de los representantes sindicales, la cuestión es más compleja que en relación con la Administración, habida cuenta el carácter de los mismos, puesto que —a diferencia de ésta—, ostentan una representación parcial que dificulta la conclusión de Acuerdos y Pactos de eficacia general. Durante la vigencia de la LORAP, para cubrir el vacío legal la doctrina proponía la aplicación del criterio de carácter mayoritario de forma que los Pactos y Acuerdos se entendían aprobados por la representación funcionarial cuando recibían el voto favorable de la mayoría de la representación sindical, siendo éste el criterio que, pese al silencio del EBEP, debe mantenerse.

Por parte de la Administración, al ser la representación unitaria, se plantean menos problemas, salvo el de determinar el procedimiento a seguir en orden a la formación de su voluntad negociadora y a la exteriorización de esta. En esta línea, teniendo en cuenta que los Acuerdos son reglamentos o proyectos de ley negociados y los Pactos convenios colectivos dotados de eficacia jurídica normativa, en la esfera estatal habrán de seguirse las reglas previstas en el art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGO) y en el Título VI de la LPAC en orden a la formación de la voluntad normativa del Gobierno²⁶. En virtud de las mismas el órgano competente para aprobar o, en su caso, preparar la disposición de que se trate debe recabar una serie de consultas, dictámenes e informes para asegurar la necesidad, oportunidad, acierto y legalidad de esta.

²⁶ Cfr. STS (CA) de 10 de marzo de 1993 (Rec. 296/1988).

Finalmente, la formación de la voluntad de la mesa negociadora tendrá carácter resolutorio si coinciden las dos voluntades previas.

6.7.2. Terminación anormal: soluciones

La conclusión anormal encaja dentro de los supuestos en que no se produce acuerdo en la negociación. El art. 38.7 del EBEP hace referencia a los supuestos en que «*no se produzca acuerdo en la negociación*». El legislador contempla la posibilidad de falta de acuerdo en el seno de la mesa negociadora, pero no precisa los casos concretos en que puede darse tal situación.

Pese a ello, la ruptura de las negociaciones puede obedecer a alguna de las siguientes motivaciones: a) La no concurrencia a las deliberaciones de una de las partes, siempre que la misma no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar. b) La imposibilidad de llegar a un acuerdo con las mayorías sindicales representativas precisas según los arts. 33.1 y 35.1 del EBEP. c) La utilización por alguna de las partes de dolo, fraude o coacción para lograr el consentimiento de la otra.

Conforme al art. 38.7 del EBEP, en caso de desacuerdo, primero habrá de intentarse la mediación, si lo solicita una de las partes negociadoras (art. 45.3 EBEP), y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo. Además, el art. 45 del EBEP contempla la posibilidad de que las partes designen de común acuerdo y libremente a un tercero que desempeñe la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses suscitado (art. 45.3 EBEP). En definitiva, son tres las alternativas legalmente previstas para los supuestos de desacuerdo en la negociación, a saber: la mediación, el arbitraje y la decisión administrativa. En fin, a falta de acuerdo alcanzado directamente entre las partes o con la asistencia de un mediador o árbitro, las Administraciones Públicas deben aprobar en todo caso el plan de igualdad y remitirlo al Registro de Planes de Igualdad²⁷.

6.8. El registro de los planes de igualdad

En el plazo de 3 meses se creará un Registro de Planes de Igualdad, adscrito al departamento con competencias en materia de función pública, al que deberán remitir las distintas Administraciones públicas sus planes de igualdad, así como sus protocolos que permitan proteger a las víctimas de acoso sexual y por razón de sexo, para un mejor conocimiento, seguimiento y transparencia de las medidas a adoptar por todas las Administraciones Públicas en esta materia (DA 7.^a.3 EBEP).

La Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, ha creado el Registro de planes de igualdad de las Administraciones Públicas y

²⁷ En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres...», cit., pág. 31.

sus protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo (BOE 21/03/2023). Al Registro de Planes de Igualdad se incorporarán los Planes de Igualdad de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local), así como de aquellos organismos públicos que tengan la consideración de Administración Pública o que estén integrados en la misma y tengan un plan de igualdad propio, así como los Protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo del mismo ámbito. A tales efectos, los órganos competentes en materia de igualdad remitirán al buzón institucional registro.planespublicosigualdad@correo.gob.es es dependiente de la Dirección General de la Función Pública, los mencionados Planes y Protocolos, así como las posteriores actualizaciones de estos. Los Planes y Protocolos serán publicados en la sección de igualdad de la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública <https://funcionpublica.hacienda.gob.es> así como en el Portal www.administracion.gob.es para general conocimiento.

7. El contenido de los planes de igualdad

7.1. Las medidas de los planes de igualdad

El Plan de igualdad establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución (DA 7.^a.2 EBEP y art. 64 LOI). Análogamente puede tenerse en cuenta lo dispuesto para el sector privado y para el plan de igualdad de la AGE en la LOI, pero no puede pasarse por alto precisamente que la DA 7.^a.2 del EBEP y el art. 64 de la LOI remiten el contenido del plan de igualdad a lo que pueda negociarse en el instrumento negociador correspondiente²⁸.

En cualquier caso, parece innegable que el plan, en función de los problemas detectados en orden a la efectiva igualdad en la correspondiente Administración Pública, debe contener 1.^a) Medidas específicas para promover la igualdad en el acceso al empleo público. 2.^a) Medidas específicas para promover la igualdad en la carrera profesional vertical. 3.^a) Medidas específicas contra la discriminación retributiva. 4.^a) Medidas específicas para facilitar la conciliación personal, familiar y laboral y promover el ejercicio responsable de dichos derechos. 5.^a) Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

7.2. Las medidas antidiscriminatorias y de acción positiva

Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán establecer medidas antidiscriminatorias y también medidas de acción positiva a favor de las empleadas públicas (mayo en el acceso al empleo público o en la promoción profesional) (arts. 11 LOI

²⁸ ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres...», cit., pág. 32.

y 10.2 Ley 15/2022). Estas medidas de acción positiva no serían contrarias a la normativa comunitaria. En efecto, el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo público o en la promoción profesional que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. El objetivo de dicha disposición es lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.

Así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial comunitaria al señalar lo siguiente:

- 1.º) Las acciones positivas en favor de las mujeres en el acceso al empleo público son posibles en los sectores en los que están infrarrepresentadas siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y se garantice, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios, que no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas, hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. En cambio, los arts. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 3 de la Directiva 2006/54/CE no permiten a los Estados miembros reservar la exención del límite de edad de 45 años para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación, ya que estas condiciones de acceso al empleo público resultan, en todo caso, desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido de limitar las desigualdades de hecho existentes entre hombres y mujeres, especialmente debido a que las mujeres asumen la parte sustancial de las labores domésticas, en particular, en las familias con hijos, así como con el fin de facilitar la inserción laboral de las mujeres²⁹.
- 2.º) Las acciones positivas en la promoción profesional a favor de las empleadas públicas son posibles en los niveles o puestos de trabajo en los que están infrarrepresentadas siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y se garantice, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia

²⁹ STJCE de 30 de septiembre de 2004 (Asunto C-319/03).

concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios, que no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas, hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino³⁰. En cambio, una normativa nacional que conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art. 3 de la Directiva³¹. Asimismo, resulta incompatible con el Derecho comunitario una normativa que permita dar preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aun cuando posea la capacitación suficiente, no tenga una capacitación igual a la de los candidatos del sexo opuesto³².

Es más, hay que tener en cuenta que el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad difieren según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa³³:

- 1.º) En los procesos de selección, incluidos los de promoción interna, no dejan de jugar los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública que la Constitución Española consagra en su art. 103.3, principios que concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia consagrado por el art. 23.2³⁴.
- 2.º) En la provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos, como la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁵. Por ello, a mi juicio, en este caso sí serían admisibles las «cuotas rígidas» –esto es, aquellas que, a igualdad de capacitación, reconocieran preferencia automática e incondicional a las mujeres en la provisión de los puestos de trabajo en los que estuvieran subrepresentadas–.

Igual diferenciación hay que mantener en relación con las medidas de acción positiva para eliminar las desigualdades y promover la igualdad en la valoración de los

³⁰ SSTJCE de 11 de noviembre de 1997 (Asunto C-450/93), 28 de marzo de 2000 (Asunto C-158/97) y 6 de julio de 2000 (Asunto C-407/98)

³¹ STJCE de 17 de octubre de 1995 (Asunto C-450/93).

³² STJCE de 6 de julio de 2000 (Asunto C-407/98).

³³ Por todas, las SSTC 365/1993 de 13 de diciembre; 388/1993, de 23 de diciembre; 30/2008, de 25 de febrero; 126/2008, de 27 de octubre; y 236/2015, de 19 de noviembre.

³⁴ STC 111/2014, de 26 de junio.

³⁵ Por todas, las SSTC 207/1988, de 8 de noviembre; 293/1993, de 18 de octubre; 365/1993 de 13 de diciembre; 388/1993, de 23 de diciembre; 30/2008, de 25 de febrero; 126/2008, de 27 de octubre; y 236/2015, de 19 de noviembre.

méritos, según se trate de procesos de selección o de provisión de puestos, a pesar de que tanto la jurisprudencia comunitaria como la doctrina jurisprudencial mezclan y confunden ambos tipos de medidas. En este sentido, el art. 56 de la LOI establece que sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad/paternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pues bien, de conformidad con el art. 57 de esta disposición legal «*en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior*». Ahora bien, no será posible hacer una interpretación extensiva del término «*provisión de puestos de trabajo*» que pueda comprender los procesos selectivos para el ingreso como funcionario de carrera o personal laboral fijo, incluidos los procesos de promoción interna o de consolidación de empleo temporal, en los que rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad³⁶.

Con todo, los permisos y licencias legalmente establecidos con motivo de la gestación y posterior alumbramiento en tanto conectados con la protección de la salud e integridad del feto y de la madre, no pueden quedar equiparados a estos efectos al resto de permisos y licencias³⁷. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo ocasiona a las mujeres, al incidir de forma exclusiva sobre ellas. Por ello, nadie discute que los servicios prestados por las empleadas públicas durante los permisos por nacimiento, deben ser objeto de valoración en los procesos de selección de las Administraciones Públicas³⁸. Es más, la corresponsabilidad en

³⁶ Ni el EBEP ni la LO 3/2007 reconocen derecho alguno a que el tiempo transcurrido en situación de excedencia por cuidado de familiar sea computable a los interinos como servicios efectivamente prestados a fin de acceder a la función pública o a la condición de personal laboral fijo. En sentido contrario, la STS (CA) de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 726/2015), si bien se centra en cuestiones más bien formales. En cambio, la STS (CA) de 19 de septiembre de 2022 (Rec. 6188/2020), aunque reconoce que el art. 57 de la Ley Orgánica 3/2007, al prever que el tiempo de excedencia para cuidado de hijos compute también en caso de provisión de puestos de trabajo, se refiere a quienes ya son funcionarios públicos, como, según el III Convenio el «ingreso libre» es una modalidad de «provisión de vacantes», concluye que al aplicarse el art. 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a «*los concursos para la provisión de puestos de trabajo*» en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia para el cuidado de hijos en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa. En este mismo sentido, la STS (CA) de 19 de enero de 2023 (Rec. 7061/2020) considera que el cómputo como tiempo de trabajo efectivo a efectos de valoración procede tanto en los procesos de provisión de puestos de trabajo como en los procesos selectivos de ingreso en la función pública, en aplicación del principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

³⁷ STC 162/2016, de 3 de octubre.

³⁸ Las SSTS (CA) de 14 de enero de 2020 (Rec. 4816/2017) y 5 de junio de 2020 (Rec. 4751/2017) consideran que la no inclusión en la fase de concurso de un proceso selectivo del período de baja por maternidad de la empleada pública vulnera los principios de igualdad y de no discriminación por razón de sexo.

los cuidados de los hijos y la lucha contra la discriminación laboral de la mujer obligan a igualar a estos efectos el permiso de nacimiento de ambos progenitores.

No obstante lo anterior, el art. 21.1.c) del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres en el País Vasco, establece que las normas o actos administrativos que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público, deben incluir *«previsiones para que en los baremos de méritos se valoren, a los efectos de experiencia profesional, el tiempo durante el que las personas candidatas hayan permanecido en la situación de excedencia por cuidado de familiares o por violencia de género, el tiempo atribuible a reducciones de jornada o permisos que tengan por finalidad prevista proteger la maternidad y paternidad, o facilitar la conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral, así como el tiempo en el que las empleadas públicas hayan hecho uso de permisos por razón de violencia de género»*. Y, por su parte, el art. 65.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, determina que, para el cómputo del plazo de dos años exigido para poder participar en los procesos de promoción interna, también se tendrá en cuenta el tiempo en que se permanezca en las situaciones de *«excedencia por cuidado de familiares y excedencia por violencia de género declaradas en el cuerpo o escala desde el que se promociona»*. Es más, el art. 51 del Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, prevé una *«puntuación específica por el ejercicio de derechos de conciliación»*, medida de acción positiva que, a juicio de la STSJ de Galicia (CA) de 28 de marzo de 2018 (Rec. 51/2017), responde al objetivo de promover el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la protección de la maternidad, y la corresponsabilidad con el consiguiente respaldo de la normativa comunitaria y constitucional. Derecho que, a juicio de dicha sentencia, se debe reconocer tanto a las mujeres como a los hombres y que puede extenderse a todos los procedimientos de acceso al empleo público, sea el de ingreso por el turno libre, sea por el turno de discapacitados, siempre que se trate de procedimientos en los que se recurra al sistema de concurso o concurso-oposición, esto es, a sistemas de selección que incluyan la valoración de méritos de los candidatos y candidatas, que hayan prestado servicios en la Administración Pública, y que, por tanto, durante su prestación hayan podido disfrutar de los permisos de conciliación.

En cuanto a este tipo de medidas que se establecen para fomentar el acceso de las mujeres al empleo público, hay que señalar que éstas no tienen en cuenta el diferente rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa ni el hecho de que a problemáticas distintas se deben dar incentivos distintos y no siempre en sentido unidireccional –esto es, dirigidos a los empleadores– sino a los propios empleados, tal y como, por ejemplo, se ha hecho en buena parte de los países europeos, con carácter universal, mediante la subvención de guarderías o el establecimiento de guarderías públicas.

Si, en efecto, las trabas fundamentales que dificultan el acceso al empleo de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres son, de un lado, la maternidad y, de otro lado, el cuidado de hijos y de familiares a su cargo, parecería que las soluciones deberían hacer frente precisamente a estos dos problemas. Así, de una parte, frente al hecho de la maternidad, resulta necesario valorar los permisos por nacimiento de ambos progenitores y los permisos por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural como tiempo de servicios en los procesos de selección de las Administraciones Públicas. Y, de otra parte, frente a la segunda traba, dado que la necesaria corresponsabilidad de la pareja en el cuidado de los hijos y de familiares es una cuestión voluntaria de difícil imposición por el Estado, más allá de incentivaciones o condicionantes indirectos, resulta igualmente necesario el establecimiento de «sucedáneos» tales como las guarderías y escuelas infantiles o subvenciones y el eficaz desarrollo de la Ley de Dependencia.

Así pues, la igualdad en el acceso al empleo de las mujeres pasa necesariamente por la ampliación de la red pública de escuelas infantiles y guarderías laborales, o por la concesión de prestaciones económicas equivalentes, en los períodos extraescolares, con el fin de hacer compatible el trabajo con la maternidad y la paternidad, a aquellas trabajadoras y trabajadores con descendencia de menos de tres años de edad y en período de vacaciones a los mayores de tres años, y por el establecimiento de servicios asequibles, flexibles, de calidad y de fácil acceso para atender las necesidades de cuidado de las personas que no pueden valerse por sí mismas para realizar actividades de la vida cotidiana por carecer de autonomía funcional suficiente, esto es, por el desarrollo efectivo de la Ley de Dependencia. Estas políticas públicas tendrían sin duda mayor impacto, al redundar en unas mayores oportunidades generales de empleo y de conciliación de la vida laboral y familiar para las mujeres, y resultarían mucho más respetuosas con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. No parece acertado trasladar al resto de empleados públicos que aspiran a promocionar ni a los opositores libres los costes de los instrumentos de conciliación.

Además, la normativa reseñada sólo permite mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en la carrera profesional, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral. A mayor abundamiento, la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la CE. De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo requiere y admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida por el hecho biológico de ser mujer (embarazo, maternidad y lactancia natural)³⁹ y de medidas de acción positivas

³⁹ Los arts. 14 y 28 de la Directiva 2006/54/CE no se oponen a la disposición de un convenio colectivo nacional que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso una vez expirado el permiso legal de maternidad, siempre que ese permiso adicional tenga por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, es decir, si está destinado a proteger la condición biológica de la mujer y las particulares relaciones que

o similares para superar situaciones históricas de desigualdad o compensar situaciones fácticas desfavorables, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma «protectora», que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o si, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón. Y cuando se establece para la mujer una retribución superior por el trabajo en domingo⁴⁰ o un plus de peligrosidad para el transporte nocturno⁴¹, no estamos ante medidas establecidas para favorecer la promoción del trabajo de la mujer, sino más bien, al conectarse con la diferente forma de llevar a cabo el trabajo nocturno por el personal femenino y el masculino o con la eventual peligrosidad del transporte por la noche, respectivamente, se parte de una noción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a unos inconvenientes o riesgos que nunca amenazan al varón, y por ello mismo, ha de calificarse como de medidas protectoras en favor de la mujer con el consiguiente riesgo de un posible efecto boomerang de las mismas en contra de las propias mujeres.

7.3. El contenido mínimo obligatorio de los planes de igualdad

Los planes de igualdad en el empleo público, a imagen y semejanza de los planes de igualdad de las empresas (art. 8.2 RD 901/2020), deberán tener el siguiente contenido mínimo:

- a) Determinación de las partes que los conciertan.
- b) Ámbito personal, territorial y temporal.
- c) Informe del diagnóstico de situación de la Administración Pública.
- d) Definición de objetivos cualitativos y cuantitativos del plan de igualdad.
- e) Descripción de medidas concretas, plazo de ejecución y priorización de las mismas, así como diseño de indicadores que permitan determinar la evolución de cada medida.
- f) Identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos.
- g) Calendario de actuaciones para la implantación, seguimiento y evaluación de las medidas del plan de igualdad.

mantiene con su hijo durante el período posterior al parto [STJCE de 18 de noviembre de 2020 (Asunto C-463/19)].

⁴⁰ STC 81/1982, de 21 de diciembre.

⁴¹ STC 28/1992, de 9 de marzo.

- h) Sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica.
- i) Composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica de los planes de igualdad.
- j) Procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión, en tanto que la normativa legal o convencional no obligue a su adecuación.

8. La naturaleza de los planes de igualdad

El art. 38.8 de la Ley 7/2007 prevé que *«los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral»*. Así pues, se reconoce la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en este tipo de mesas de negociación, sin que se exija que los mismos se formalicen en instrumentos negociales separados.

9. La vigencia de los planes de igualdad

Si las Administraciones Públicas deben iniciar el procedimiento de negociación del plan de igualdad al inicio de cada legislatura (DA 7.^a.2 EBEP y art. 64 LOI), el periodo de vigencia o duración del mismo, que será determinado, en su caso, por las partes negociadoras, no podrá ser superior a cuatro años.

Aun cuando se haya fijado una duración determinada, será posible adelantar ésta a una fecha anterior a la acordada cuando las partes, en el ejercicio de su libertad para establecer la duración del plan de igualdad, hayan previsto la posibilidad de una denuncia «ante tempus» condicionada –pendiente del acaecimiento de un hecho futuro e incierto–, cuando se produzca una modificación sustancial de las circunstancias que hubieran servido de base para la elaboración del plan de igualdad en vigor y cuando una resolución judicial condene a la Administración Pública por discriminación directa o indirecta por razón de sexo o determine la falta de adecuación del plan de igualdad a los requisitos legales o reglamentarios. La terminación anticipada del plan de igualdad también podrá realizarse de común acuerdo entre las partes, si bien en este caso, salvo que se de alguna de las circunstancias antes señaladas, del lado de los empleados públicos, entrarán en el mutuo acuerdo las organizaciones sindicales que lo hubieran firmado y no los que, pudiendo hacerlo, no lo hicieron. Una vez abierta la negociación –revisión del plan de igualdad en cuestión–, es evidente que no podrán oponerse a que los sindicatos que tengan legitimación para negociar en dicho ámbito puedan participar en ella.

10. La vigilancia, seguimiento y evaluación de los planes de igualdad

El cumplimiento del plan de igualdad «*será evaluado con carácter anual*» (DA 7.ª.2 EBEP). Aunque las Unidades de Igualdad de los ministerios y la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres⁴² u órganos análogos de las demás Administraciones Públicas puedan actuar en ese sentido, los planes de igualdad deben diseñar sus propios mecanismos de vigilancia, seguimiento y evaluación. Y así, deben incluir una comisión u órgano concreto de vigilancia y seguimiento del plan, en el que participen de forma paritaria la representación de la Administración Pública y de los empleados públicos, y que, en la medida de lo posible, tenga una composición equilibrada entre mujeres y hombres⁴³.

Asimismo, los representantes legales de los trabajadores tienen encomendada una función de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres [art. 64.7.a) ET]. A tales efectos, la representación legal de los trabajadores también «*tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo*» (art. 64.3 ET).

Por su parte, los Delegados de Personal y miembros de las Juntas de Personal tienen derecho a recibir información «*sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento*» [art. 40.1.a) EBEP]. Además, les corresponden las funciones de vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes [art. 40.1.e) EBEP]. Es importante señalar que dentro del concepto de «*normas vigentes*» se incluyen los planes de igualdad, dada su eficacia jurídica normativa, de forma que los representantes unitarios, evidentemente sin perjuicio de las competencias en este ámbito de las organizaciones sindicales pactantes o, en su caso, de la comisión de vigilancia y seguimiento del plan, van a seguir su cumplimiento por parte de la Administración.

11. Régimen de infracciones y sanciones en materia de planes de igualdad

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa aplicable, deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato

⁴² Cfr. arts. 76 y 77 de la LOI.

⁴³ USO por carecer de suficiente implantación no ha formado parte de la negociación del III plan de igualdad de la AGE que fue suscrito por las organizaciones sindicales CC.OO., UGT, CSIF y CIG, ni tampoco puede considerarse que USO pueda formar parte de las comisiones técnicas de igualdad por vinculadas a la Mesa General, ni de la comisión delegada de igualdad del CSIC [SAN de 16 de enero de 2023 (Proc. 311/2022)].

y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (art. 9.4 Ley 15/2022). Para ello, en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas de orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (art. 9.4 Ley 15/2022). Ahora bien, esta labor se llevará a cabo en el ámbito del empleo público laboral por la inspección general de servicios y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas (art. 9.4 Ley 15/2022) y en los centros de trabajo y establecimientos militares por los organismos competentes del Ministerio de Defensa (art. 9.4 Ley 15/2022)⁴⁴. Previsiones que contrastan con el art. 19.1.a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que extiende la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los centros de trabajo y, en general, los lugares de trabajo en los que se desarrollen relaciones laborales, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las Administraciones Públicas o por entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de ellas, con sujeción, en este último caso, a lo previsto en la normativa que regula dicha actuación en las Administraciones Públicas. Y siendo así, es previsible que el régimen sancionador en materia de igualdad por razón de sexo se aplique con bastante elasticidad en el ámbito del empleo público laboral.

12. Conclusiones

El marco normativo que se impone en materia de igualdad es mucho más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas, cuando aquellas deberían dar ejemplo. Además, el tratamiento normativo tan escaso y, hasta cierto punto, simple de que son objeto los planes de igualdad en las Administraciones Públicas se manifiesta en uno de los aspectos más negativos de la regulación legal, a saber, en las lagunas tan importantes que deja respecto a la ordenación de numerosos puntos. De esta forma, se corre el riesgo de que las partes negociadoras se centren en cuestiones meramente accidentales, desviando su atención de los temas verdaderamente importantes.

En contrapartida, la DA 7.^a del EBEP resulta excesivamente gravosa para las Entidades Locales de pequeña y mediana dimensión. La solución normativa es acertada en el caso de las Administraciones Públicas con 50 o más empleados públicos, pero no respecto al resto porque obliga a negociar y aplicar un plan de igualdad propio en cada una de ellas. Ante esta situación, caben dos soluciones: primera, la negociación de planes de igualdad supralocales para todas las Entidades Locales de una determinada Comunidad Autónoma

⁴⁴ No obstante, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sí es competente para fiscalizar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de igualdad por razón de sexo en las empresas externas que prestan servicio en centros militares al amparo de la Orden PRE/2457/2003, de 29 de agosto, por la que se aprueba la Instrucción sobre ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en empresas que ejerzan actividades en centros, bases o establecimientos militares.

o, incluso, de toda la nación; segunda, la adhesión a un plan de igualdad de otra Entidad Local que esté ubicada en la misma Comunidad Autónoma. Sin embargo, aunque ambas soluciones encuentran asidero en el EBEP, este también adolece de numerosas lagunas que, en parte, explican el escaso desarrollo de la negociación supramunicipal.

En cuanto a las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, hay que realizar una llamada de atención a los operadores jurídicos sobre el diferente rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa.

Y, en fin, aunque la regulación española que se contiene en la LOI, el art. 28 del ET y los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 en líneas generales se ajusta a las exigencias que marca la nueva Directiva (UE) 2023/970, no puede decirse lo mismo en relación con la normativa aplicable en las Administraciones Públicas.

Seguridad Social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo

Social Security and a gender perspective. Legislative work after the 2020 version of the Toledo Pact

Juan Bautista Vivero Serrano

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

Magistrado suplente del TSJ de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-4442-3369

Recibido: 10/5/2023

Aceptado: 5/6/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7940

Resumen: Aborda este estudio la relevancia de la perspectiva de género en materia de seguridad social, incrementada tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo. Son objeto de análisis las cuatro intervenciones legislativas más importantes con posterioridad a esa versión de 2020. Así, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género; la mejora del sistema especial de empleadas del hogar, centrada en la cotización y la protección por desempleo; la incorporación de supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres; y la reforma de la seguridad social de 2023, con importantes novedades desde la perspectiva de género.

Palabras clave: Seguridad social, perspectiva de género, brecha de género, Pacto de Toledo, pensiones.

Abstract: This study addresses the relevance of the gender perspective in social security, which has increased after the 2020 version of the Toledo Pact. The four most important legislative interventions after the 2020 version are analysed. Thus, the supplement to contributory pensions to reduce the gender gap; the improvement of the special system for domestic workers, focusing on contributions and unemployment protection; the incorporation of special cases of temporary incapacity exclusive to women; and the 2023 social security reform, with important new features from a gender perspective.

Keywords: Social security, gender perspective, gender gap, Toledo Pact, pensions.

I. La obra legislativa tras la versión de 2020 de las recomendaciones del Pacto de Toledo: el auge de la perspectiva de género

La perspectiva de género está llamada a seguir protagonizando uno de los grandes cambios de los sistemas nacionales de seguridad social, jugando en este ámbito un papel mucho más incisivo y profundo que el desplegado hasta el momento, en la línea del que desde hace tiempo viene desempeñando en los ordenamientos laborales. Así figuraba en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos tendente a la instauración de un Gobierno de coalición progresista de finales del año 2019¹. De hecho, la apuesta por la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social está muy presente en las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados del año 2020². Y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 también contribuirá decisivamente en dicho sentido³.

Más allá de las cotizaciones sociales ficticias ligadas a la maternidad en sentido amplio y al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (arts. 235 y ss. LGSS), potenciadas en los años 2007 (Ley Orgánica 3/2007) y 2011 (Ley 27/2011), y más allá del protagonismo asumido por la perspectiva de género como método hermenéutico empleado cada día más por los jueces y tribunales españoles, con el Tribunal Supremo a la cabeza, el complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas de seguridad social, introducido por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, constituye un salto cualitativo en la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social, superando las limitaciones congénitas del complemento por maternidad vigente desde el año 2016, una de ellas precisamente el carácter secundario de la disminución de la brecha de género frente al carácter principal de la apuesta económica por un determinado modelo (tradicional) de familia.

Pero la obra legislativa con perspectiva de género en materia de seguridad social, posterior a la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, va mucho más allá del capital complemento para la reducción de la brecha de género *ex* Real Decreto-ley 3/2021. Sin ánimo exhaustivo, siempre imposible en el océano de la seguridad social⁴, merece la pena fijar la atención sobre los siguientes hitos legislativos, conforme

¹ Véase el apartado 2.4.1 del pacto titulado “Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España”. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

² Véase la Recomendación número 17, titulada “Mujeres y Seguridad Social”, de la versión de 2020 del Pacto de Toledo, disponible en el siguiente enlace oficial: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/cong/bocg/d/bocg-14-d-175.Pdf

³ Contiene la Comunicación de la Comisión europea varios pasajes relativos a la importancia de acabar con la brecha de género en materia de pensiones de seguridad social. Documento que puede verse en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/pdf/?uri=CELEX:52020DC0152&from=es>

Por todos, RAMOS QUINATANA, M. I. (dir.), *La estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020.

⁴ Un ejemplo, entre otros muchos, de intervenciones legislativas en materia de seguridad social con perspectiva de género es la subida extraordinaria y adicional del 15% de las pensiones no contributivas,

a un criterio puramente cronológico. Primero, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, con una notable mejora del sistema especial de seguridad social de las empleadas del hogar, en femenino por rozar las mujeres casi el 100% de ese colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena.

Segundo hito legislativo, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que contempla tres supuestos especiales de incapacidad temporal específicos de las mujeres, con un régimen jurídico ventajoso por comparación con el régimen ordinario; en clave de género podría afirmarse sin ninguna duda.

Tercer y último hito, el más reciente, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Se trata de la segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea, que viene a completar la primera parte de esa reforma operada a finales del año 2021 (Ley 21/2021), y que incorpora cinco bloques desiguales de contenidos con inequívoca perspectiva de género: complemento para la reducción de la brecha de género, integración de lagunas de cotización en la pensión por jubilación, incremento de las pensiones más bajas, prestaciones de trabajadores a tiempo parcial y determinadas prestaciones familiares de la modalidad contributiva.

Hitos legislativos a los que habría que añadir otros que se anuncian como próximos y en los que, de prosperar, la perspectiva de género a buen seguro ocuparía un lugar destacado, aunque con la incertidumbre del final de la legislatura ya relativamente próximo. De nuevo sin ánimo exhaustivo, la reordenación y simplificación del subsidio asistencial por desempleo, que figura en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para el año 2022, con especial atención a la perspectiva de género de conformidad con la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Asimismo, la posible modificación del cuadro de enfermedades profesionales con perspectiva de género, tal y como dispone la disposición adicional 4ª del Real Decreto-ley 16/2022. Y quizá la iniciativa legislativa en curso con perspectiva de género más importante, el Proyecto de Ley de Familias, aprobado por el Consejo de Ministros el día 28 de marzo de 2023, en tramitación en el Congreso de los Diputados⁵. Proyecto de Ley que pretende transponer al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1158 del

notablemente feminizadas, para la segunda mitad del año 2022, con consolidación posterior para el año 2023. Subida extraordinaria pactada entre el Gobierno y el grupo parlamentario de Bildu, articulada a través del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Asimismo, las medidas de seguridad social de la Ley Orgánica 10/2022. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2022, núm. 33, pp. 13 ss.

⁵ El Proyecto de Ley de Familias puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF#page=1

Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Tres apuntes finales para cerrar este apartado introductorio, de acotamiento del tema objeto de estudio. Primero, se emplea en el título deliberadamente el sintagma “perspectiva de género” en lugar del sintagma “brecha de género” porque se entiende que este último constituye una especie del género anterior. Desde luego, no una especie cualquiera, sino una especie fundamental, de primer orden, pero sin la fuerza expansiva suficiente como para alumbrar una sinécdoque; perturbadora, en cualquier caso. Luego, interesa aquí el estudio de la seguridad social con perspectiva de género, incluidos los distintos mecanismos normativos diseñados para paliar la indiscutible brecha de género en materia de pensiones de seguridad social.

Segundo apunte, solo son objeto de consideración las intervenciones de rango legislativo con incidencia frontal y directa en el campo de la seguridad social, sin tratamiento de las múltiples intervenciones normativas de carácter laboral inequívocamente orientadas a mejorar las condiciones profesionales de las mujeres, que como es bien sabido tienen un notable impacto en la reducción de la brecha de género en materia de prestaciones y pensiones de seguridad social⁶.

Y tercer apunte final, el estudio se ciñe a los principales hitos legislativos posteriores a la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, que suponen claramente un punto de inflexión en este ámbito⁷. Se dejan deliberadamente fuera de este trabajo los muchos pronunciamientos judiciales, sin posterior reflejo legislativo o reglamentario, que poco a poco están cambiando el régimen jurídico de las prestaciones y pensiones de seguridad social, gracias al juego combinando del derecho a la no discriminación (directa o indirecta) por razón de sexo y de la interpretación de la legalidad ordinaria con perspectiva de género, método hermenéutico impuesto por el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁸. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sensibles a ese juego combinado, pero su incorporación aquí excedería con creces los límites razonables de un estudio destinado a una revista científica.

⁶ Entre otros muchos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La discriminación retributiva por causa del sexo y del género Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020, y GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020.

⁷ La comparación entre las recomendaciones número 17 de las versiones del Pacto de Toledo de 2011 y 2020 permite afirmar la concurrencia de un punto de inflexión en el año 2020. Así lo afirma el propio documento del Congreso de los Diputados cuando pone el acento en la necesidad de afrontar la perspectiva de género de una manera más estructural y preventiva que coyuntural y reactiva.

⁸ Por todos, RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 76, pp. 1-21 de la versión digital.

II. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

La finalidad de este apartado no es dar cuenta del régimen jurídico del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que ocupa el mismo solar (art. 60 LGSS y d. a. 18ª LCPE) en que se alzó el sustituido complemento por maternidad, objeto de tratamiento monográfico por este mismo autor poco tiempo después de su introducción por el Real Decreto-ley 3/2021⁹. De manera mucho más modesta, solo se pretende pasar revista a las principales novedades operadas en el nuevo complemento tras su aprobación en febrero de 2021, muy en particular las modificaciones y añadidos producto del reciente Real Decreto-ley 2/2023.

Asimismo, se acomete en este apartado la tarea de rastreo de los muy importantes y recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y muy selectivamente de los tribunales superiores de justicia, acerca del complejo y controvertido complemento por maternidad en las pensiones contributivas, mantenido como derecho transitorio a extinguir por el Real Decreto-ley 3/2021, con una litigiosidad desbordante antes y después de la aprobación de la referida norma de urgencia.

1. Novedades en el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género tras su aprobación en febrero de 2021: en especial, el Real Decreto-ley 2/2023

Antes de dar cuenta de las modificaciones y adiciones producto del Real Decreto-ley 2/2023¹⁰, conviene detenerse en las tres principales novedades posteriores a la aprobación del nuevo complemento en febrero de 2021. Las dos primeras no son en realidad novedades, lo que no desmerece su introducción en este momento.

En primer lugar, aunque el Real Decreto-ley 3/2021 resultó convalidado en el Congreso de los Diputados por un estrechísimo margen¹¹, y aunque varios apoyos parlamentarios condicionaron la convalidación a la inmediata tramitación de la norma de urgencia como proyecto de ley, lo cierto es que el proyecto de ley sigue varado en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados con el trámite de enmiendas periódicamente prorrogado, sin visos de prosperar en lo que queda de legislatura.

Todo apunta, en consecuencia, a la perpetuación *sine die* del origen formal del nuevo complemento en una norma de urgencia, sin concurrencia a todas luces del presu-

⁹ VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021.

¹⁰ Sobre el particular, CABERO MORÁN, E., “El complemento para eliminar la brecha de género en las pensiones contributivas de la Seguridad Social”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101, pp. 1-10 de la versión digital.

¹¹ 168 votos a favor de la convalidación por 163 votos contrarios a la convalidación, con 16 abstenciones a cargo de los diputados de ERC y de EH Bildu. En cambio, la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia obtuvo 343 votos a favor y tan solo 3 votos en contra.

puesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad, con la espada de Damocles de que algún día un juez o tribunal presente una cuestión de inconstitucionalidad por razones formales y el Tribunal Constitucional, con una composición distinta de la actual¹², pueda mostrarse sensible al notorio incumplimiento del 86.1 CE¹³. Adviértase que para muchas personas beneficiarias del actual complemento para la reducción de la brecha de género el anterior complemento por maternidad habría resultado más beneficioso, con el consiguiente riesgo de que en algún pleito acabe suscitándose de oficio o a instancia de parte el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, más de dos años después de la aprobación del nuevo complemento la regulación de rango legal, ciertamente prolija pero no exhaustiva por completo, no cuenta todavía con el oportuno desarrollo reglamentario, de la misma manera que nunca llegó a tener desarrollo reglamentario el sustituido complemento por maternidad. Ausencia de desarrollo reglamentario paliada por la Administración de la seguridad social mediante no pocas circulares, instrucciones o criterios de gestión¹⁴, en la peor tradición del Derecho subterráneo de la seguridad social, todavía mucho más extendido de lo que sería deseable en un Estado de derecho de los llamados a dar ejemplo.

En tercer y último lugar, el importe de cada tramo (máximo de cuatro tramos por persona beneficiaria) del complemento para la reducción de la brecha de género ha ido experimentado la correspondiente actualización anual, prevista en el artículo 60.3 LGSG y ahora también en el artículo 58.2 LGSS, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 2/2023. Actualización anual que ha supuesto pasar de los 27 euros por tramo del año 2021 a los 28 euros del año 2022 y a los 30,40 euros por tramo del presente año 2023.

En cuanto a las novedades producto del reciente Real Decreto-ley 2/2023, dos de ellas destacan por su importancia sobre las demás. Una tiene que ver con los requisitos para el devengo del complemento por parte de los varones y la otra con la cuantía del complemento.

Empezando por lo más sencillo, se prevé un incremento adicional del importe de cada tramo del complemento durante los años 2024 y 2025. Incremento total del 10% del importe de cada tramo a implementar y distribuir con libertad por el legislador presupuestario anual. Todo ello sin perjuicio de la revalorización anual para esos dos años, regida por el incremento medio de la inflación de conformidad con el artículo 58.2 LGSS. Así lo dispone la disposición transitoria 1ª del Real Decreto-ley 2/2023. Con este incremento extraordinario se acelerará en alguna medida la reducción de la brecha de género, todavía muy lejos del 5% a que se refiere la disposición adicional 37ª LGSS.

Asimismo, el incremento en cuestión acabará situando el importe de cada tramo del complemento en las cifras manejadas por los sindicatos CC.OO. y UGT en el diálo-

¹² Con la composición actual, y a la vista de la STC 18/2023, de 21 de marzo, la deferencia del Alto Tribunal con el Gobierno de coalición progresista está garantizada de antemano.

¹³ VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 162 ss.

¹⁴ Criterios de gestión que pueden verse en el Portal de Transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

go social que precedió a la aprobación del complemento para la reducción de la brecha de género en febrero de 2021. En ese momento, el Gobierno barajaba una cifra de 20 euros y los sindicatos otra de 30 euros, siempre para el año 2021, acabando el importe fijado en 27 euros¹⁵. Con el incremento extraordinario que tendrá lugar entre los años 2024 y 2025 el importe de cada tramo se situará en las cifras en su día manejadas por los referidos sindicatos, más las correspondientes revalorizaciones anuales desde entonces, lógicamente.

La otra novedad más relevante obra del Real Decreto-ley 2/2023 es la modificación de los requisitos de acceso al complemento para los varones beneficiarios de pensiones contributivas por jubilación o incapacidad permanente. Acceso para los varones, no así para las mujeres, condicionado a la prueba de un perjuicio profesional concreto e individualizado como consecuencia del cuidado y la educación de la prole, con distinción según los hijos hubieran nacido (o sido adoptados) antes del 1 de enero de 1995 o a partir de esa fecha, por razones en su día explicadas por este mismo autor¹⁶.

Un perjuicio profesional cualificado concebido de espaldas al eventual ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (excedencia del 46.3 ET y reducción de la jornada del 37.6 ET) por parte de los padres, sin tener en cuenta la corresponsabilidad parental que tanta importancia tiene en el seno de las instituciones de la Unión Europea, incluido el TJUE. Muy en particular, la regulación originaria del artículo 60.1 LGSS no tenía en cuenta la posible ausencia de perjuicio profesional concreto gracias a las cotizaciones sociales ficticias objeto de la prestación familiar de la modalidad contributiva del artículo 237 LGSS, que es una prestación de seguridad social neutra. Algo muy criticado por la doctrina en la medida en que el ejercicio por parte de los padres de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral podía acabar volviéndose en su contra a la hora de pretender acceder al complemento para la reducción de la brecha de género¹⁷.

Pues bien, la reforma del artículo 60.1 LGSS, llevada a cabo por el artículo 1.7 del Real Decreto-ley 2/2023, viene precisamente a corregir ese inaceptable punto débil de la versión originaria del año 2021, bien es cierto que mitigado por el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS¹⁸. Una muy acertada rectificación legal que disminuirá considerablemente, aunque no eliminará del todo, el riesgo de precipicio del complemento para la

¹⁵ Véase el informe elaborado por la Confederación de Comisiones Obreras, con fecha 3 de febrero de 2021, bajo el título *Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-Ley 3/2021 como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social*, p. 12. El informe está disponible en internet en el siguiente enlace: <https://www.ccoo.es/2dcb498db3515a699c57681ec18c2b3c000001.pdf>

¹⁶ VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 173 ss.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Criterio de gestión que puede verse en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

Criterio de gestión que ha de completarse con el previo Criterio de gestión 21/2021, de 13 de agosto, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, que puede verse en el siguiente *link*: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

reducción de la brecha de género en caso de presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. También de forma muy acertada la rectificación se produce con efectos retroactivos, desde el 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Así lo dispone la nueva disposición transitoria 44 LGSS obra del Real Decreto-ley 2/2023.

Permanece, sin embargo, aunque desde un punto de vista puramente formal, la incógnita acerca del cómputo o no para los varones de las cotizaciones sociales ficticias por cuidado de hijos o menores del artículo 236 LGSS, con el consiguiente impacto en el devengo o no del complemento para la reducción de la brecha de género asociado a las pensiones contributivas por jubilación e incapacidad permanente. Aunque nada diga la norma legal, ni en la versión original de 2021 ni en la rectificada de 2023, el beneficio de la cotización ficticia por el cuidado de hijos o menores del artículo 236 LGSS, introducido por la Ley 27/2011, no debería impedir, en su caso, el cumplimiento por los varones del requisito del perjuicio profesional cualificado, pues de lo contrario ese beneficio tendría un inaceptable efecto contraproducente, contrario a la corresponsabilidad parental tan del gusto de las instituciones de la Unión Europea. Lástima que el legislador de urgencia de 2023 haya dejado pasar la oportunidad de despejar esta incógnita, no menor en caso de presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Es verdad que el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS¹⁹, vendría a mitigar dicha incógnita, en el sentido de evitar el referido efecto contraproducente, lo que coherentemente tendría que haber conducido a la oportuna reforma legal en ese mismo sentido.

Llama la atención que la misma corrección que se ha operado en el artículo 60.1 LGSS, con la finalidad de no penalizar el acceso al complemento a los varones que en su día ejercieron derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, no se haya producido también en la disposición adicional 18ª de la Ley de Clases Pasivas del Estado, exactamente por los mismos motivos. Y es que los funcionarios incluidos en el régimen especial de clases pasivas también tienen derechos de conciliación sin merma de los derechos pasivos (por ejemplo, el artículo 89.4 EBEP), cuyo cómputo habría de excluirse igual que han quedado excluidas las cotizaciones sociales ficticias *ex* artículo 237 LGSS; con eficacia retroactiva además. Pudiera tratarse de un mero olvido del legislador de urgencia, que habría que subsanar cuanto antes.

Menos importancia tienen las otras dos novedosas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023. Así, se añade un nuevo apartado, el 7º, tanto en el artículo 60 LGSS como en la disposición adicional 18ª LCPE. Nuevo apartado que desarrolla el criterio de atribución del complemento único por cada hijo cuando ambos progenitores tengan simultáneamente derecho al mismo. En ese escenario, la comparación entre las pensiones (o suma de pensiones) de ambos progenitores se llevará a cabo conforme al importe inicial de las pensiones, más las revalorizaciones anuales que sean necesarias, en su caso, pero sin cómputo de los complementos o reducciones que pudieran corresponder, sin

¹⁹ *Idem.*

mayor concreción (complemento por mínimos, complemento de la gran invalidez, reducciones por superación del tope máximo de pensión, etc.). Se trata de una novedad legislativa que trae causa del Criterio de gestión 20/2022, de 2 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS²⁰.

Y en caso de que ambos progenitores sean del mismo sexo, a igualdad de importe inicial de las pensiones (o suma de pensiones) objeto de comparación, la atribución del complemento reposa en un criterio puramente temporal, la fecha de la solicitud de la pensión susceptible de complemento para la reducción de la brecha de género. Recuérdese que si los progenitores fuesen de sexo distinto, lo más habitual estadísticamente, a igualdad del importe inicial de las pensiones objeto de comparación el complemento se atribuiría a la fuerza a la mujer.

Estos nuevos criterios de atribución del complemento están en vigor desde el día siguiente a la publicación del Real Decreto-ley 2/2023 en el BOE, esto es, el día 18 de marzo de 2023, tal y como establece la disposición final 10^a de la norma de urgencia. Ahora bien, solo para el artículo 60 LGSS. En cambio, para el régimen de clases pasivas del Estado se aplica la vigencia general de la norma de urgencia, el 1 de abril de 2023. Seguramente, un nuevo olvido del legislador de urgencia.

Por último, también modifica el Real Decreto-ley 2/2023 la disposición adicional 37^a LGSS, empezando por el título, que no reza ya “Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, sino “Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas”. El nuevo título se corresponde con el contenido más amplio que asume la citada disposición adicional, que pasa de ocuparse de una específica acción positiva a favor de las mujeres, el complemento para la reducción de la brecha de género, a hacerlo de cualesquiera acciones positivas a favor de las mujeres en materia de prestaciones de seguridad social. De hecho, la nueva acción positiva de ampliación de la integración de las lagunas de cotización en la pensión por jubilación, que será objeto de análisis en un epígrafe posterior, se rige temporalmente por la remozada disposición adicional 37^a LGSS. Además de algunos retoques técnicos de menor entidad, se prevé la posible introducción de otras medidas de acción positiva a favor de las mujeres con carácter temporal, siempre previa discusión en el marco del diálogo social. Una previsión normativa, en realidad, más política que jurídica, sin verdadero condicionamiento para el legislador del futuro.

2. La desbordante litigiosidad del complemento por maternidad en las pensiones contributivas

La sustitución del complemento por maternidad en las pensiones contributivas por el complemento para la reducción de la brecha de género, operada por el Real Decreto-ley 3/2021, lejos de reducir la desbordante litigiosidad, característica del complemento por

²⁰ Criterio de gestión que puede consultarse en el siguiente *link*: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

maternidad, no ha hecho sino incrementarla, entre otras razones por el mantenimiento del complemento por maternidad como derecho transitorio a extinguir.

No se pretende aquí, en cualquier caso, ni dar cuenta del régimen jurídico del complemento por maternidad ni analizar la trascendental STJUE, 12-12-2019, asunto C-450/18, que vino a poner patas arriba dicho régimen jurídico²¹. De manera más modesta, solo se busca ofrecer una visión panorámica y reciente de la desbordante litigiosidad que sigue caracterizando al complemento por maternidad tras el capital pronunciamiento del TJUE.

Por lo pronto, el Tribunal Constitucional (sentencia 152/2021, 13 de septiembre) ha tenido la oportunidad de recordar que los jueces y tribunales españoles no pueden desconocer la citada sentencia del TJUE, con la obligada inaplicación de la normativa española declarada discriminatoria para los varones, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, incluida la interpretación auténtica de dicho derecho por parte del TJUE²². Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como no podría ser de otra manera, ha extendido el fallo del TJUE al régimen de clases pasivas del Estado²³.

También ha tenido el Tribunal Supremo que encargarse de sentar jurisprudencia acerca del alcance temporal de la citada STJUE, decantándose, con buen criterio, por la eficacia retroactiva o *ex tunc*, esto es, para pensiones contributivas susceptibles de complemento causadas por varones (padres de dos o más hijos) con posterioridad o con anterioridad a la fecha de la STJUE, el 12 de diciembre de 2019²⁴.

Mención destacada merece la controvertida doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con los efectos económicos del complemento solicitado por los varones a resultas del efecto llamada de la referida STJUE. Efectos económicos no limitados por la eficacia retroactiva máxima de tres meses desde la presentación de la solicitud del complemento, de conformidad con el artículo 53.1 LGSS, sino proyectados hasta la fecha del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento por maternidad. Una solución en la que prima el efecto útil de la Directiva 79/7, que no admite la discriminación por razón de sexo, sobre la regla nacional española de retroactividad máxima de tres meses del 53.1 LGSS²⁵. Y una solución que constituye un nuevo y muy poderoso efecto llamada para muchos varones (padres de dos o más hijos) beneficiarios de pensiones susceptibles de complemento causadas a partir del 1 de enero de 2016, al tiempo que alimenta potencialmente una nueva litigiosidad, en los términos a que después se hará referencia.

²¹ Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 23 ss.

²² STC 152/2021 reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 84.

²³ STS, 3ª, 25-11-2021, rec. 4535/2020, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 87.

²⁴ STS, 4ª (Pleno), 17-2-2022, rcud 3379/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 88.

²⁵ STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud 3192/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núms. 91-92.

Aunque de menor relevancia que la jurisprudencia que se acaba de ver, también ha tenido el Alto Tribunal que resolver un asunto relativamente mediático, propiciado por la doctrina de algunos tribunales superiores de justicia, el del nacimiento sin vida del feto tras un periodo de gestación superior a 180 días; incluso un periodo de gestación completo, de nueve meses. Frente a la tesis de algunos tribunales superiores de justicia, el Alto Tribunal ha acabado defendiendo la postura de la Administración de la seguridad social, el no cómputo a efectos del complemento por maternidad (de su devengo o del importe del mismo) del feto alumbrado sin vida, sin adquisición de la personalidad civil del artículo 30 CC²⁶.

Menos importancia tienen otros pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, centrados en la determinación del momento temporal relevante para el devengo o no del complemento, en función de la entrada en vigor del complemento el 1 de enero de 2016. Momento temporal ceñido exclusivamente a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento frente a otros momentos temporales posibles como la fecha de la solicitud, la fecha del reconocimiento de la pensión y la fecha de efectos económicos. Solo las pensiones contributivas susceptibles de complemento con hecho causante igual o posterior al 1 de enero de 2016 pueden devengar el complemento en cuestión²⁷. Hecho causante de la pensión susceptible del complemento anterior o posterior al 1 de enero de 2016, que, en el caso de la revisión de la pensión por incapacidad permanente, es solo el de la pensión inicialmente reconocida, no así el de la pensión posteriormente objeto de revisión, siendo indiferente que esta última tenga lugar más allá del 1 de enero de 2016²⁸. Una solución, esta última, harto discutible.

Y para cerrar este epígrafe, merece la pena destacar algunos asuntos importantes que tarde o temprano ocuparán al Tribunal Supremo a la vista de la litigiosidad real o potencial que los caracteriza. Uno de esos asuntos con litigiosidad real, con pronunciamientos de diferentes tribunales superiores de justicia, es el del carácter único o no del complemento por maternidad, en caso de progenitores (de sexos diferentes o del mismo sexo) de dos o más hijos comunes con cumplimiento de los correspondientes requisitos²⁹. Aunque la Administración de la Seguridad Social defiende el carácter único³⁰, no faltan pronunciamientos judiciales en sentido contrario³¹.

²⁶ STS, 4ª (Pleno), 27-2-2023, rcud 3225/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101.

²⁷ STS, 4ª, 8-2-2023, rcud 1417/2020, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 100.

²⁸ SSTs, 4ª, 4-10-2022, rcud 222/2020 (voto particular de Rosa Virolés), y 9-3-2023, rcud 1478/2020.

²⁹ Sobre el particular, véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 47 ss., partidario del carácter único del complemento por maternidad, solo susceptible de devengo por una única persona beneficiaria, mujer o varón.

³⁰ Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Puede verse en el siguiente enlace: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/245e761d-0b01-42ea-99c4-0fe762c5c696/criterio+de+gestion+35-2021.Pdf?Mod=ajperES#:~:text=%E2%80%9C1.,%2C%20viudedad%2C%20o%20incapacidad%20permanente>.

³¹ Por ejemplo, la STSJ de Madrid, 4-3-2022, rec. 993/2021, y la STSJ de Galicia, 2-2-2023, rec. 203/2022. En sentido contrario, la STSJ de Extremadura, 24-3-2022, rec. 946/2021.

Durante la revisión de este trabajo el Tribunal Supremo se ha acabado decantando a favor de la tesis del

Otro asunto importante con litigiosidad real es el de la prescripción o no del complemento por maternidad solicitado por los varones más de cinco años después del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento. De nuevo, aunque la Administración de la Seguridad Social defiende la prescripción autónoma del complemento³², no faltan pronunciamientos judiciales en sentido contrario, partidarios de la imprescriptibilidad del complemento asociado a las pensiones por jubilación y viudedad, ambas imprescriptibles por ley (arts. 212 y 230 LGSS)³³. Un asunto litigioso rodeado de muy fundadas dudas, desde luego³⁴.

Y para finalizar, un asunto con litigiosidad potencial más que real o actual, que se sepa, la posibilidad de que los varones (padres de dos o más hijos) que en su momento pretendieron el reconocimiento judicial del complemento por maternidad sin éxito vuelvan a intentarlo invocando la STJUE, de 12 de diciembre de 2019³⁵. A buen seguro la Administración de la seguridad social invocaría el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC, si bien habría argumentos para inaplicar ese reparo procesal en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea (Directiva 79/7), en la línea de lo que ha ya admitido el TJUE en materia de préstamos hipotecarios con cláusulas abusivas: SSTJUE, Gran Sala, 17 de mayo de 2022, asunto C-869-19, (Unicaja Banco), y asunto C-600/2019 (Ibercaja Banco).

Incluso cabría plantearse, aunque en este caso con mayores dudas, la posibilidad de volver a solicitar el complemento por maternidad con plenos efectos económicos retroactivos, pese a tener ya una sentencia firme partidaria de la retroactividad de tres meses del artículo 53.1 LGSS, lógicamente de ser la sentencia firme anterior a la STS, 4ª, Pleno, 30-5-2022, rcud 3192/2021. Las dudas vendrían motivadas por la pasividad del beneficiario del complemento a la hora de no recurrir la sentencia firme bien en suplicación bien en casación para la unificación de doctrina. En cualquier caso, tampoco en este escenario faltarían argumentos para postular la inaplicación del efecto negativo de la cosa juzgada material³⁶. Habrá que estar muy atentos a la eventual conversión de la litigiosidad potencial en litigiosidad real, en cuyo caso tarde o temprano tendría que acabar interviniendo el Tribunal Supremo; incluso el Tribunal Constitucional y hasta el TJUE.

En fin, sirva esta vista panorámica sobre la desbordante litigiosidad que caracteriza al complemento por maternidad para recordar las consecuencias de una muy deficiente y apresurada técnica legislativa, la del legislador presupuestario del año 2015 que intro-

devengo del complemento por maternidad por ambos progenitores, en su caso. Se trata de la STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 3821/2022.

³² Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, ya citado dos notas atrás.

³³ Por ejemplo, la STSJ de Asturias, 14-12-2022, rec. 2273/2022.

³⁴ Dudas expresadas por VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 121-122, mucho antes de que apareciese la litigiosidad en este asunto.

³⁵ Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 126 ss.

³⁶ *Idem*.

dujo el complemento por maternidad, para colmo de espaldas al Derecho antidiscriminatorio europeo³⁷.

III. La mejora del sistema especial de empleadas del hogar: cotización y protección por desempleo

Aunque desde el origen mismo del sistema especial de seguridad social de las empleadas del hogar dentro del régimen general, producto de la reforma de la seguridad social del año 2011 (d. a. 39ª Ley 27/2011), estuvo muy presente la posibilidad de mejorar en el futuro la acción protectora mediante la cobertura por desempleo, con la consiguiente cotización por dicho concepto³⁸, el verdadero punto de inflexión se encuentra en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos para la formación de un Gobierno de coalición progresista de finales del año 2019, que apuesta por la plena integración de las empleadas del hogar dentro del régimen general de seguridad social, así como por la firma y ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo doméstico³⁹. Punto de inflexión corroborado, más allá de la exclusiva voluntad del Gobierno de la nación, por el Congreso de los Diputados a través de la recomendación núm. 17 de la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo.

Con todo, el verdadero punto de no retorno en este ámbito ha de buscarse, una vez más, en el TJUE, cuya sentencia de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20⁴⁰, declara la incompatibilidad de la normativa española con la Directiva 79/7, precisamente por la ausencia de cobertura por desempleo, con la consiguiente discriminación indirecta por razón de sexo, dada la abrumadora mayoría de mujeres en el servicio del hogar doméstico (95,53% con datos de mayo de 2021). No es casualidad que poco tiempo después de esta sentencia europea el Gobierno diera el paso, en abril de 2022, de solicitar a las Cortes Generales la autorización previa, *ex* artículo 94.1 CE, para la ratificación del Convenio número 189 de la OIT sobre el trabajo doméstico, obteniéndola en junio de 2022, habiéndose depositado por el Gobierno español ante la OIT a finales de febrero de 2023 el oportuno instrumento de ratificación, publicado en el BOE de 3 de abril de 2023.

En este preciso contexto se aprueba por el Gobierno, en funciones de legislador de urgencia⁴¹, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las

³⁷ BALLESTER PASTOR, M^a. A., «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, núm. 6, 2016, pp. 72 ss.

³⁸ Disposición adicional 2ª.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

³⁹ Apartado 1.11 del citado pacto al que puede accederse mediante el enlace que figura en la nota número 1.

⁴⁰ Un comentario de esta sentencia puede verse en SEMPERE NAVARRO, A. V., «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022, pp. 1-11 de la versión digital.

⁴¹ El proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso de los Diputados tras la convalidación del Real Decreto-ley 16/2022, no tiene visos de prosperar, encontrándose atascado en la Comisión de Trabajo,

condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar⁴². En lo que aquí interesa, corresponde a esta norma de rango legal la mejora del sistema especial de seguridad social de empleadas del hogar, con la incorporación dentro de la acción protectora de la situación de desempleo, así como de la cotización por dicho concepto. La perspectiva de género que está detrás de la mejora, convenientemente mencionada en la exposición de motivos del citado real decreto-ley (apartado I *in fine*), resulta más que obvia a la vista de la feminización de este colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena cercana al 100%.

La ampliación de la acción protectora del sistema especial de empleadas del hogar se logra mediante la supresión de la letra d) del artículo 251 LGSS⁴³, sin que tras la supresión quede excluida de dicha acción protectora la situación de desempleo. Por lo demás, sin ninguna peculiaridad o diferencia respecto de la protección por desempleo del común de las personas trabajadoras incluidas en el régimen general de la seguridad social, sin perjuicio de la inclusión de una situación legal de desempleo característica de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, la extinción del contrato de trabajo por las causas específicas del artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2022⁴⁴.

Más compleja es la novedosa cotización a la seguridad social por desempleo (y Fogasa), regulada con carácter transitorio, para los meses de octubre a diciembre de 2022, por la propia norma de urgencia; a la fuerza⁴⁵. Y desde el 1 de enero de 2023 objeto de la ley presupuestaria anual y de la pertinente orden ministerial de desarrollo⁴⁶.

Adviértase que las bases de cotización (por tramos retributivos) todavía no se corresponden con la conformación general para el común de los trabajadores por cuenta ajena del régimen general, lo que, entre otras razones, justifica que se mantenga este sistema especial dentro del régimen general. Excede las pretensiones de este trabajo entrar en el detalle de las diferencias, bastando ahora con advertir que las mismas no solo afectan a la novedosa cotización por desempleo, abarcando también a las cotizaciones por contingencias comunes y contingencias profesionales. Solo a partir del 1 de enero de 2024 tendrán las mismas bases de cotización que el común de los trabajadores por

Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso con prórroga tras prórroga del plazo para la presentación de enmiendas.

⁴² Véase, de forma muy sintética, BENITO BENÍTEZ, M^a. A., “El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *briefs* de la AEDTSS, 2022. Una visión amplia y monográfica del nuevo marco jurídico en GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica de la dogmática* jurídica, Dykinson, Madrid, 2022. Asimismo, QUINTERO LIMA, M^a. G., “La mejora de las condiciones de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2023, núm. 473, pp. 87 ss.

⁴³ Artículo 3.1 del Real Decreto-ley 16/2022.

⁴⁴ Artículo 3.2 del Real Decreto-ley 16/2022.

⁴⁵ Disposición transitoria 2^a del Real Decreto-ley 16/2022.

⁴⁶ Artículos 15 y 33 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

cuenta ajena incluidos en el régimen general (art. 147 LGSS)⁴⁷. Y la reducción general del 20% en la cuota patronal de la cotización social por contingencias comunes, vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 16/2022, se mantiene *sine die* tras la aprobación de la norma de urgencia, añadiéndose una notable bonificación general del 80% en la cuota patronal de las novedosas cotizaciones por desempleo y Fogasa⁴⁸.

Por último, se pone fin a la posibilidad de realización directa por parte de las empleadas del hogar con contratos de una duración inferior a sesenta horas mensuales de los correspondientes trámites administrativos (actos de encuadramiento), así como del abono de las cotizaciones sociales ante la TGSS, siendo tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022 dichas obligaciones responsabilidad de los empleadores, titulares del hogar familiar, al igual que sucede con las empleadas del hogar con una jornada por empleador igual o superior a sesenta horas mensuales⁴⁹. Una norma que busca aflorar parte del todavía muy significativo empleo sumergido que tanto abunda en esta actividad profesional.

Con todo, la más importante mejora del sistema especial de empleadas del hogar no es directa, sino indirecta, producto del crecimiento exponencial del SMI desde el año 2017 en adelante, hasta alcanzar en el año 2023 la cifra mensual de 1.080 euros y la cifra anual de 15.120 euros⁵⁰. Teniendo en cuenta la altísima feminización de este colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena y teniendo también en cuenta la ausencia de negociación colectiva en este ámbito, con la consiguiente aplicación muy generalizada del SMI, el incremento exponencial del SMI desde el año 2017 en adelante constituye una política gubernamental con una perspectiva de género más que evidente. Algo, por cierto, mencionado en la exposición de motivos de los reales decretos anuales de fijación del SMI con menos énfasis del que sería menester.

IV. Los supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres: menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo y gestación muy cercana al parto

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modifica parcialmente el régimen jurídico de la incapacidad temporal

⁴⁷ Artículo 3.3 del Real Decreto-ley 16/2022, que da una nueva redacción a la disposición transitoria 16ª LGSS.

⁴⁸ Disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 16/2022, que contempla, asimismo, otras reducciones superiores a la general para distintos tipos de supuestos. También la disposición transitoria 3ª mantiene los beneficios específicos para los empleadores de cuidadores en casos de familias numerosas.

⁴⁹ Artículo 6 y disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 16/2022.

⁵⁰ Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2023. Especial consideración merece para las empleadas del hogar contratadas por horas, algo muy habitual, el artículo 4 del citado real decreto.

mediante la introducción de tres supuestos especiales de incapacidad temporal⁵¹. La vigencia se pospone hasta el 1 de junio de 2023⁵². Puesto que las tres situaciones especiales de incapacidad temporal comparten como elemento común la titularidad exclusivamente femenina, por una razón puramente biológica, la perspectiva de género es obvia. En cualquier caso, en la exposición de motivos de la ley orgánica la perspectiva de género es omnipresente.

La especialidad afecta tanto a las situaciones protegidas como, sobre todo, al régimen jurídico dispensado por el legislador orgánico. Más allá de la exposición de esa doble especialidad, se lleva a cabo también en este apartado una lectura crítica de la novedosa regulación⁵³.

Empezando por las situaciones objeto de protección bajo el paraguas común de la incapacidad temporal por enfermedad común, tres son las situaciones protegidas con carácter especial en el nuevo artículo 169.1.a) LGSS. La primera, la menstruación incapacitante secundaria, clínicamente conocida como dismenorrea secundaria, diferenciada de la primaria por su habitual vinculación con alguna patología orgánica y su mayor incidencia incapacitante⁵⁴. La segunda, la interrupción del embarazo, voluntaria o no, salvo que el origen de la situación clínica fuese profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional). La tercera, la gestación muy cercana al parto, a partir del día primero de la semana trigésima novena.

La especialidad es mayor en la tercera de las situaciones protegidas que en las dos primeras. En efecto, mientras en las situaciones primera y segunda la actuación del profesional sanitario de asistencia primaria sigue siendo fundamental, tanto para la expedición de la baja como para la determinación de la duración del proceso especial de incapacidad temporal, en la tercera de las situaciones la intervención del profesional sanitario es puramente burocrática, de mera constatación del cumplimiento del primer día de la semana vigésima novena de gestación, siendo irrelevante la existencia o no de un problema de salud incapacitante y siendo asimismo irrelevante la necesidad o no de asistencia sanitaria específica, distinta de la propia de una gestación muy cercana temporalmente al parto. Dicho de otra manera, la incapacidad temporal por gestación muy cercana al parto actúa de una manera automática, sin valoración individualizada del estado de salud

⁵¹ Disposición final 3ª de la Ley Orgánica 1/2023, que modifica diferentes preceptos de la LGSS. Y con finalidad concordante, las disposiciones finales 4ª a 11ª (salvo la 10ª) de la misma ley, que modifican los correspondientes preceptos de los regímenes especiales de la seguridad social de determinados funcionarios públicos, incluido el complejo mutualismo administrativo, más el régimen especial de los trabajadores del mar.

⁵² Disposición final 17ª de la Ley Orgánica 1/2023.

⁵³ Véase MOLINA NAVARRETE, C., “Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos derechos sexuales desde la menstruación a la menopausia”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 2022, núm. 471, pp. 5 ss.

⁵⁴ La definición legal de la menstruación incapacitante secundaria se incorpora en el artículo 2.6 de la Ley Orgánica 2/2010, modificada por la Ley Orgánica 1/2023.

Una muy pedagógica descripción clínica de la menstruación incapacitante secundaria puede verse en DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O., “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, Briefs AEDTSS, núm. 15, 2023, pp. 1-3 de la versión digital.

de la gestante. Y también está predeterminada, sin necesidad de valoración médica individualizada, la duración del proceso de incapacidad temporal, hasta el parto e inicio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor o hasta el eventual inicio de la prestación por riesgo durante el embarazo, muy improbable a esas alturas de la gestación⁵⁵.

Lo anterior no significa que en la menstruación incapacitante secundaria y en la interrupción del embarazo no haya verdadera especialidad en cuanto a la situación protegida. Se trata, en realidad, de situaciones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023 ya eran claramente susceptibles de iniciar procesos de incapacidad temporal, ofreciendo la incorporación legal específica de estas situaciones protegidas una mayor seguridad jurídica, sobre todo en el caso de la menstruación incapacitante secundaria y en el de la interrupción voluntaria y farmacológica del embarazo, disminuyendo, que no eliminando por completo, la discrecionalidad del profesional sanitario de atención primaria en la expedición del parte de baja. No así en lo que toca a la duración de los procesos de incapacidad temporal, donde la discrecionalidad del profesional sanitario sigue siendo igual de protagonista que antes de la reforma.

Los tres supuestos especiales de incapacidad temporal, sin perjuicio de algunas diferencias internas que serán convenientemente apuntadas, comparten un régimen jurídico especial, consistiendo la especialidad en diferentes beneficios que no se dan en los demás supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común. Beneficios que tienen que ver con los requisitos de acceso, el nacimiento del derecho al subsidio y la existencia o no de recaídas entre diferentes procesos de incapacidad temporal por la misma o similar patología.

En cuanto a los requisitos de acceso, en concreto el periodo de carencia característico de una prestación contributiva de seguridad social derivada de enfermedad común, la nueva redacción del artículo 172 LGSS prescinde del periodo de carencia de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante en dos de las tres situaciones especiales de incapacidad temporal, la menstruación incapacitante secundaria y la interrupción del embarazo. Para la gestación cercana al parto se mantiene el periodo de carencia, pero no el apenas señalado, propio de la incapacidad temporal, sino el más sencillo de cumplir de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (art. 178.1 LGSS) en función de la edad (menos de 21 años, entre 21 y 25 años o 26 o más años) de la gestante en el momento de inicio de la incapacidad temporal, el día primero de la semana vigésima primera de gestación.

El mantenimiento del periodo de carencia, bien es cierto que rebajado o facilitado, para esta situación especial de incapacidad temporal es una acertada decisión legislativa, pues si se hubiera suprimido por completo podría haber llegado a darse, en algunos supuestos poco habituales, la circunstancia paradójica de acceso a la prestación por incapacidad temporal poco antes del parto y una vez producido el parto imposibilidad de acceso a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor, debiendo conformarse con la prestación asistencial de los artículos 181 y 182 LGSS.

⁵⁵ Así lo establece el artículo 173.2 LGSS producto de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023.

Por lo que se refiere al inicio del subsidio por incapacidad temporal, la nueva redacción del artículo 173 LGSS otorga a las tres situaciones especiales de incapacidad temporales exclusivas de las mujeres un tratamiento privilegiado, con percepción del subsidio también durante los tres primeros días, a diferencia de lo que sucede con el resto de situaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes. Mientras en la menstruación incapacitante secundaria el subsidio se abona desde el mismo día de la baja expedida por el facultativo de la sanidad pública, en las otras dos situaciones especiales el subsidio se abona desde el día siguiente al de la baja, corriendo el día de la baja a cargo del empresario, pero no en concepto de subsidio, sino de salario, al igual que sucede con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Con esta diferencia se persigue penalizar económicamente a los empresarios lo mínimo posible, no siendo comparables las bajas por menstruación incapacitante secundaria, potencialmente frecuentes a lo largo de un muy dilatado periodo de tiempo, que las bajas por interrupción del embarazo y gestación cercana al parto, con toda probabilidad muy escasas en número.

Más allá del día de la baja, que en las dos situaciones apenas citadas corren a cargo del empresario en concepto salarial, el diseño de las situaciones especiales de incapacidad temporal está pensado para no penalizar económicamente a los empresarios. De ahí que el subsidio sea en los tres casos responsabilidad íntegra del sistema de seguridad social, es decir, de la entidad gestora o la mutua colaboradora elegida por el empresario para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. A diferencia de lo que sucede con los demás supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común, el empresario no responde del subsidio entre los días 4º a 15º (60% de la base reguladora). A buen seguro, el motivo de este trato privilegiado radique en la no estigmatización de las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias, reacias al inicio de los correspondientes procesos de incapacidad temporal de corta duración si el empresario tuviera que asumir desde el día 4º el coste íntegro del subsidio. Y al mismo tiempo, si en cada proceso de incapacidad temporal se perdieran los tres primeros días de subsidio, el incentivo para el inicio de los procesos de incapacidad temporal sería muy bajo.

Todo apunta a que el diseño del tratamiento económico de estos tres supuestos especiales de incapacidad temporal en realidad está concebido exclusivamente para las menstruaciones incapacitantes secundarias, con extensión a las otras dos situaciones protegidas para no introducir demasiadas diferencias entre los tres supuestos especiales, dando así una idea de coherencia interna.

Con todo, los supuestos especiales de incapacidad temporal que se vienen analizando no dejan de ser onerosos para los empresarios, aunque solo sea por la continuidad de las cotizaciones sociales a cargo del empleador, tal y como recuerda retóricamente el artículo 144.4 LGSS, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2023. No hay, en este sentido, diferencias entre los supuestos especiales de incapacidad temporal y los demás casos de incapacidad temporal por contingencias comunes (y por contingencias profesionales).

Onerosidad que también podría venir de la mano de las mejoras voluntarias del subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, ya sean mejoras voluntarias por convenio colectivo ya, de manera más rara, mejoras voluntarias unilaterales. Está por ver si en los nuevos convenios colectivos (y en los planes empresariales de responsabilidad social corporativa) tendrá o no alguna incidencia la nueva regulación de los supuestos especiales de incapacidad temporal, en especial los ligados a las menstruaciones incapacitantes secundarias.

Por último, excluye el nuevo texto del artículo 169.2 LGSS la concurrencia de recaída entre los diferentes procesos de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria sin transcurso del plazo de más de 180 días entre los procesos. Una nueva manifestación del trato privilegiado dispensado a esta situación especial de incapacidad temporal, con la inequívoca finalidad de contribuir a acabar con la estigmatización de las mujeres afectadas por esa dolencia, al tiempo que facilitar el inicio de los diferentes procesos de incapacidad temporal sin temor a terminar agotando los plazos máximos de la incapacidad temporal, el ordinario de 365 días y el extraordinario de 180 días más. Y si este relevante privilegio no se extiende a las otras dos situaciones especiales de incapacidad temporal es por falta de sentido, siendo difícil de imaginar dos interrupciones del embarazo en el corto lapso de 180 días. Y en el caso de las gestaciones muy avanzadas y cercanas al parto, no es que sea difícil de imaginar, es que es imposible.

La incorporación de estos tres supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres merece, a juicio modesto de quien esto escribe, tanto una crítica general como una crítica particularizada.

La crítica general es muy obvia y tiene que ver con el riesgo de crear un precedente de pérdida de generalidad de la incapacidad temporal como situación de necesidad protegida por el sistema de seguridad social, que podría alimentar reivindicaciones futuras de tratamiento privilegiado de determinadas patologías o dolencias, con perspectiva de género o sin ella. La salud mental, tema ahora de moda con no poca razón, podría seguir esta senda más identitaria que igualitaria, con grave peligro de generar reinos de taifas. Y las migrañas, con una incidencia significativamente mayor en la población femenina que en la masculina. Y un largo etcétera.

La crítica particularizada podría empezar por la tercera de las situaciones especiales protegidas, la gestación muy cercana al parto, que más que como una situación de incapacidad temporal, sin necesidad de verdadera incapacidad temporal ni de atención sanitaria específica, más allá de la general de una gestación tan avanzada, tendría que haberse ubicado dentro de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, a modo de reposo voluntario previo al parto, sin que la mayor duración de la situación protegida para las mujeres gestantes respecto de la del otro progenitor o respecto de las situaciones protegidas distintas de la maternidad *stricto sensu* plantease problema alguno relativo al principio constitucional de igualdad de trato. Esta ubicación más natural supondría además un mejor tratamiento económico de la situación protegida (100% de la base reguladora). De hecho, a efectos del periodo de carencia, con buen criterio, se ha recurrido a la equiparación con el nacimiento y cuidado de menor, tal y como ya se ha adelantado.

Por lo que se refiere a la interrupción del embarazo, voluntaria (quirúrgica o farmacológica) o indeseada, no se comprende cuál pueda ser la verdadera razón del tratamiento privilegiado, siendo un problema de salud, más mental que físico en muchos casos, que pocas veces se presenta en la vida de una mujer y que no reúne ni desde el punto de vista clínico ni desde el punto de vista social ninguna singularidad que aconseje un tratamiento privilegiado. ¿Por qué merece un mejor tratamiento la interrupción del embarazo que la ligadura de trompas? Y como este podrían ponerse infinidad de ejemplos, muchos de ellos ligados exclusivamente a las mujeres o con una mayor incidencia en las mujeres que en los varones.

Se deja para el final la menstruación incapacitante secundaria, la situación especial más justificada de las tres para contribuir a acabar con la estigmatización de las mujeres, siendo fundamental para ello no desincentivar económicamente el inicio de los procesos de incapacidad temporal, al tiempo que no penalizar excesivamente a los empresarios⁵⁶. En cambio, no se comprende por qué haya de eliminarse el periodo de carencia, relativamente escaso (180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante). Se dirá que las mujeres recién incorporadas al mercado laboral y con diagnóstico de menstruación incapacitante secundaria no podrían beneficiarse del subsidio de incapacidad temporal hasta completar el periodo de carencia, pero ese pequeño sacrificio durante seis meses sería el mismo del resto de personas enfermas y accidentadas sin el periodo de carencia todavía cumplido por su reciente incorporación al mercado laboral. Adviértase que la ausencia de subsidio por incapacidad temporal no equivaldría a la ausencia de baja por enfermedad común, con la correspondiente suspensión contractual desde la perspectiva puramente laboral.

Los primeros comentaristas de la novedosa situación especial de incapacidad temporal han valorado positivamente esta novedad, sin perjuicio de unas cuantas y muy fundadas críticas, que aquí se comparten plenamente⁵⁷. Empezando por la propia definición legal de la situación especialmente protegida, que exige la concurrencia de una patología orgánica de base oportunamente diagnosticada, algo no siempre sencillo ni rápido. En esta misma línea, se echa en falta la exigencia expresa de dismenorrea secundaria refractaria al tratamiento prescrito. Como se echa en falta la aclaración de que el dolor incapacitante podría tener lugar en cualquier momento del ciclo menstrual, no solo durante la menstruación en sentido estricto.

Y la crítica más severa, y que aquí se comparte a pies juntillas, es la relativa a la falta de contemplación legal de la complejidad laboral que suele acompañar a la dismenorrea secundaria, que muchas veces es completamente incapacitante, pero otras muchas veces no lo es del todo, exigiendo más bien la adaptación cuantitativa y/o cualitativa del puesto de trabajo o del tiempo de trabajo⁵⁸. Se echa en falta la previsión de alternativas

⁵⁶ Véase BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a., “La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos”, en *Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023.

⁵⁷ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., y ARMIJO SUÁREZ, O., “La nueva regulación ...”, op. cit., pp. 4-8 de la versión digital.

⁵⁸ *Idem*.

laborales a la suspensión contractual con subsidio por incapacidad temporal, quizá con una regulación más detallada de la genérica del artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sobre la protección de trabajadores (mujeres a la fuerza en este caso) especialmente sensibles a determinados riesgos.

V. La reforma de la Seguridad Social de 2023 y la perspectiva de género

La segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea (componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Reino de España), que viene a completar la primera parte de esa reforma operada a finales del año 2021 (Ley 21/2021), está fundamentalmente centrada en el objetivo central de los sistemas de seguridad social de nuestros días, la sostenibilidad financiera, actuando a contracorriente no sobre la vía de los gastos del sistema, como sucede por poner solo un ejemplo con la reciente reforma francesa, sino sobre la vía de los ingresos del sistema. En cualquier caso, no corresponde a este estudio el análisis de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023 en clave de sostenibilidad financiera, a buen seguro objeto de otros estudios publicados en este mismo número monográfico de la revista *Labos*⁵⁹.

Interesa exclusivamente aquí el estudio de los contenidos de la reforma de 2023 inequívocamente conectados con la perspectiva de género, en la dimensión de disminución de la brecha de género o en cualquier otra dimensión de la más amplia perspectiva de género. Disminución de la brecha de género que figura en el título mismo del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones⁶⁰. Contrasta, en este sentido, esta segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea con la primera parte, producto de la Ley 21/2021, en la que la perspectiva de género ni aparece en el título (“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”) ni forma parte de su contenido, salvo un par de referencias de menor entidad⁶¹.

⁵⁹ Una visión muy general de la norma de urgencia puede verse en GONGÁLEZ ORTEGA, S., “El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 26, 2023, pp. 1-3 de la versión digital, e BALLESTER PASTOR, I., “El RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 27, 2023, pp. 1-3 de la versión digital. Asimismo, MALDONADO MOLINA, J. A., “La reforma de la base reguladora de la jubilación y el destope de las bases de cotización ¿y de las pensiones?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* 2023, núm. 473, pp. 53 ss.

⁶⁰ LÓPEZ ANIORTE, M^a. C., “Las propuestas del Pacto de Toledo de 2020 frente a la brecha de género laboral y prestacional: particular atención a las recomendaciones implementadas por el RDL 2/2023, de 16 de marzo”, en *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101.

⁶¹ En concreto, la inclusión de las mujeres víctimas de la violencia de género en la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora del artículo 207 LGSS, y la modificación de la jubilación

Se pasan revista a continuación a cuatro de los cinco contenidos del Real Decreto-ley 2/2023 con inequívoca perspectiva de género, dejando el tratamiento de las reformas introducidas en el complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 LGSS para otro apartado anterior de este estudio.

Comprenderá el lector que se pase de puntillas por el asunto del vehículo normativo empleado para esta segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea, el real decreto-ley⁶². Es tan evidente que no concurre el presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE), que no merece la pena malgastar las palabras sobre este particular. Basta con decir que ni la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social ni el compromiso asumido con la Unión Europea (componente 30) permiten orillar el vehículo legal ordinario, por lo demás de muy rápida tramitación parlamentaria si hubiera habido voluntad en ese sentido, tal y como ha sucedido no hace mucho tiempo en materia penal. Y si eso es así con carácter general, lo mismo puede decirse de los contenidos del Real Decreto-ley 2/2023 conectados a la dimensión de género.

La disposición final 10^a de la norma de urgencia, relativa a la entrada en vigor, no deja lugar a dudas sobre la concurrencia o no del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad. Y el acuerdo con una parte de los agentes sociales, los sindicatos más representativos CC.OO. y UGT, y no así con las patronales más representativas CEOE y CEPYME, en el marco del diálogo social, merece los mayores elogios, sin duda, pero no puede servir de cortada para obviar la exigencia constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad.

1. La integración de las lagunas de cotización en la pensión por jubilación y la reducción de la brecha de género

La ampliación del periodo de cotización tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación, llevado a cabo por la reforma de 2011 (Ley 27/2011), pasando progresivamente de 15 años (180 meses) a 25 años (300 meses) en el año 2022⁶³, vino acompañada de nuevas reglas restrictivas para la integración de las lagunas de cotización en el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación (también en el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común). Reglas restrictivas conforme a las cuales los meses sin obligación de cotización no se integrarían todos mediante el 100% la base mínima de cotización, tal y como venía sucediendo con anterioridad, sino tan solo los primeros 48 meses (4

forzosa por convenio colectivo de la disposición adicional 10^a ET, con referencia expresa a la segregación ocupacional por género.

⁶² Real Decreto-ley 2/2023 convalidado muy ampliamente por el Congreso de los Diputados el día 30 de marzo de 2023, con simultánea votación favorable para la tramitación del real decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

⁶³ Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 8^a LGSS producto de la reforma de 2011 (Ley 27/2011).

años), y para el resto de meses la integración sería mediante el 50% de la base mínima de cotización, con el consiguiente perjuicio para los pensionistas⁶⁴.

Esa regla restrictiva permanece formalmente en vigor tras el Real Decreto-ley 2/2023, si bien con profundas modificaciones materiales a tenor de la disposición transitoria 41ª LGSS introducida por la norma de urgencia de 2023. Modificaciones materiales dirigidas a la reducción de la brecha de género, con radical distinción entre las mujeres y los hombres⁶⁵.

Para las mujeres la mejora consiste en la ampliación de la integración de las lagunas de cotización conforme al 100% de la base mínima de cotización durante un año más, es decir, durante los meses 49 a 60. Asimismo, entre los meses 61 a 80 la integración en lugar de limitarse al 50% de la base mínima de cotización, tal y como dispone el artículo 209.1.b) LGSS, se incrementa hasta el 80% de la base mínima de cotización.

Puesto que no se exige a las mujeres no ya la dedicación al cuidado de los hijos, sino ni siquiera la existencia misma de hijos, la finalidad del beneficio para las mujeres consiste en la disminución de la brecha de género en la pensión por jubilación por cualesquiera motivos que dicha brecha pueda venir ocasionada, siempre en relación con las lagunas de cotización, incluido el cuidado de los hijos, pero también otros factores como la mayor exposición a los periodos de crisis económica, etc. Así aparece en la exposición de motivos del Real decreto-ley 2/2023 (apartado I).

Para los varones, en cambio, la ampliación de la integración de las lagunas de cotización en los términos antes expresados para las mujeres, más allá de lo ya previsto por el artículo 209.1.b) LGSS, viene condicionada, en primer lugar, por la existencia de algún hijo y, en segundo lugar, por el perjuicio profesional efectivo consecuencia del nacimiento y el cuidado de al menos uno de los hijos. Perjuicio profesional en los mismos términos necesarios para el devengo del complemento para la reducción de la brecha de género asociado a la pensión por jubilación, con distinción entre los hijos nacidos o adoptados antes o después del 1 de enero 1995. Se remite a lo dicho, a este propósito, en el apartado dedicado al complemento para la reducción de la brecha de género, reformado por el Real Decreto-ley 2/2023 en este mismo asunto del perjuicio profesional. En cualquier caso, no sería necesario el devengo del complemento para la reducción de la brecha de género para la aplicación del beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización.

A diferencia del complemento para la reducción de la brecha de género, el beneficio a que se viene haciendo referencia podría ser de aplicación, en su caso, a los dos progenitores de un mismo hijo en común, de sexo diferente o del mismo sexo, siempre que en el caso de los varones concurriera el perjuicio profesional mencionado en el anterior párrafo.

Adviértase que el beneficio en cuestión solo está expresamente pensado para la pensión por jubilación y no así para la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común y ello pese a existir una regla para el cálculo de la base reguladora de la

⁶⁴ Artículo 209.1.b) LGSS producto de la reforma de 2011.

⁶⁵ Disposición transitoria 41ª LGSS introducida por el artículo 1.41 del Real Decreto-ley 2/2023.

pensión por incapacidad permanente con integración de las lagunas de cotización idéntica a la del artículo 209.1.b) LGSS, la del artículo 197.4 LGSS. Aunque no faltará quien seguramente apueste por la extensión del beneficio mediante el recurso a la analogía del artículo 4.1 CC, se apuesta aquí por la aplicación estricta del beneficio, exclusivamente en la pensión por jubilación. La razón es que no pueden compararse los periodos de cotización tomados en consideración para el cálculo de la base reguladora en ambas pensiones, de 25 años o más en el caso de la pensión por jubilación⁶⁶ y de tan solo ocho años (art. 197.1.a) LGSS) en el supuesto de la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común. Una diferencia así a la fuerza ha de impedir la aplicación analógica por falta de identidad de razón, siendo la ampliación de las lagunas de cotización con el 100% (o el 80%) de la base mínima de cotización mucho más necesaria en la pensión por jubilación que en la pensión por incapacidad permanente, en la que ya está prevista que hasta la mitad del periodo de cotización objeto de cómputo, cuatro de ocho años, puede verse beneficiada mediante la integración de lagunas con el 100% de la base mínima de cotización.

La ampliación de la integración de las lagunas de cotización como mecanismo para la reducción de la brecha de género en la pensión por jubilación tendrá que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, a la luz de la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023. ¿Dónde está la extraordinaria y urgente necesidad del 86.1 CE?

Con el vetusto Derecho antidiscriminatorio europeo (por razón de sexo) en materia de seguridad social (Directiva 79/7) y la restrictiva interpretación por parte del TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) de las acciones positivas a favor de las mujeres del artículo 157.4 TFUE⁶⁷, el beneficio que se viene analizando corre un riesgo no menor de caer por el mismo precipicio por el que se despeñó el complemento por maternidad, declarado discriminatorio para los varones por la sentencia del TJUE apenas citada Precipicio por el que algún día, cuando se presente alguna cuestión prejudicial, podría también despeñarse el complemento para la reducción de la brecha de género que vino a sustituir al complemento por maternidad.

El legislador de urgencia español ha asumido un elevado riesgo de contravención del Derecho antidiscriminatorio europeo a la hora de regular de forma tan distinta para las mujeres y los varones el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización más allá de lo que ya venía garantizando el artículo 209.1.b) LGSS de forma neutra. Muy en particular por el hecho de no exigir a las mujeres la existencia de hijos. En este sentido, quizá debería aprovechar el Gobierno español la presidencia semestral de la Unión Europea, en la segunda mitad del año 2023, para poner en marcha una

⁶⁶ Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 4ª.7 LGSS, producto de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023.

⁶⁷ Por todos, RAMOS QUINTANA, M. I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, pp. 1-6 de la versión digital, y MOLINA NAVARRETE, C., «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿El TJUE no cree en juzgar con perspectiva de género?», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2020, núm. 445, pp. 188 ss.

reforma de la vetusta Directiva 79/7, introduciendo en la misma mecanismos de acción positiva a favor de las mujeres.

Precisamente, para procurar superar el eventual juicio crítico del TJUE el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización no se configura como una regulación con vocación de permanencia, sino como una regulación de derecho transitorio, de ahí su ubicación en la disposición transitoria 41ª LGSS. Regulación de derecho transitorio en tanto en cuanto la brecha de género en la pensión por jubilación sea superior al 5%, en los mismos términos (disposición adicional 37ª LGSS) que rigen para el complemento para la reducción de la brecha de género⁶⁸.

El umbral porcentual de la brecha de género situado en el 5% parece demasiado bajo, teniendo en cuenta que la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social no solo obedece al perjuicio profesional, ligado al nacimiento y el cuidado de los hijos. Puesto que es bien conocido que existen multitud de causas de la brecha de género en materia salarial, que posteriormente se traducen en la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social, el bajo porcentaje del 5% se antoja destinado a perdurar durante muchísimo tiempo, incluso más allá de que la corresponsabilidad parental sea una realidad suficientemente extendida, convirtiendo el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización para las mujeres *de facto* en permanente. Téngase en cuenta que en las pensiones por jubilación causadas en el año 2020 la brecha de género estaba nada menos que en el 19,3%, notablemente por debajo del porcentaje del 30% tomando en consideración la totalidad de pensiones por jubilación vivas, pero todavía a una distancia sideral del umbral del 5%, seguramente inalcanzable durante décadas y décadas.

En caso de cambio registral de sexo, pasando del sexo masculino al sexo femenino, no está del todo claro si el beneficio que se viene estudiando se aplicaría solo para las lagunas de cotización a partir del cambio registral de sexo, o bien para cualesquiera lagunas de cotización, posteriores o anteriores al cambio registral de sexo. El artículo 46.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apuntaría a la aplicación del beneficio propio de las mujeres solo para las lagunas de cotización posteriores al cambio registral de sexo, aunque está por ver tanto la interpretación de la norma en cuestión por la Administración de la seguridad social como, sobre todo, por los jueces y tribunales.

Antes de cerrar este apartado, resulta necesario aludir al novedoso mecanismo de integración de determinadas lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación en el RETA, mediante la modificación del artículo 322 LGSS⁶⁹. Un mecanismo que, a diferencia del que se acaba de ver, el de la disposición

⁶⁸ VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 229 ss.

⁶⁹ Dice así, el artículo 322 LGSS tras la modificación operada por el artículo 1.28 del Real Decreto-ley 2/2023: “La cuantía de la pensión de jubilación en este régimen especial se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje procedente de acuerdo con la escala establecida para el Régimen General, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario. En los supuestos en que en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la

transitoria 41ª LGSS, no contempla diferencia alguna entre mujeres y varones y ello pese a la existencia también en el RETA de una notable brecha de género en la pensión por jubilación⁷⁰. Algo difícil de explicar, salvo error u omisión. También en este caso la mejora tendría que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, conforme dispone la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

2. La mejora de la prestación familiar en su modalidad contributiva con perspectiva de género

El artículo 1.25 del Real Decreto-ley 2/2023 introduce sendas mejoras en la prestación familiar en su modalidad contributiva, concretamente mediante la modificación de los apartados 2º y 3º del artículo 237 LGSS⁷¹. Sendas mejoras que continúan con la tradición de los beneficios neutros, previstos indistintamente para mujeres y varones, en la línea de la corresponsabilidad parental impulsada desde hace mucho por la Unión Europea, aunque con una indisimulada perspectiva de género, a sabiendas del ejercicio muy mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de los artículos 37.6 ET (reducciones de jornada) y 46.3 ET (excedencias).

La primera de las mejoras afecta al apartado 2º del artículo 237 LGSS y extiende las cotizaciones sociales ficticias, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor, del primer año de excedencia por cuidado de otros familiares⁷², una novedad de la Ley Orgánica 3/2007, a los años segundo y tercero, igualando así el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias propio de la excedencia por cuidado de hijos (o menores en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción) del artículo 237.1 LGSS. Beneficio este último que también ha ido mejorando con el paso del tiempo: desde el primer año hasta el segundo por la Ley Orgánica 3/2007 y desde el segundo año hasta el tercero por la Ley 27/2011, con vigencia desde 1 de enero de 2013.

prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la base mínima de la tabla general de este régimen especial”.

⁷⁰ Véase la información que aparece en el siguiente enlace, corroborada por las estadísticas oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.epe.es/es/activos/20220309/brecha-pensiones-asalariados-autonomos-supera-13342560>

⁷¹ Por todos, GARCÍA ROMERO, M.ª B., «Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género pres-tacional», en *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, pp. 113 ss. Asimismo, ARENAS VIRUEZ, M., *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2017, y AA.VV., *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, dos tomos, Laborum, Murcia, 2018.

⁷² Traza pedagógicamente la distinción entre los dos supuestos de excedencia por razones de conciliación de la vida familiar y laboral del artículo 46.3 ET la STS, 4ª, 5-2-2021, rcud 2102/2018, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 77. Véase también el comentario de esta sentencia a cargo de GARCÍA ROMERO, M.ª B., “La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, núm. 3, pp. 1-7 de la versión digital.

Sorprende sobremanera el alcance de la mejora a que se acaba de hacer referencia, yendo el legislador de urgencia de seguridad social más allá de donde ha ido el legislador laboral, que primero introdujo una excedencia por cuidado de otros familiares de hasta un año de duración (Ley 39/1999) y posteriormente amplió dicho periodo máximo hasta el segundo año (Ley Orgánica 3/2007), sin perjuicio de la ampliación del periodo máximo por parte de la negociación colectiva. Puesto que el legislador de urgencia de seguridad social ha ampliado el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias hasta el tercer año completo, solo podrán disfrutar del todo este beneficio las personas trabajadoras que obtengan una excedencia por cuidado de otros familiares de más de dos años de duración gracias a la negociación colectiva.

La segunda de las mejoras se proyecta sobre el apartado 3º del artículo 237 LGSS, una importante novedad de la Ley Orgánica 3/2007, que tiene que ver con las diferentes situaciones de reducción de la jornada de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral que se benefician de las cotizaciones sociales ficticias, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor, hasta alcanzar el 100% de las bases de cotización que habrían correspondido sin reducción de la jornada.

La más conocida de las reducciones de la jornada por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, la reducción por la guarda de hijo (o menor) de 12 años del párrafo primero del artículo 37.6 ET, pasa de una prestación familiar en su modalidad contributiva de un máximo de dos años a un máximo de tres años.

Mayor intensidad tiene la mejora en el supuesto de la reducción de la jornada para el cuidado directo de otros familiares del segundo párrafo del artículo 37.6 ET, pasando el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias del primer año como máximo hasta el tercer año como máximo, con la consiguiente igualación con el beneficio propio de la reducción de la jornada por guarda legal de hijo (o menor) menor de 12 años.

Ambas mejoras están en vigor desde el día siguiente al de la publicación de la norma de urgencia en el BOE (17-3-20223), es decir, desde el 18 de marzo de 2023, tal y como dispone la compleja disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

3. Las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial: el legislador de urgencia toma nota de las sentencias del TJUE y el Tribunal Constitucional

Las prestaciones de seguridad social, y muy en particular las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (derivada de enfermedad común), de los trabajadores a tiempo parcial son un foco permanente de litigiosidad al más nivel, incluidos el TJUE y el Tribunal Constitucional⁷³.

⁷³ Entre otros muchos, BENITO BENÍTEZ, M^a. A., «La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de la discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 153 y ss., y

Las modificaciones que los apartados 26º y 27º del artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2023 llevan a cabo de los artículos 247 y 248 LGSS son (más en el segundo caso que en el primero) la traducción legislativa de las últimas sentencias del TJUE (sentencia 8-5-2019, asunto c-161/18, Villar Láiz) y el Constitucional (SSTC 91/2019 y 151/2021) sobre la problemática de las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (derivada de enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial, con sendas declaraciones de discriminación indirecta por razón de sexo al estar el colectivo de las personas trabajadoras a tiempo parcial en España altamente feminizado. En consecuencia, la perspectiva de género que está detrás de estas modificaciones es notoria, sin perjuicio de lo cual la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023 (apartado III) se encarga de recordarlo. Bien es verdad que las modificaciones normativas van más allá de lo exigido por el TJUE y el Constitucional español.

Empezando por el final, lo más directamente afectado por las jurisprudencias europea y constitucional, la modificación del artículo 248 LGSS, que regula la cuantía de las prestaciones de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial, tiene dos manifestaciones principales y algunas más menores (incapacidad temporal de trabajadores a tiempo parcial y trabajadores fijos discontinuos), que no vienen al caso. La más importante de las manifestaciones consiste en la supresión del apartado 3º del artículo 248 LGSS, doblemente declarado discriminatorio por razón de sexo. Desaparece, pues, del ordenamiento jurídico una forma de cálculo de las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial que penalizaba a estos en lo que al cómputo del periodo de cotización determinante del porcentaje aplicable sobre la base reguladora se refiere. Cómputo no del entero periodo de cotización efectiva del trabajador a tiempo parcial, en alta y con obligación de cotización por medio, sino de un periodo de cotización reducido, con arreglo a las complejas reglas del coeficiente de parcialidad (art. 247.a) LGSS en la versión anterior a la reforma operada por el RDL 2/2023) y del coeficiente multiplicador del 1,5 (art. 248.3 LGSS en la versión anterior a la reforma operada por el RDL 2/2023). Luego, cálculo sin diferencias entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, para beneficio fundamentalmente de las mujeres, aunque a partir de una normativa formalmente neutra.

Es verdad que el apartado 3º del artículo 248 LGSS, ahora formalmente suprimido, ya no venía siendo aplicado por las entidades gestoras competentes, a resultas de sendos criterios de gestión derivados de las sentencias del Alto Tribunal de 2019 y 2021. El Criterio de gestión 17/2019, de 12 de agosto, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS⁷⁴, relativo a la pensión por jubilación. Y el Criterio de gestión 29/2021, de 20 de octubre, de la Subdirección General de Ordenación y Asis-

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentarios a la STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 163 y ss.

⁷⁴ Dicho criterio puede consultarse en este enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

tencia Jurídica del INSS, dedicado a la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común⁷⁵.

La otra manifestación importante afecta al apartado 2º del artículo 248 LGSS, que establecía una forma peculiar de integración de las lagunas de cotización (jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial, con consideración de la concreta parcialidad (número de horas contratadas en comparación con un tiempo completo) inmediatamente anterior a cada periodo temporal con lagunas de cotización y objeto por ello de integración. Esa forma de integración reducida de las lagunas de cotización, interpretada de forma estricta por el Tribunal Supremo⁷⁶, ha sido suprimida por el Real Decreto-ley 2/2023, debiendo realizarse la integración como si de un trabajador a tiempo completo se tratase, lo que constituye un indudable beneficio, sobre todo para las mujeres. De manera sorprendente, una vez más, la entrada en vigor se demora hasta el 1 de enero de 2026, en atención a lo dispuesto por la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

Adviértase que con la equiparación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, en la materia que se acaba de mencionar y cuando dentro de más de dos años acabe entrando en vigor, pueden llegar a ser de mayor cuantía para los trabajadores a tiempo parcial las bases de cotización de los meses sin obligación de cotización, y objeto por ello de integración, que las bases de cotización de los meses con cotizaciones sociales por medio, lógicamente calculadas a partir de las retribuciones de los trabajadores a tiempo parcial, que son retribuciones ajustadas a la inferior jornada de trabajo en comparación con la de los trabajadores a tiempo completo comparables. Quiebra así el principio contributivo en favor de los trabajadores a tiempo parcial, muy mayoritariamente mujeres. Otra forma más de contribuir a la disminución de la brecha de género en materia de pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común).

Cambiando de registro, la modificación del artículo 247 LGSS también responde a la lógica de la supresión de las diferencias entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, en este caso a propósito del periodo de carencia propio de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, más allá de lo que reza el título de este epígrafe. Todos los periodos de alta con cotización efectiva por parte de los trabajadores a tiempo parcial, al margen del mayor o menor número de horas trabajadas en cada periodo de alta, computan con normalidad a efectos de los correspondientes periodos de carencia de las prestaciones contributivas de seguridad social apenas mencionadas⁷⁷. La entrada en vigor de esta importante modificación normativa se retrasa hasta el 1 de octubre de 2023, de conformidad con la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

⁷⁵ Su consulta puede realizarse en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

⁷⁶ STS, 4ª, 16-3-2017, rcud 1871/2013, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 33.

⁷⁷ Artículo 1.26 del Real Decreto-ley 2/2023.

4. Pensiones mínimas y garantía de suficiencia: lucha contra la pobreza y perspectiva de género

La suficiencia de las pensiones de seguridad social es una garantía constitucional (arts. 41 y 50 CE), además de una obligación internacional asumida por España (art. 12 de la Carta Social Europea revisada), que tiene su base en la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10 CE, y que constituye una útil herramienta en la irrenunciable, en todo Estado que se defina como social de derecho, lucha contra la pobreza, siendo una obligación de los poderes públicos la determinación periódica de los umbrales de pobreza a partir de los correspondientes datos estadísticos (Encuesta de Condiciones de Vida del INE). Así lo recoge la Recomendación número 15 de la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo.

La nueva disposición adicional 53ª LGSS, añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023, constituye el complejo desarrollo legislativo de la citada recomendación del Pacto de Toledo. Busca la nueva disposición legal elevar progresivamente el importe de las pensiones contributivas mínimas, así como el de las pensiones no contributivas, más allá de lo que correspondería anualmente por el incremento de la inflación (art. 58.2 LGSS), con arreglo a los términos a que de inmediato se hará referencia. Puesto que las mujeres predominan estadísticamente entre las personas beneficiarias de las pensiones contributivas mínimas y las pensiones no contributivas, la perspectiva de género que está detrás de la nueva disposición adicional 53ª LGSS es notoria, pese a lo cual la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023 no pierde la oportunidad de recordarlo (apartado I).

La piedra angular del incremento progresivo de las pensiones de seguridad social más bajas radica en el cálculo anual del umbral de la pobreza para un hogar unipersonal, a partir de los datos estadísticos proporcionados por la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, convenientemente actualizados dado el relativo retraso que suelen tener esos datos⁷⁸. Los últimos datos oficiales que se disponen son del año 2022, calculados con cifras del año 2021⁷⁹.

El siguiente paso consiste en la distinción entre los distintos tipos de pensiones contributivas mínimas en función de las circunstancias familiares de las personas beneficiarias, por un lado, y las pensiones no contributivas por otro lado. Para las primeras el umbral de la pobreza para un hogar unipersonal se multiplica por 1,5. Para las segundas, en cambio, el factor multiplicador se queda en el 0,75.

⁷⁸ Dice así el apartado 1º (párrafo segundo) de la disposición adicional 53ª LGSS añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023: “Para la determinación de dicho umbral de la pobreza se multiplicará por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años”.

⁷⁹ Según la información que proporciona la Encuesta de Condiciones de Vida del año 2022, el valor del umbral de riesgo de pobreza de un hogar en España de una sola persona (calculado con los datos de ingresos de 2021) se situó en 10.088 euros anuales.

La información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.ine.es/prensa/ecv_2022.pdf

La pensión contributiva mínima que actúa como modelo de referencia, con las consecuencias que después se verán, es la pensión por jubilación para personas beneficiarias con 65 o más años y cónyuge a cargo⁸⁰. Para esa pensión mínima de referencia se establece desde el año 2027 la convergencia con el umbral de la pobreza para un hogar integrado por dos adultos, que es igual al umbral de la pobreza de un hogar unipersonal multiplicado por 1,5.

Y hasta llegar al año 2027, entre los años 2024, 2025 y 2026 se fija la siguiente convergencia progresiva con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos: “– El 1 de enero de 2024 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 20 por ciento la brecha que exista. – El 1 de enero de 2025 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 30 por ciento la brecha que exista. – El 1 de enero de 2026 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 50 por ciento la brecha que exista”.⁸¹

Determinadas pensiones contributivas mínimas distintas de la pensión de referencia, la pensión por jubilación para personas beneficiarias con 65 o más años y cónyuge a cargo, resultan equiparadas completamente a la pensión de referencia desde el año 2024, con el consiguiente incremento de las cuantías, así como la plena aplicación de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores con la finalidad de la progresiva convergencia con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos. Se trata de las siguientes pensiones contributivas mínimas: la pensión por viudedad (al margen de la edad) con cargas familiares y las pensiones contributivas del tipo que sea con cónyuge a cargo, excepto la de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de menores de 60 años, que es una pensión que, a diferencia de todas las demás, no exige carencia de rentas (art. 196.2 LGSS).

Para el resto de pensiones contributivas mínimas⁸², sin cónyuge o con cónyuge no a cargo, el apartado 4º de la nueva disposición adicional 53ª LGSS fija una convergencia progresiva con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos durante los años 2024 a 2026 y una convergencia plena con dicho umbral a partir del año 2027 en términos porcentuales reducidos, concretamente el 50% de los porcentajes correspondientes a la pensión contributiva mínima de referencia, la pensión por jubilación para personas beneficiarias de 65 o más años y cónyuge a cargo. Porcentajes siempre reducidos en un 50% por el hecho de tratarse de personas beneficiarias de pensiones mínimas sin cónyuge a cargo o con cónyuge no a cargo, es decir, individualmente consideradas, cuando el umbral de la pobreza que se toma en consideración no es el de los hogares unipersonales, sino el de los hogares con dos adultos (aplicación del factor multiplicador 1,5).

⁸⁰ El importe de esa pensión mínima para el año 2023 es de 966,20 euros mensuales y 13.526,80 euros anuales.

⁸¹ Apartado 2º de la disposición adicional 53ª LGSS añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023.

⁸² Véase la información que proporciona el siguiente enlace, con datos para el año 2023: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30434>

Ni que decir tiene que esta nueva disposición adicional de la LGSS, junto a otras muchas normas anteriores de seguridad social, hacen cada día más necesaria la contemplación con carácter general de las parejas de hecho formalizadas, con papeles por medio si se permite la expresión coloquial.

Téngase muy en cuenta que la nueva disposición adicional 53ª LGSS no suprime el tope máximo del importe de los complementos por mínimos, igual al importe de las pensiones no contributivas de seguridad social (jubilación e invalidez), de conformidad con el artículo 59.4 LGSS, también reformado por el Real Decreto-ley 2/2023. De hecho, en la Recomendación número 15 de la versión de 2020 del Pacto de Toledo se insiste en la conveniencia de seguir topando el importe de los complementos por mínimos a partir de la cuantía de las pensiones no contributivas de seguridad social. La pervivencia del referido tope máximo, pensado para no desincentivar excesivamente la cotización a la seguridad social, será un obstáculo en la consecución del objetivo de la lucha contra la pobreza de los pensionistas de seguridad social, bien es cierto que corregido en buena medida por el incremento de las propias pensiones asistenciales de seguridad social, en los términos que se abordan a continuación.

En efecto, también las pensiones no contributivas de seguridad social serán progresivamente incrementadas entre los años 2024 a 2026 para procurar la convergencia con el umbral de la pobreza, y desde el año 2027 la convergencia habrá de ser plena. Lo que cambia es la determinación misma del umbral de la pobreza objeto de las referidas convergencias primero progresiva y después plena. Un umbral de la pobreza calculado mediante la aplicación de un un factor multiplicador más bajo que el de las pensiones contributivas mínimas, del 0,75 en lugar del 1,5. Recuérdese que el umbral de la pobreza resultado de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE es el de los hogares unipersonales. Sobre dicho umbral se aplican los factores multiplicadores, en este caso del 0,75; se insiste.

Dos consideraciones finales. Primera y más importante, la nueva disposición adicional 53ª LGSS constituye un marco normativo no autosuficiente, que precisa de la implementación anual de las correspondientes medidas, empezando por el cálculo actualizado del umbral de la pobreza y continuando con todo lo demás. Sucede, sin embargo, que dichas medidas no se encomiendan sin más a la Administración de la seguridad social, sino nada más y nada menos que al legislador presupuestario anual. Lo que significa que dicho legislador con total libertad (*lex posterior y lex specialis*) podrá en cada anualidad atenerse escrupulosamente a lo dispuesto por la disposición adicional 53ª LGSS, o bien apartarse en los términos que sean, *in peius o in melius*. Algo nada infrecuente, como es de sobre sabido, en materia de revalorización anual de las pensiones de seguridad social, contributivas (mínimas o no) y no contributivas o asistenciales.

Y segunda consideración final, la monitorización permanente de la novedad legislativa que se viene describiendo por parte del Gobierno de la nación, con informe anual dirigido a la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, mereciendo la perspectiva de género un especial énfasis en el informe anual en cuestión, tal y como dispone el apartado 7º de la nueva disposición adicional 53ª LGSS.

VI. A modo de conclusión

La principal conclusión del presente estudio es que la perspectiva de género proyectada sobre el sistema de seguridad social ha llegado para quedarse y para asumir un protagonismo creciente, similar al que tiene en el ámbito laboral, con mayor historia detrás. En este sentido, la versión de 2020 del Pacto de Toledo supone un decisivo espaldarazo en el plano político, profusamente secundado en el terreno legislativo por las diferentes intervenciones legislativas que son objeto de somero análisis en este trabajo, más otras más sin tratamiento por falta de espacio. Y a ello habría de añadirse la cada día más relevante jurisprudencia con perspectiva de género, con incesantes manifestaciones en materia de seguridad social en los últimos años.

Tanto las intervenciones legislativas de los últimos años como la todavía joven jurisprudencia con perspectiva de género merecen *grosso modo* una valoración positiva y constituyen el camino por el que habrá que seguir transitado en lo sucesivo. Ni que decir tiene que no faltan soluciones normativas y judiciales susceptibles de crítica, algunas de ellas introducidas en este trabajo, pero sin que ello suponga desmerecer la positiva visión de conjunto.

Particular mención merecen las acciones positivas a favor de las mujeres como el complemento para la reducción de la brecha de género, la integración de las lagunas de cotización para la pensión por jubilación y las que pudieran implementarse en el futuro. Resulta fundamental tener muy presente que no basta con querer combatir la odiosa brecha de género en materia de pensiones, como no basta tampoco con la audacia de afrontar el combate mediante acciones positivas, siendo igual de importante diseñar técnicamente las acciones positivas de conformidad con las formas jurídicas que más posibilidades tengan de prosperar, de salvar airoosamente el siempre complicado desafío del control multinivel de los derechos fundamentales, del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, en este caso.

Con el vetusto Derecho antidiscriminatorio europeo (por razón de sexo) en materia de seguridad social (Directiva 79/7) y con la restrictiva interpretación del TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) en lo tocante a las acciones positivas a favor de las mujeres del artículo 157.4 TFUE, el legislador español, sin renunciar a la audacia, tendría que tener siempre muy presente el elevado riesgo de precipitarse por el mismo despeñadero por el que lo hizo el superado complemento por maternidad del año 2015. Audacia controlada, en definitiva, con especial sensibilidad hacia la corresponsabilidad parental que tanta influencia tiene en todas y cada una de las instituciones de la Unión Europea, TJUE incluido. En este sentido, quizá debería aprovechar el Gobierno español la presidencia semestral de la Unión Europea, en la segunda mitad del año 2023, para poner en marcha una reforma de la vetusta Directiva 79/7, introduciendo en la misma mecanismos explícitos de acción positiva a favor de las mujeres, que otorguen a los legisladores nacionales un mayor margen del que disfrutaban en la actualidad al tiempo que faciliten la siempre escurridiza seguridad jurídica.

La reforma de las pensiones en el RD Ley 2/2023, de 16 de marzo

The pension reform in RD Law 2/2023, March 16

Cristina Aragón Gómez*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

ORCID ID: 0000-0003-0849-8299

Recibido: 7/7/2023

Aceptado: 18/7/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7941

Resumen: El RD Ley 2/2023 acomete importantes modificaciones legislativas en materia de pensiones con las que se viene a culminar el proceso de reformas derivado del Pacto de Toledo y del compromiso 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. A través de esta reforma -que es fruto del acuerdo adoptado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas- se pretende lograr la sostenibilidad del sistema sin perjudicar la equidad y la suficiencia prestacional.

Palabras clave: Reforma de las pensiones, sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Real Decreto Ley 2/2023, Componente 30.

Abstract: RD Ley 2/2023 undertakes important legislative modifications in the field of pensions with which the reform process derived from the Pact of Toledo and commitment 30 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan is completed. Through this reform -which is the result of the agreement adopted between the Government and the most representative union organizations- it is intended to achieve the sustainability of the system without harming equity and the sufficiency of benefits.

Keywords: Pension reform, sustainability of the Social Security system, evaluation report and reform of the Pact of Toledo, component 30 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan, Royal Decree Law 2/2023, Component 30.

*cristina.aragon@der.uned.es

I. Un cambio de rumbo

Nuestro sistema de Seguridad Social se enfrenta a una importante crisis de financiación que obedece, entre otras causas, al aumento de la esperanza de vida y al cercano acceso de la generación *baby boom* (que aglutina a los nacidos entre finales de 1950 y finales de 1970) a la pensión de jubilación. Y, desde hace varias décadas, nuestro legislador viene mostrando una especial preocupación por la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones. Su reacción ante este reto no es ni mucho menos nueva, sino que se remonta a los años ochenta. En efecto, ya entonces, la Ley 26/1985¹ endureció los requisitos de acceso a las prestaciones y amplió el período computable en la base reguladora, con el fin de reducir la intensidad de la protección.

Las normas que se han sucedido desde esa fecha han ahondado en esta misma línea restrictiva, provocando una progresiva reducción de la tasa de sustitución o de reemplazo de las prestaciones. En este sentido, la Ley 24/1997² no sólo volvió a ampliar el período computable en la base reguladora de la pensión de jubilación, sino que redujo el porcentaje aplicable sobre la misma. Además, estableció la separación de las fuentes de financiación e impuso la obligación de constitución de reservas con cargo a excedentes.

Dentro de este contexto, la Ley 40/2007³ puede concebirse como una reforma de ajuste; si bien conviene destacar que sí endureció, aunque de forma indirecta, el acceso a la pensión de jubilación, pues aunque no modificó el período de cotización requerido, sí cambió la forma en que se computa el mismo, al no tener ya en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Mayor entidad tuvo, sin embargo, la reforma introducida por la Ley 27/2011⁴, que persiguió una importante reducción de los costes, retrasando progresivamente la edad de acceso a la pensión de jubilación, ampliando por tercera vez el período computable en la base reguladora y reduciendo nuevamente el porcentaje aplicable sobre la misma.

Las reformas legislativas del año 2012 incidieron en la reducción del gasto a través de otras vías; en concreto, mediante: a) la prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa (DF 4ª Ley 3/2012); b) una rectificación a la baja de las reglas de integración de lagunas (DF 20ª Ley 3/2012); y c) un duro recorte de la tasa de sustitución de la prestación de desempleo (art. 17.Cuatro RD-Ley 20/2012⁵). Se evidenció además un claro propósito por incrementar los ingresos, para lo cual se aumentó la base máxima de cotización en un 5%, -la subida más alta desde el año 1993- (art. 113 Ley

¹ 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 (BOE 1-8-1985, núm. 183).

² Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 16-7-1997, núm. 169).

³ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-12-2007, núm. 291).

⁴ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, núm. 184).

⁵ RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14-7-2012, núm. 168).

17/2012⁶), se determinó el carácter cotizable de determinados conceptos de naturaleza extrasalarial (art. 17.Dos RD-Ley 20/2012) y se suprimieron las bonificaciones y reducciones en las cuotas que podríamos denominar «históricas» (DT 6ª RD-Ley 20/2012).

Las modificaciones adoptadas a lo largo del año 2013 ahondaron en esta misma lógica de reducir el gasto, de un lado, y de incrementar los recursos del sistema, de otro. Así, el RD-Ley 5/2013⁷ endureció el régimen jurídico de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial, dificultando el acceso a la prestación e incrementando el coeficiente penalizador aplicable. Por su parte, el RD-Ley 16/2013⁸ dio una nueva redacción del art. 109.2 LGSS 1994 de conformidad con la cual aumentaron significativamente los conceptos que integran la base de cotización. Y la Ley 23/2013⁹ creó el factor de sostenibilidad de las pensiones (que reducía la cuantía de la pensión de jubilación en función a cómo aumentara la esperanza de vida) y el índice de revalorización anual (en virtud del cual se pasó de un sistema de revalorización según el IPC a un criterio de revalorización en función de la situación financiera del sistema).

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, las reformas acometidas hasta ese momento se centraron principalmente en reducir los gastos del sistema. Pero tras todos estos años de recortes en la protección social, se aprecia un cambio de rumbo que vira hacia los ingresos para intentar asegurar la sostenibilidad financiera de las pensiones¹⁰.

En efecto, el 19-11-2020 se aprobó el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo que recogía un conjunto de recomendaciones que marcaban las líneas de actuación en materia de pensiones durante los próximos años¹¹. Y el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 16-6-2021 (en adelante PRTR), relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones, previó un conjunto de reformas con las que dar cumplimiento a las principales recomendaciones del Pacto de Toledo.

Pues bien, el modo en que se ha dado cumplimiento a estos compromisos ha sido a través de reformas parciales y sucesivas en el tiempo. Una parte de esas reformas se acometió con la Ley 21/2021¹² que garantizó el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a través de un criterio de revalorización vinculado a la evolución de la inflación durante el ejercicio anterior. Además, derogó el factor de sostenibilidad y procuró favorecer la prolongación de la vida activa a través de diferentes medidas: a) promoviendo el

⁶ Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013 (BOE 28-12-2012, núm. 312).

⁷ RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE 16-3-2013, núm. 65).

⁸ RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21-12-2013, n 205).

⁹ Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social (BOE 26-12-2013, núm. 309).

¹⁰ PÉREZ DEL PRADO, Daniel. “La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social. ¿Cambio de rumbo en la sostenibilidad de las pensiones?”. *Temas Laborales*, 2022, núm. 163, p. 34.

¹¹ BOCG 10-11-2020, núm. 175, serie D.

¹² 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 (BOE 29-12-2021, núm. 312).

retiro a edades más próximas a la edad legal de jubilación para acercar la edad efectiva y la edad ordinaria; y b) incentivando la jubilación demorada¹³.

Una segunda fase de reformas se ha acometido con el RD Ley 13/2022¹⁴ que modifica el sistema de financiación del RETA, imponiendo la cotización en función de los rendimientos. Como bien sabemos, en el RETA, la base de cotización era elegida por el propio profesional autónomo entre unos límites mínimo y máximo, al margen de los ingresos obtenidos o del tiempo de dedicación a dicha actividad profesional. De esta forma, la cuota a pagar dependía de la base elegida, al margen de la capacidad económica real del propio profesional. Este sistema de financiación presentaba una importante ventaja: la sencillez administrativa, pues evitaba tener que controlar los ingresos o el tiempo de dedicación del trabajador autónomo, con las dificultades prácticas que ello implica. En contrapartida, el sistema provocaba dos efectos opuestos claramente disfuncionales: De un lado, este sistema de cotización generaba una sobrecarga económica a los profesionales autónomos que contaban con ingresos bajos. De otro, los profesionales autónomos con ingresos elevados se beneficiaban de la libertad de opción en la elección de la base de cotización que ofertaba el RETA, decantándose mayoritariamente por la base mínima, de forma que su aportación al sistema público de pensiones no se correspondía con su capacidad económica. En definitiva, el resultado de esta regulación era un régimen insolidario y deficitario cuya sostenibilidad dependía de las aportaciones de otros regímenes.

Fruto del diálogo social entre el Gobierno, los agentes sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y las principales asociaciones de autónomos (ATA, UPTA y UATAE), se aprobó el RD Ley 13/2022 y, en virtud de esta reforma legislativa, a partir del año 2032, desaparecerá la posibilidad de elección de la base de cotización en el RETA, imponiéndose a los autónomos la obligación de cotizar en función de los rendimientos obtenidos en el ejercicio de sus actividades económicas, empresariales o profesionales, dentro de los límites de las bases de cotización máxima y mínima que se determinen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (DA 1ª RD Ley 13/2022). De esta forma, a partir del año 2032, las personas trabajadoras autónomas no podrán cotizar por debajo de lo que obtienen, ni por encima de lo que ingresan.

Pero durante un período transitorio que se prolonga desde el 1-1-2023 hasta el 31-12-2031, se establece una cotización por tramos en función del rendimiento neto. Cada uno de esos tramos, tiene asignada una base mínima y una base máxima de cotización y se permite al autónomo, dentro de dichos márgenes, la elección de la correspondiente base de cotización. Se mantiene así con carácter temporal la posibilidad de elección de la base de cotización, aunque esa libertad se reduce sustancialmente, pues los márgenes se constriñen, en la medida en que la elección debe producirse dentro del tramo que corresponda a los rendimientos obtenidos.

¹³ Lo que ha sido desarrollado por el Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo (BOE 17-5-2023, núm. 117).

¹⁴ Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (BOE 27-7-2022, núm. 179).

Pues bien, el RD Ley 2/2023¹⁵ viene a culminar el proceso de reformas derivado del Pacto de Toledo y del PRTR. Con esta reforma, que es fruto del acuerdo adoptado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, se pretende lograr la sostenibilidad del sistema sin perjudicar la equidad y la suficiencia prestacional. Se trata de una modificación legislativa de enorme calado que hubiera merecido, sin lugar a duda, que se respetara el preceptivo trámite parlamentario. A lo largo del presente trabajo, nos centraremos en el análisis de aquellas medidas contenidas en el RD Ley 2/2023, que afectan a la sostenibilidad financiera del sistema y al régimen jurídico de las pensiones.

II. Medidas para reforzar la capacidad financiera del sistema

Con el objeto de reforzar la capacidad financiera de la Seguridad Social, el RD Ley 2/2023 prevé tres importantes medidas encaminadas a incrementar los ingresos del sistema en los próximos treinta años: a) el mecanismo de equidad intergeneracional; b) el incremento gradual de la base máxima de cotización; y c) la cotización adicional de solidaridad. Vamos a analizar cada una de esas medidas con detenimiento.

2.1. *El mecanismo de equidad intergeneracional*

En cumplimiento de la reforma 2ª del componente 30 del PRTR, la Ley 21/2021 derogó, como hemos apuntado, el factor de sostenibilidad de las pensiones. Y, en contrapartida, creó el mecanismo de equidad intergeneracional (en adelante, MEI). Si recordamos, el factor de sostenibilidad se definió como un instrumento que permitía vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida, ajustando las cuantías que percibirían aquellos que se jubilasen en similares condiciones en momentos temporales diferentes (art. 1 Ley 23/2013). Con ello, el legislador pretendía equiparar el monto global de la pensión que percibirían las diferentes cohortes de pensionistas, teniendo en cuenta, de un lado, la cuantía mensual de la prestación y, de otro, el período durante el cual se cobraría la misma. De esta forma, si la esperanza de vida aumentaba y, en consecuencia, los años de percepción de la pensión de jubilación también, su cuantía mensual se reducía.

La entrada en vigor del factor de sostenibilidad se previó inicialmente para el 1-1-2019, pero la LPGE 2018¹⁶ demoró su aplicación hasta el día 1-1-2023, salvo que, por acuerdo adoptado en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, se fijara otra fecha anterior (DF 38ª LPGE 2018). Pero

¹⁵ Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE 17-3-2023, núm. 65).

¹⁶ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE 4-7-2018, núm. 161).

con la aprobación de la Ley 21/2021, el factor de sostenibilidad no ha llegado a aplicarse en la práctica.

En contrapartida, se ha aprobado el MEI, cuyo origen se basa en un acuerdo entre el Gobierno y los dos sindicatos más representativos, sin el respaldo de las organizaciones empresariales. El MEI representa una cotización adicional con vigencia temporal con la que se pretende nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social para poder hacer frente al incremento del gasto en pensiones producido por la jubilación de la generación *baby boom*. Su objetivo, por tanto, es resolver las necesidades adicionales de financiación que pueda precisar el sistema de la Seguridad Social como consecuencia de la creciente tensión demográfica. De esta forma, con el MEI, los recursos del fondo de reserva ya no dependen de los excedentes de cotizaciones sociales en cada ejercicio económico, sino de una cotización fija y estable de carácter finalista (art. 118.4 LGSS) que se integrará en las dotaciones del fondo de forma automática (art. 120.2 LGSS).

En su diseño inicial, el MEI se concretaba en un 0,6% de la cotización por contingencias comunes (del cual la empresa asumía el 0,5% y el trabajador el 0,1%) e iba a resultar aplicable durante un período de diez años; concretamente, desde el año 2023 hasta el año 2032 (DF 4ª Ley 21/2021). Y a partir de esa fecha se decidiría, en función del gasto previsto, si disponer de esos fondos o si negociar la adopción de medidas más drásticas (como el aumento de los ingresos o la reducción de los gastos en pensiones).

Pero la reforma de 2023 ha duplicado el tipo de cotización correspondiente al MEI y prácticamente ha triplicado el período de tiempo durante el cual va a resultar aplicable. En efecto, como hemos apuntado, su vigencia no concluirá en la fecha inicialmente prevista (en el año 2032), sino en el 2050, por lo que se mantendrá por casi tres décadas. Además, el tipo de cotización pasa del 0,60% al 1,2%, si bien, se prevé al respecto una aplicación paulatina¹⁷:

Año	Porcentaje		
	Empresa	Trabajador	Total
2023	0,50	0,10	0,60
2024	0,58	0,12	0,70
2025	0,67	0,13	0,80
2026	0,75	0,15	0,90
2027	0,83	0,17	1,00
2028	0,92	0,18	1,10
2029-2050	1,00	0,20	1,20

Pues bien, de acuerdo con el nuevo art. 217 bis LGSS, este tipo de cotización adicional resulta aplicable en todos los regímenes de la Seguridad Social y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación¹⁸. En el RETA, los trabajadores autónomos soportarían el 100% del coste, mientras que en el Régimen Gene-

¹⁷ DT 43ª LGSS añadida por el art. único.43 RD Ley 2/2023.

¹⁸ En consecuencia, esta cotización adicional no afectará a quienes se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los arts. 152 y 153 LGSS (Boletín Noticias Red núm. 3/2023, de 23-2-2023).

ral, la empresa asumiría el 1% y el trabajador el 0,2. No obstante, en el caso de que se modifique la estructura de distribución de la cotización entre empresa y trabajador por contingencias comunes esta cotización finalista se ajustaría a la nueva estructura.

El legislador advierte, además, que: a) esta cotización adicional no puede ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna; y b) no tiene incidencia en la protección, pues no es computable a efectos de prestaciones. En la medida en que este aumento de la cuota se articula a través de un incremento del tipo de cotización y no a través de la subida de la base (a diferencia de lo que ocurrió con las reformas llevadas a cabo por el RD-Ley 20/2012 y RD-Ley 16/2013)¹⁹, no va a tener repercusión en la intensidad de la acción protectora.

2.2. El incremento gradual de la base máxima de cotización

En nuestro ordenamiento jurídico, la base de cotización -que se calcula sobre los ingresos- determina el *quantum* de la contribución económica del sujeto a la Seguridad Social, en la medida en que representa una de las variables sobre las que se calcula la cuota. Además, en el nivel contributivo sirve de referente en el cálculo de la cuantía de las prestaciones futuras pues, con carácter general, el importe de las prestaciones representa un porcentaje sobre una base reguladora que se determina en función de las bases por las que se ha cotizado con carácter previo. Se asegura con ello una cierta correlación entre los ingresos (como renta de activo) y la prestación (como renta de sustitución), de forma que la base de cotización cumple una importante labor de conexión entre los ingresos profesionales y la intensidad de la cobertura del sistema de la Seguridad Social. La base de cotización desempeña así una finalidad doble o mixta, pues además de cumplir una función recaudadora, interviene como eslabón en la relación dialéctica salario-cotización-prestación.

Según el art. 19.2 LGSS, el importe de la base de cotización se encuentra limitado por una base mínima y por una base máxima, de forma que no cabe realizar aportaciones al sistema por un umbral inferior a este suelo, ni superior a este techo. Pues bien, el establecimiento de un tope máximo de cotización provoca un doble efecto: En primer lugar, esta figura confiere carácter regresivo al propio sistema por cuanto las rentas salariales más altas quedan liberadas de tributar en la cuantía que excede del tope²⁰. Y, en segundo lugar, el tope máximo de cotización opera como límite de aquellas prestaciones cuya cuantía se calcula en función de las bases de cotización previas, representando de esta forma el techo de aseguramiento del sistema público de protección. Al impedir la

¹⁹ Que incrementaron sustancialmente los conceptos computables en la base de cotización, al objeto de que se contabilizaran partidas de clara naturaleza extrasalarial que antes quedaban exentas.

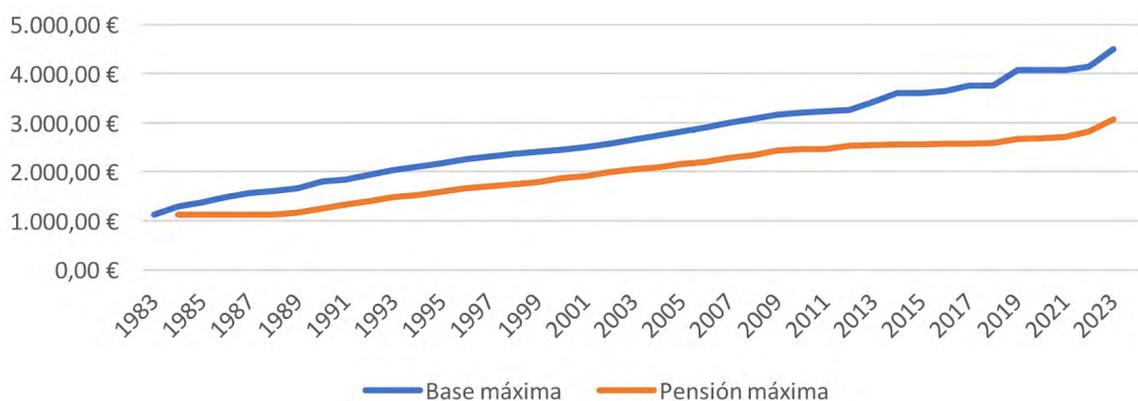
²⁰ VILLA GIL, Luis Enrique de la; DESDENTADO BONETE, Aurelio. *Manual de Seguridad Social*. 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 1979, p. 298. GETE CASTRILLO, Pedro. *El nuevo Derecho Común de las pensiones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 1997, p. 424; VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La pensión de jubilación máxima. El tope de la pensión de jubilación”. En: LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*. Madrid: Iustel, 2007, p. 973.

cotización por encima de un determinado umbral fijado por el legislador, se rompe la equivalencia entre las rentas de activo y las de pasivo, en la medida en que a partir de este nivel, la prestación únicamente suple una parte de los ingresos del beneficiario. Dicho en otros términos, la equivalencia entre la cuantía de la prestación y el salario percibido por el beneficiario, a partir del umbral representado por el tope de cotización, se concibe por el legislador, más que suficiente, excesivo y no merece la cobertura del sistema.

El importe de la base mínima de cotización se encuentra conectado con la revisión del salario mínimo interprofesional (pues, con base en el art. 19.2 LGSS representa dicha cuantía incrementada en un sexto). Por lo tanto, el propio legislador prevé su revalorización periódica en relación con la evolución de los salarios. Sin embargo, la ley no garantizaba el incremento automático de la base máxima de cotización, limitándose a advertir que su cuantía sería la fijada para cada año por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Pero, tras la modificación realizada por el art. único.Uno RD-Ley 2/2023 (que confiere una nueva redacción al art. 19.3 LGSS), se garantiza la actualización anual de la base máxima de cotización en el mismo porcentaje que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas, de acuerdo con el art. 58 LGSS. De esta remisión legislativa se deduce que la base máxima de cotización se revisará a comienzo de cada año en función de la variación interanual del IPC en los doce meses previos a diciembre del año anterior. No obstante, la reforma prevé un incremento adicional que aumentará, durante las próximas décadas, la brecha ya existente entre la base máxima y el tope máximo de pensiones.

Originariamente, el importe de la base máxima de cotización a la Seguridad Social coincidía con la cuantía de la pensión máxima. Pero, con el tiempo, ambos importes se han ido distanciando. El siguiente gráfico representa la evolución que ha sufrido desde sus orígenes, la cuantía de la base máxima de cotización en relación con la pensión máxima. Como se aprecia con claridad, la cuantía de la pensión máxima se equiparaba inicialmente con el límite de las bases de cotización. Desde entonces, representan importes distintos y la distancia entre ambos se ha ido incrementando de forma paulatina. De hecho, a día de hoy, la diferencia asciende a 1.436,50 € (4.495,50 € - 3.059 €) y a 926,67 € si comparamos la base máxima con la pensión máxima incrementada en un

Evolución de la pensión máxima en comparación con la base máxima de cotización.



Fuente: Elaboración propia.

sexto²¹ (4.495,50 € - 3.568,83 €). Dicho en otros términos, si los comparamos en términos anuales, el techo prestacional representa en la actualidad un 79,38% de la base máxima de cotización.

Y esta interacción de la base máxima y la pensión máxima está produciendo una importante modificación en la estructura distributiva de la Seguridad Social, pues está variando la relación dialéctica cotización-prestación, favoreciendo una asistencialización del sistema. De esta forma, la tasa de reemplazo de los trabajadores con retribuciones por encima de la base máxima está siendo cada vez menor y cada vez hay más individuos con derecho a percibir la pensión máxima. En definitiva, se trata de una medida que ha venido alterando la propia lógica del nivel contributivo, pero que ha pasando prácticamente desapercibida para la opinión pública y de ahí que algunos autores se hayan referido a ella como una “reforma silenciosa o encubierta”²².

Pues bien, esta distancia entre la base máxima y la pensión máxima se va a incrementar aún más en los próximos años. En cumplimiento de la reforma 6ª del componente 30 del PRTR, la DT 38ª LGSS²³ prevé un incremento adicional de la base máxima de cotización de 1,2 puntos porcentuales de carácter anual, que resultará aplicable desde el año 2024 hasta el año 2050. En consecuencia, si partimos de una base de cotización máxima de 4.495,50 € y la inflación fuese del 0%, el crecimiento real de la base después de ese período de 27 años sería del 38%²⁴.

Pero esta mayor contribución al sistema no va a tener reflejo equivalente -al menos, con carácter temporal- en las pensiones futuras, por cuanto el importe de la pensión máxima no se va a ver incrementado en la misma proporción. En efecto, el art. 58.2 LGSS indica que todas las pensiones del sistema de Seguridad Social (incluyendo, por tanto, la pensión máxima) se revalorizarán en función de la evolución del IPC durante el año anterior. Y la DT 39ª advierte que, desde el año 2025 y hasta el año 2050, la cuantía máxima de las pensiones que se causen a partir de ese año se incrementará adicionalmente en 0,115 puntos porcentuales, por lo que el incremento total acumulado ascendería, en el año 2050 a 3,03%. Un incremento que, según el preámbulo del RD Ley 2/2023, compensaría la mayor carga que va a suponer para algunos trabajadores el incremento de la cotización.

Ahora bien, a partir del año 2051 (tras reducirse la presión financiera derivada de la jubilación de la generación *baby boom*) se iniciaría un proceso de convergencia. Concretamente, desde el año 2051 y hasta el año 2065, el incremento anual adicional aplicable para determinar el importe de la pensión máxima sería el siguiente:

²¹ Teniendo en cuenta que, con base en el art. 46.1 LGSS, las pensiones contributivas derivadas de contingencias comunes serán satisfechas en catorce pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

²² CONDE-RUIZ, J. Ignacio y GONZÁLEZ, Clara I., La «reforma silenciosa»: los efectos de los límites máximos y mínimos (de cotización y pensiones) sobre la sostenibilidad del sistema. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, 54 p.

²³ Añadida por el art. único.38 RD Ley 2/2023.

²⁴ ANGHEL, Brindusa, PUENTE DÍAZ, Sergio y RAMOS, Roberto. “Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobada en 2023”. *Boletín Económico Banco de España*, 2023, núm. 2, p. 3, nota al pie núm. 4.

Año	Incremento
2051	3,2
2052	3,6
2053	4,1
2054	4,8
2055	5,5
2056	6,4
2057	7,4
2058	8,5

Año	Incremento
2059	9,8
2060	11,2
2061	12,7
2062	14,3
2063	16,1
2064	18,0
2065	20,0

Y ya en el año 2065 se valoraría “en el marco del diálogo social la conveniencia de mantener el proceso de convergencia hasta alcanzar un incremento total de 30 puntos porcentuales” (DT 39ª LGSS). De esta forma, la subida de la pensión máxima se difiere en el tiempo, lo que provoca un crecimiento asimétrico o, dicho en otros términos, un “decalaje temporal” con el objetivo de maximizar los ingresos -sin un significativo aumento de los gastos- en el momento en el que las tensiones financieras van a ser más fuertes²⁵.

Pero adviértase que este incremento adicional únicamente resulta aplicable a las pensiones que se causen a partir del año 2025. Las pensiones causadas con carácter previo, cuya cuantía a 31-12-2024 estuviese limitada por aplicación del límite máximo establecido en la LGSS para ese año, únicamente se actualizarán con el incremento previsto en el art. 58.2 LGSS. En definitiva, solo quienes se vean afectados por la subida de la base máxima de cotización se beneficiarán de la correlativa subida de la pensión máxima.

2.3. La cotización adicional de solidaridad

Al margen del incremento gradual de la base máxima de cotización (analizado en el epígrafe anterior), el RDL 2/2023 añade un nuevo art. 19 bis a la LGSS con el fin de imponer una cotización adicional de solidaridad a los trabajadores que perciban unos ingresos por encima de este umbral. A tal efecto, se establecen tres tramos de rendimientos (en función del porcentaje de exceso sobre la base máxima) a los que corresponde un tipo de cotización progresivo:

Tramo	Tipo ¹
Desde la BM hasta un 10 % adicional	5,50 %
Desde el 10% hasta el 50% adicional	6,00 %
A partir del 50% adicional de la BM	7,00 %

¹ Se prevé que el tipo de cotización mantenga la misma proporción empresario/trabajador que el tipo de cotización general por contingencias comunes (DT 42ª LGSS, añadida por el art. único.42 RDLey 2/2023).

²⁵ Para MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2023, núm. 473, p. 32, estamos ante “una solución imaginativa que permite eludir incrementos extraordinarios por pensiones máximas a buena parte de la generación del baby boom”.

Pues bien, aunque esta concreta reforma entrará en vigor el 1-1-2025, se prevé una aplicación paulatina que se va a prolongar por un período de veinte años, de manera que hasta el año 2045 no se alcanzará el tipo definitivo.

Año	Tipo de cotización (en %)		
	Desde la BM hasta un 10 % adicional	Desde el 10% hasta 50% adicional	A partir del 50% adicional de la BM
2025	0,92	1,00	1,17
2026	1,15	1,25	1,46
2027	1,38	1,50	1,75
2028	1,60	1,75	2,04
2029	1,83	2,00	2,33
2030	2,06	2,25	2,63
2031	2,29	2,50	2,92
2032	2,52	2,75	3,21
2033	2,75	3,00	3,50
2034	2,98	3,25	3,79
2035	3,21	3,50	4,08
2036	3,44	3,75	4,38
2037	3,67	4,00	4,67
2038	3,90	4,25	4,96
2039	4,13	4,50	5,25
2040	4,35	4,75	5,54
2041	4,58	5,00	5,83
2042	4,81	5,25	6,13
2043	5,04	5,50	6,42
2044	5,27	5,75	6,71
2045	5,50	6,00	7,00

Esta cotización adicional tiene una finalidad puramente recaudatoria, pues no se computa a efectos de prestaciones. En efecto, en la medida en que el importe de la base de cotización no se ve modificado, el incremento de la cuota no tiene ninguna incidencia en la intensidad protectora, logrando así someter a gravamen la remuneración total sin que ello suponga un correlativo incremento de los gastos.

Por tanto, partiendo de lo anteriormente expuesto, en el año 2025, se verán afectados por esta reforma quienes obtengan ingresos por encima de los 53.946 €²⁶. Pero, evidentemente, el impacto de esta medida irá siendo absorbido por el incremento gradual de la base máxima de cotización. Y precisamente por ello, en el año 2045 (al finalizar el período transitorio), esta cotización adicional resultará aplicable a quienes perciban una retribución superior a los 74.500 € (aproximadamente).

Una de las dudas que suscita la reforma es si esta cotización adicional de solidaridad resulta aplicable a los profesionales por cuenta propia. El art. 19 bis LGSS se

²⁶ Resultado de multiplicar el actual importe de la base máxima de cotización (4.495,50 €) por doce mensualidades.

remite al art. 147 LGSS (que, como sabemos, fija los criterios de cálculo de la base de cotización en el Régimen General) y hace expresa alusión a las personas trabajadoras por cuenta ajena a los que resulte de aplicación dicho artículo. De lo expuesto, parece desprenderse que los trabajadores del RETA no se ven afectados por esta medida. No obstante, la doctrina más solvente entiende que dicha cotización adicional sí resultaría aplicable a los autónomos, por cuanto en materia de cotización, liquidación y recaudación se aplican, a este régimen especial, las normas establecidas en el capítulo III del título I (art. 308.2 LGSS)²⁷. No se trata, sin embargo, de una opinión unánime. Maldonado Molina²⁸ defiende que el RETA queda excluido del ámbito de aplicación de esta medida. Y se funda para ello en un argumento importante: las personas que trabajan por cuenta propia en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar deben realizar esta aportación de solidaridad por expresa previsión legal (recogida en la nueva DA 5ª Ley 47/2015²⁹); una previsión que no se ha realizado con respecto al régimen de autónomos. Y, humildemente, es una opinión que comparto, al menos, en parte. No olvidemos que el sistema de financiación del RETA se encuentra en pleno período de transición y que, hasta el año 2032, los profesionales por cuenta propia pueden elegir entre una base mínima y una base máxima dentro del tramo que les corresponda en función de sus ingresos netos. Imponerles esta cotización adicional a partir del año 2025 supondría dejar vacío de contenido este período de transición y vulnerar el acuerdo alcanzado en el diálogo social. Pero, obviamente, una vez concluya el período de transición, los profesionales del RETA se deberían ver afectados por esta cuota adicional de solidaridad, con base en el art. 308.2 LGSS anteriormente mencionado.

2.4. Valoración de las medidas dirigidas a incrementar los ingresos del sistema

Las medidas adoptadas por el RD Ley 2/2023 para incrementar los ingresos del sistema merecen una valoración positiva. Según el Banco de España, la suma de estas tres medidas ascendería al 0,60% del PIB en 2030 y al 0,9% del PIB en 2050³⁰. Una estimación que coincide con la proporcionada por la AIREF y por Fedea³¹ y sería algo inferior a los

²⁷ LÓPEZ GANDÍA, Juan. “Las recientes reformas de Seguridad Social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo”. *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101, p. 37.

²⁸ MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2023, núm. 475, p. 19.

²⁹ Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE 22-10-2015, núm. 253). Y, en este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. “Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2023, núm. 35, p. 16, entienden que la cotización adicional de solidaridad únicamente es aplicable en el Régimen General.

³⁰ ANGHEL, Brindusa, PUENTE DÍAZ, Sergio y RAMOS, Roberto. “Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobada en 2023”. *Boletín Económico Banco de España*, 2023, núm. 2, p. 12.

³¹ DE LA FUENTE, Ángel. “Los efectos presupuestarios de la reforma de las pensiones de 2021-23: i) Las medidas del Real Decreto-Ley 2/2023”. *Estudios sobre Economía Española*, 2023, núm. 9.

cálculos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que eleva el impacto de los cambios normativos al 1,1% del PIB³².

Por lo que respecta al MEI, me parece acertado que el incremento de la cuota se haya articulado a través de una subida del tipo de cotización. Si recordamos, las reformas adoptadas por el RD Ley 20/2012 y el RD Ley 16/2013 también persiguieron el aumento de los ingresos, pero lo hicieron aumentando la otra variable de la fórmula, esto es, la base de cotización (incorporando en la misma conceptos retributivos de carácter claramente extrasalarial). El problema es que el incremento de la base tiene incidencia en las prestaciones futuras, por lo que conlleva un correlativo incremento del gasto. Y para colmo provoca que las prestaciones sean sustitutivas de unos gastos asumidos con ocasión del trabajo (plus transporte, cheques restaurante, etc.) que, en esencia, no se producirán durante los períodos de inactividad, lo que genera una clara asimetría entre lo que puede considerarse salario con base en el art. 26 ET y lo que integra la base de cotización, distorsionando la dialéctica salario-cotización-prestación.

Además, hemos de tener en cuenta que esta subida de la cuota (que se adoptó sin la aquiescencia de la patronal, que entendió que tendría un impacto negativo sobre el empleo³³) no es especialmente elevada. Para un salario medio de 2.500 € mensuales, el MEI representa un gasto de 25 € adicionales para la empresa y de 5 € para el trabajador. Y, de hecho, esta subida no compensa las bajadas de tipo que se produjeron entre los años 1980 y 1995 y que ascendieron a un total de seis puntos³⁴, tal y como se detalla al pie:

Responsable del pago	Año								Diferencia
	1979-1980	1981	1982	1983	1984	1985-1992	1993-1994	1995-2022	
Empresario	29,15	28,14	27,28	25,8	24,3	24	24,4	23,6	-5,55
Trabajador	5,15	4,96	4,82	4,8	4,8	4,8	4,9	4,7	-0,45
Total	34,3	33,1	32,1	30,6	29,1	28,8	29,3	28,3	-6

Por último, me interesa destacar que el MEI -a diferencia de lo que ocurría con el factor de sostenibilidad que reducía el gasto en pensiones modulando la cuantía de la pensión de jubilación de forma indefinida- incide en el nivel de ingresos por un período de tiempo limitado; aunque es cierto que especialmente amplio (de 2023 a 2050).

Por lo que respecta al incremento gradual de la base máxima de cotización y a la cuota adicional de solidaridad, ambas medidas me parecen igualmente acertadas, pues la existencia de este tope introduce un factor regresivo, dado que, a partir de un determina-

³² <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2023/150323-pacto-toledo-presentacion.pdf>

³³ En este línea, BLAZQUEZ AGUDO, Eva. “El mecanismo de equidad intergeneracional”. Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publicado el 22-11-2021. Disponible en internet: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/11/MEI.pdf>, considera que el MEI no parece “el sistema más adecuado para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones en estos momentos”.

³⁴ Como con acierto advirtió TORTUERO PLAZA, José Luis. “El mecanismo de equidad intergeneracional”. Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publicado el 22-11-2021. Disponible en internet: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/11/MEI.pdf>

do plafón, el importe de la cuota representa un porcentaje cada vez menor con respecto a las rentas del sujeto. Y, como afirmaba Durand, esta institución resulta contraria a las concepciones modernas de justicia fiscal y de solidaridad entre todos los elementos de la población³⁵. La siguiente tabla no pretende sino ejemplificar lo expuesto³⁶:

Retribución anual	Base de cotización	Cuota mensual	Aportación anual	% sobre la retribución
16.000,00	1.333,33 /	511,33 /	6.136,00	38,35%
20.000,00	1.666,67 /	639,17 /	7.670,00	38,35%
30.000,00	2.500,00 /	958,75 /	11.505,00	38,35%
40.000,00	3.333,33 /	1.278,33 /	15.340,00	38,35%
50.000,00	4.166,67 /	1.597,92 /	19.175,00	38,35%
60.000,00	4.495,50 /	1.724,02 /	20.288,29	34,48%
70.000,00	4.495,50 /	1.724,02 /	20.288,29	29,55%
80.000,00	4.495,50 /	1.724,02 /	20.288,29	25,86%
90.000,00	4.495,50 /	1.724,02 /	20.288,29	22,99%
100.000,00	4.495,50 /	1.724,02 /	20.288,29	20,69%

Además, debemos de tener en cuenta que el alcance de la reforma, desde un punto de vista subjetivo, es reducido, pues con base en los datos de la Muestra Continua de Vidas Laborales de 2021, el número de personas cuya base de cotización se situó en el máximo legal ascendió a 1,3 millones que constituyen el 6,8% del total de afiliados a la Seguridad Social³⁷.

Y aunque es cierto que el incremento de la base máxima es sustancialmente mayor al incremento de la pensión máxima (al menos temporalmente), no podemos perder de vista que las cotizaciones no son primas de seguro, sino que reúnen todos los caracteres de los tributos, pues son obligatorias en base a una norma, tienen un destino público y gravan la riqueza evidenciada a través del salario con el que se remunera el factor trabajo³⁸. En palabras del propio Tribunal Supremo, “*las cotizaciones sociales merecen la calificación de prestaciones patrimoniales de carácter público porque son impuestos con carácter general, obligatorio y coactivo a todos los ciudadanos que se encuentren en las situaciones legales de las que deriva el deber de cotizar, contribuyendo así a la satisfacción del interés público constituido por el servicio de la Seguridad Social, que en todo caso el Estado tiene el deber de cubrir*”

³⁵ DURAND, Paul, *La política contemporánea de Seguridad Social*. Trad. José Vida Soria. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Centro de Publicaciones, 1991, p. 412.

³⁶ Para realizar estos cálculos se ha partido de las normas de cotización correspondientes al año 2023 por las que se fija una base mínima que asciende a 1.260,00 € y una base máxima de 4.495,50 €. Por otro lado, el cálculo se ha realizado sobre un trabajador indefinido a tiempo completo que realiza funciones exclusivas de oficina lo que arroja un tipo de cotización del 38,35%: 28,30% (contingencias comunes) + 7,05% (desempleo, tipo general) + 0,20% (FOGASA) + 0,70% (formación profesional) + 1,50% (tarifa contingencias profesionales, tipo «a»: personal en trabajos exclusivos de oficina) + 0,60% del MEI.

³⁷ ANGHEL, Brindusa, PUENTE DÍAZ, Sergio y RAMOS, Roberto. “Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobada en 2023”. *Boletín Económico Banco de España*, 2023, núm. 2, p. 5.

³⁸ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel. *Las cotizaciones a la Seguridad Social*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 238.

(STS (CA) 27-3-1991, R.º 1014/1990). De hecho, el propio Tribunal Constitucional ya ha advertido que las cuotas han ido alejándose de su histórica conceptualización como primas de seguro para aproximarse al tributo (STC 39/1992). Y por imperativo del art. 31 CE, todo tributo debe exigirse en la medida de la capacidad económica, mediante un sistema justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

No obstante, es evidente que esta medida favorecerá ese proceso de asistencialización del nivel contributivo al que antes aludíamos. De hecho, según la AIReF, el porcentaje de personas que recibirán la pensión máxima se doblará en el año 2050³⁹, pasando del 12 al 24%.

III. Nuevo sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación

El RD Ley 2/2023 introduce también cambios en el sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación. Originariamente, la base se calculaba dividiendo entre 28 la suma de las bases de cotización de la Seguridad Social de un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 49 D. 3158/1966⁴⁰). Como consecuencia de la Ley 26/1985, se multiplicó por cuatro el período que se tomaba como referencia para el cálculo de la base reguladora, pasando de dos a ocho años e igualmente se eliminó la posibilidad de elección del período de cotización computable. Posteriormente, la Ley 24/1997 amplió de nuevo el período de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, situándolo en los últimos quince años. Y con la Ley 27/2011, el período de referencia alcanzó en los veinticinco años anteriores.

El RD Ley 2/2023 modifica nuevamente la LGSS para ampliar, a partir del año 2041, el período computable en el cálculo de la base reguladora. Así, una vez concluyan las fases de transición, el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación será de 27 años (324 meses); si bien, tomando como referencia los 29 años anteriores al del mes previo al del hecho causante. De esta forma se dejarían fuera del cómputo las bases de cotización de 24 mensualidades. Concretamente, para realizar el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, será preciso seguir los siguientes pasos:

- Primero: Se deben tomar las bases de cotización correspondientes a los 29 años (los 348 meses) inmediatamente anteriores al del mes previo al del hecho causante.
- Segundo: Se debe proceder a la integración de lagunas de conformidad con las reglas legalmente previstas.

³⁹ AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). *Documento técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones entre 2021 y 2023*. Documento Técnico 1/23, p. 17.

⁴⁰ Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE 30-12-1966, núm. 312).

- Tercero: Las bases de cotización de los últimos 24 meses se computan por su valor nominal. Las restantes bases de cotización se actualizan conforme a la evolución que haya experimentado el IPC, tomando como referencia el IPC del mes 25.
- Cuarto: De oficio, se seleccionan las 324 bases de cotización de mayor importe de todo el período.
- Quinto: La suma de las 324 bases de cotización seleccionadas se debe dividir entre 378 (resultado de multiplicar 27 años por 14 pagas).

Adviértase, por tanto, que la supresión de las 24 peores mensualidades se realiza una vez que se ha procedido a la actualización de las bases conforme al IPC y a la integración de las posibles lagunas de cotización.

Ahora bien, esta modificación legislativa se va a implantar, en la práctica, a través de tres fases⁴¹:

- *Primera fase.* Desde enero de 2026 hasta diciembre de 2040, se establece un sistema dual, de acuerdo al cual se aplicará de oficio la fórmula de cálculo que resulte más favorable: a) la previa a la reforma ($\Sigma 300/350$); o b) el resultado de la siguiente operación:

Año	Base reguladora	Período de referencia
2026	$\Sigma 302 / 352,33$	304 meses
2027	$\Sigma 304 / 354,67$	308 meses
2028	$\Sigma 306 / 357,00$	312 meses
2029	$\Sigma 308 / 359,33$	316 meses
2030	$\Sigma 310 / 361,67$	320 meses
2031	$\Sigma 312 / 364,00$	324 meses
2032	$\Sigma 314 / 366,33$	328 meses
2033	$\Sigma 316 / 368,67$	332 meses
2034	$\Sigma 318 / 371,00$	336 meses
2035	$\Sigma 320 / 373,33$	340 meses
2036	$\Sigma 322 / 375,67$	344 meses
2037	$\Sigma 324 / 378,00$	348 meses

- *Segunda fase.*- En enero de 2041, empezaría un nuevo período transitorio en el que se ofrece igualmente la posibilidad de optar pero entre el sistema posterior a la reforma (esto es, 27 años cotizados en un período de referencia de 29 años) o el resultado de la siguiente operación:

⁴¹ De acuerdo con el nuevo apartado séptimo de la DT 4ª LGSS, incorporado por el art. único.treinta y seis RD Ley 2/2023.

Año	Base reguladora
2041	Σ 306 / 357
2042	Σ 312 / 364
2043	Σ 318 / 371
2044	Σ 324 / 378

- *Tercera fase.*- Finalmente, a partir del año 2044, desaparece la posibilidad de optar y la base reguladora se calculará tomando como referencia las bases de cotización de 27 años que se elegirán dentro de un período de referencia de 29 años.

Ya hemos visto que la tendencia legislativa ha sido ir ampliando el período computable en el cálculo de la base reguladora de las pensiones. Pues bien, hemos de tener en cuenta que, cuando el nivel de ingresos de la persona trabajadora se ha mantenido constante a lo largo de su vida activa (cotizando por bases mínimas o máximas) y no se aprecian huecos en su carrera de seguro (derivados de contratos a tiempo parcial o de períodos fuera del mercado de trabajo), no es especialmente significativo el período de cómputo considerado en el cálculo de la base reguladora⁴². Lo que ocurre es que esta estimación parte de una hipótesis irreal, pues las estadísticas ponen de manifiesto que la cuantía del salario tiende a irse incrementando a lo largo de la vida activa del sujeto y que, por tanto, no es frecuente encontrar carreras profesionales con un nivel de ingresos constante.

Por lo expuesto, la relación entre la cuantía de la prestación y el salario será tanto más estrecha cuanto menor sea el período que se utilice para calcular la correspondiente base reguladora⁴³, pues su ampliación conlleva tomar en consideración bases de cotización más lejanas en el tiempo y de cuantía previsiblemente inferior. De hecho, conforme al estudio realizado por Labour Asociados en el año 2007, se estimó que la ampliación del período de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de 15 a 20 años implicaría una caída de la cuantía en un 5,5%, lo que supondría una reducción media de un punto porcentual por cada año de ampliación del período de cálculo⁴⁴. Y más recientemente, en un estudio publicado por el IVIE, se advierte que incrementar el período de

⁴² COMAS BARCELÓ, Antonio, *El tope máximo de las pensiones en el sistema de la Seguridad Social: una limitación injusta*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 83 [Colección Laboral, núm. 170].

⁴³ JIMENO SERRANO, Juan Francisco, “La equidad intrageneracional de los sistemas de pensiones”, *Revista de economía aplicada*, 2003, núm. 33, p. 9.

⁴⁴ *La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 76. A esta misma conclusión han llegado, MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael; PEDRAZA, PABLO de; ANTÓN, José Ignacio, *et al.*, “Vida laboral y pensiones de jubilación en España: simulación de los efectos de una reforma paramétrica”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2011, vol. 64, núm. 1, p. 94. Por su parte, SÁNCHEZ MARTÍN, Alfonso R., Cambio demográfico y sistema de pensiones en España: efectos redistributivos intra e intergeneracionales. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2007, p. 87, analizó el impacto que la reforma operada por la Ley 24/1997 (por la que se amplió de ocho a quince años, el período computable en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación) había tenido en la cuantía de la pensión, concluyendo que supuso una pérdida individual de entre un 5 y un 7%.

referencia de 25 a 35 años supondría, de media, la reducción de la cuantía de la pensión en un 8,7%⁴⁵.

Con el RD Ley 2/2023 se amplía en dos años el período de cómputo de la base reguladora, lo que -a la luz de lo expuesto- podría suponer un recorte de la cuantía de la pensión de jubilación. Pero este impacto negativo se ve atemperado: de un lado, por la aplicación de la norma más favorable hasta el año 1944 y, de otro, por la posibilidad de descartar las veinticuatro peores bases de cotización. De hecho, el propio preámbulo del RD Ley 2/2023 advierte que el objetivo no es reducir el gasto en pensiones, sino abordar “*el problema al que se enfrentan quienes acceden a la pensión de jubilación con carreras de cotización irregulares marcadas por la inestabilidad y la precariedad laboral*”. En concreto, según el Gobierno, esta nueva fórmula de cálculo incrementaría las bases reguladoras en un 0,42% de media⁴⁶. Una estimación que es compartida por la doctrina académica⁴⁷. Sin embargo, según los cálculos de la AIReF⁴⁸, para un 60,5% de los individuos el sistema anterior resulta más beneficioso, para un 23,65% realmente resulta indiferente y tan solo para un 15,9% la nueva fórmula de cálculo resultaría más beneficiosa.

IV. Medidas para reducir la brecha prestacional entre mujeres y hombres

La situación de la mujer en el mercado de trabajo tiene un claro impacto en su carrera de seguro a efectos de causar, en el futuro, una prestación de la Seguridad Social. Los datos evidencian que las mujeres acreditan carreras de cotización más cortas que los hombres y que han realizado aportaciones al sistema por bases de menor cuantía. El sistema, en definitiva, perpetúa las desigualdades de partida: El abandono del mercado de trabajo por la asunción de responsabilidades familiares, las interrupciones en la carrera profesional, la realización de trabajos a tiempo parcial, etc., tienen una clara incidencia en la protección social, pues dificultan el acceso a las prestaciones de carácter contributivo. Además, la percepción de salarios más bajos (por reducciones de jornada, por prestación de servicios a tiempo parcial, por la brecha salarial, etc) incide en la base de cotización y, por ende, en la base reguladora de las prestaciones, provocando que la intensidad de la cobertura sea más baja. Además, debemos de tener en cuenta que una carrera de cotización inferior igualmente incide en la cuantía de la pensión de jubilación, pues no sólo determina un menor porcentaje aplicable sobre la base reguladora,

⁴⁵ DEVESA, E., DEVESA, M., DOMÍNGUEZ, I., ENCINAS, B. y MENEU R. “Efectos de la ampliación a 35 años del cálculo de la base reguladora, eligiendo los 25 mejores, en el sistema de pensiones de jubilación español”. *Ivie*, 2022, Working Papers Ivie núm. 2022-6. Disponible en: http://doi.org/10.12842/WPIVIE_0622.

⁴⁶ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/12/01/economia/1669921791_646606.html

⁴⁷ Así, para MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2023, núm. 475, p. 27, esta reforma no supondrá un ahorro para el sistema, sino todo lo contrario.

⁴⁸ AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). *Documento técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones entre 2021 y 2023*. Documento Técnico 1/23, p. 15.

sino que además puede minorar el importe de la misma base, por la existencia de lagunas de cotización.

En la práctica, la diferente trayectoria laboral de las mujeres provoca, en el ámbito de la protección social, dos consecuencias claras: a) una mayor dificultad para acceder a las prestaciones de carácter contributivo; y b) una menor cuantía de las pensiones. En palabras de la Comisión Europea, la propia participación de las mujeres en el mercado de trabajo está relacionada con la persistencia de la brecha salarial de género y una creciente brecha en materia de pensiones, lo que, en muchos casos, conduce a la exclusión social y a un mayor riesgo de pobreza⁴⁹.

Pues bien, con el objetivo de reducir estas diferencias, la respuesta del ordenamiento jurídico se ha proyectado en dos vertientes distintas: de un lado, se ha tratado de fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en las labores de cuidado. Y de otro lado, se han introducido correctivos para paliar los efectos de la brecha salarial en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (tratando de facilitar el acceso a las prestaciones y procurando incrementar la intensidad de la acción protectora). Pero como advierte la Recomendación 17^a del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 27-10-2020, estas medidas -que han tenido una dimensión más reactiva que preventiva, tratando de corregir las disfunciones del propio sistema- no han logrado la equiparación efectiva. Ello evidencia la necesidad de medidas estructurales tanto en materia laboral, como en el ámbito específico de la Seguridad Social. Y, en respuesta a esta recomendación, el legislador ha adoptado importantes cambios, tanto en la Ley 21/2021, como en el RD Ley 2/2023.

4.1. Los cambios previamente introducidos por la Ley 21/2021

Desde una perspectiva de género y con el objeto de reducir la brecha prestacional entre mujeres y hombres, la Ley 21/2021 introdujo las siguientes modificaciones:

En primer lugar, a efectos de acreditar el requisito de carencia necesario para poder acceder a la jubilación anticipada (ya sea voluntaria o involuntaria), la Ley 21/2021 modificó los arts. 207.1.c) y 208.1.b) LGSS al objeto de computar, como período cotizado, el tiempo correspondiente al “servicio social femenino obligatorio”, con el límite máximo de un año. De esta forma, el legislador equiparó el servicio social de la mujer al servicio militar o de la prestación social sustitutoria y acabó con una diferencia de trato que carecía de justificación alguna. Esta discriminación por razón de sexo había sido previamente advertida por el Tribunal Supremo, en su STS 6-2-2020, R^o 3801/2017 y, en la práctica, venía solventándose por el INSS, de acuerdo con el criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero.

Sorprendentemente, la reforma operada por la Ley 21/2021 no modificó el art. 215.2.d) LGSS, por lo que, a efectos de acceder a la jubilación parcial, la norma seguía

⁴⁹ Comisión Europea: «Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores». Bruselas, 26-4-2017.

computando únicamente el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria. No obstante, este olvido del legislador ha sido subsanado por el art. único.1 Ley 24/2022⁵⁰.

En segundo lugar, la Ley 21/2021 ha modificado la DA 10ª ET con el propósito de permitir las cláusulas convencionales de jubilación forzosa únicamente en el supuesto de que se cumplan los siguientes requisitos: a) que la medida se vincule al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una nueva persona trabajadora; b) que el trabajador afectado por el cese tenga una edad igual o superior a los 68 años y tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Ahora bien, este límite de edad puede rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación (65 o 67 años, en función de cuál sea la concreta carrera de seguro) cuando se trate de un sector de actividad con clara infrarrepresentación femenina y la persona contratada sea una mujer. A estos efectos, se entiende que la empresa puede aplicar este régimen excepcional cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras sea inferior al 20%. Pero adviértase que esta situación de infrarrepresentación no es predicable de la empresa en cuestión, sino del concreto sector de actividad. Precisamente por ello, la Administración de la Seguridad Social debe facilitar la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada uno de los códigos del CNAE incluidos en el ámbito del convenio colectivo aplicable. A través de esta medida, el legislador pretende contribuir a la reducción de la segregación ocupacional, una de las causas de la brecha salarial que genera, a su vez, una brecha en materia de prestaciones de Seguridad Social.

El problema es que estas dos medidas era manifiestamente insuficientes para reducir la brecha prestacional y no daban cumplida respuesta a la recomendación 17ª del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020.

4.2. Nuevas medidas incorporadas por el RD Ley 2/2023 para reducir la brecha de género en materia de prestaciones

4.2.1. Equiparación del criterio de cómputo de los días cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial

Las cuotas de Seguridad Social despliegan diferentes efectos en la dinámica prestacional, pues no solo se contabilizan para el cumplimiento del período de carencia necesario para causar el derecho a una prestación, sino también para concretar el importe de la base reguladora o para determinar el porcentaje aplicable sobre aquella. Lo que ocurre es que, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, la cotización se efectúa por las horas realmente trabajadas, lo que ha suscitado múltiples interrogantes con respecto a cómo contabilizar estas cuotas a efectos prestacionales.

⁵⁰ 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 (BOE 26-11-2022, núm. 284).

En primer lugar, por lo que respecta al cálculo de la base reguladora, el Tribunal Constitucional sí admitió la aplicación del principio de proporcionalidad a los trabajadores a tiempo parcial, pues, en su opinión, este tipo de contrato supone un esfuerzo contributivo menor, como consecuencia de un inferior salario percibido, por lo que *“es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo”* (STC 253/2004).

En segundo lugar, en relación con el acceso a la protección, el ordenamiento jurídico introdujo la aplicación del principio de proporcionalidad en el cómputo del período de carencia, asignando al día cotizado con jornada reducida un valor inferior al día completo. En consecuencia, en los contratos a tiempo parcial, día trabajado no equivalía a día cotizado, pues las horas efectivamente trabajadas debían traducirse en días teóricos de cotización con base en la regla contenida en la DA 7ª LGSS 1994.

El propio TJUE, en su sentencia 22-11-2012 (asunto Elbal Moreno), entendió que el ordenamiento jurídico español contrariaba el derecho de la Unión pues exigía a los trabajadores a tiempo parcial -en su mayoría mujeres- un período de cotización mayor al requerido para los trabajadores a tiempo completo⁵¹. Y, acogiendo la tesis del TJUE, nuestro Tribunal Constitucional en su STC 61/2013 declaró la nulidad del apartado segundo de la DA 7ª LGSS 1994, por cuando representaba un obstáculo desproporcionado en el acceso a las prestaciones.

Ante ello, la respuesta del legislador no se hizo esperar y el art. 5 RD Ley 11/2013⁵² confirió una nueva redacción a la DA 7ª.1. Segunda LGSS 1994 con el propósito de facilitar a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a las prestaciones. Con esta reforma, el período cotizado por los trabajadores a tiempo parcial no se equiparaba al de los trabajadores a tiempo completo (bajo la premisa “día trabajado-día cotizado”), sino que se modulaba en función del coeficiente de parcialidad. No obstante, el período de carencia exigido igualmente se reducía de acuerdo a este porcentaje. En muy reducida síntesis, si un trabajador había prestado servicios durante quince años a tiempo parcial, con una jornada del 50%, solo acreditaría siete años y medio cotizados a la Seguridad Social. Pero, en contrapartida, no se le exigirían quince años de carencia para causar el derecho a la pensión de jubilación, sino el 50% de dicho período.

Pues bien, el art. único.26 RD Ley 2/2023 ha conferido una nueva redacción al art. 247 LGSS 2015 (que recogía las reglas de cómputo anteriormente contenidas en la DA 7ª LGSS 1994) y, a partir del 1-10-2023, los períodos durante los cuales el traba-

⁵¹ Y ello a pesar de la aplicación de algunos criterios de corrección como el coeficiente multiplicador (conforme al cual se aplicaba un coeficiente de un 1,5 a efectos de causar las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación) o la elasticidad en el cómputo del período de carencia (pues el marco temporal dentro del cual debía estar comprendido se ampliaba en la misma proporción en que se reduciese la jornada efectivamente realizada).

⁵² Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE 3-8-2013, núm. 185).

ador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos, se tendrá en cuenta a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar las pensiones (de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia) y los subsidios de incapacidad temporal y nacimiento y cuidado.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que las cuotas de Seguridad Social también pueden tener incidencia en la concreción del porcentaje aplicable sobre la base reguladora. Concretamente, a efectos de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad común, el porcentaje aplicable depende de la carrera de seguro del beneficiario. Pues bien, a estos concretos efectos, un año trabajado equivalía a un año cotizado en el caso de los trabajadores a tiempo completo. Sin embargo, para los trabajadores a tiempo parcial, el legislador no partía de esta misma equivalencia, pues el período de cotización se corregía en función del coeficiente de parcialidad (que venía determinado por el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable) y el valor resultante se incrementaba con un coeficiente del 1,5 (art. 248.3 LGSS).

La aplicación de este coeficiente reducía, sin duda, la diferencia existente entre una y otra fórmula legal, pero únicamente la anulaba cuando el coeficiente de parcialidad fuese igual o superior al 67%. En cualquier otro caso, el solicitante de la prestación no tenía derecho al porcentaje total de la pensión. Y de ello se derivaba una diferencia de trato que castigaba, sobre todo, a los trabajadores con menor porcentaje de parcialidad, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo.

Siguiendo la doctrina sentada por la STJUE 8-5-2019 (asunto Villar Láiz), nuestro Tribunal Constitucional concluyó que este trato desigual rompía con el principio de proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de una menor base de cotización, añadía una reducción también del período de cotización para fijar la cuantía de la pensión de jubilación (porcentaje sobre la base), lo que no se hacía con el trabajador a tiempo completo. En consecuencia, en su STC 91/2019, el Tribunal apreció la inconstitucionalidad del precepto cuestionado no solo por vulnerar el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial (inciso primero del art. 14 CE), sino también por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo (inciso segundo del art. 14 CE), en la medida en que conducía a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección social que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos. Pues bien, con posterioridad, la STC 155/2021 ha trasladado la doctrina sentada por la STC 91/2019 al cálculo de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. En consecuencia, tras estas dos resoluciones, el art. 248.3 LGSS había quedado vacío de contenido y de ahí que el RD Ley 2/2023 haya procedido a su derogación, por cuanto no tenía ninguna virtualidad práctica.

4.2.2. Ampliación del período asimilado a cotizado en la excedencia por cuidado de familiares

El art. único.veinticinco RD Ley 2/2023 ha modificado el art. 237.2 LGSS con el objetivo de ampliar el período asimilado a tiempo cotizado en supuestos de excedencia por cuidado de otros familiares. Sabemos que, de conformidad con el art. 165.2 LGSS, *“en las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”*. Debemos, por tanto, realizar una distinción entre dos tipos de cuotas: las cuotas reales o cuotas efectivamente realizadas, y las cuotas ficticias o cuotas expresamente asimiladas a aquéllas. Las primeras (las reales) son las devengadas con motivo de la concurrencia de los presupuestos de los que se deriva la inclusión del sujeto en el sistema y el nacimiento de la obligación de cotizar, con independencia de que se hayan ingresado. Las segundas (las ficticias) se corresponden con períodos en los que no ha existido obligación de cotizar y que, sin embargo, reciben una suerte de asimilación a tiempo cotizado cuyo concreto alcance subjetivo (a quién beneficia la asimilación), objetivo (con respecto a qué prestación) y funcional (en relación a qué efectos) se determina por el legislador de forma particular.

Pues bien, una de las asimilaciones a tiempo cotizado es la excedencia por cuidado de hijos y otros familiares. Con base en el art. 46.3 ET, los trabajadores tienen derecho a un período de excedencia no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo. Igualmente, el legislador reconoce el derecho a una excedencia, de duración no superior a dos años (salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo), para atender a un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.2 ET).

Durante el período de excedencia por cuidado de hijos o de otros familiares, el contrato de trabajo se encuentra en suspenso y, en consecuencia, cesan las obligaciones básicas de la relación laboral: la obligación de trabajar y la obligación de retribuir el trabajo (art. 45.2 ET). Y partiendo de la regla general conforme a la cual la obligación de cotizar se vincula a la efectiva prestación de un servicio remunerado y de que el legislador no ha impuesto al empresario la obligación de seguir cotizando durante tal período, el ejercicio de este derecho por parte del trabajador repercutiría negativamente en sus prestaciones futuras. Con el propósito de paliar este perjudicial resultado, el legislador asimila a tiempo cotizado el período de excedencia por razones de cuidado.

Concretamente, de acuerdo con el art. 237.1 LGSS, los tres años de excedencia por cuidado de hijos tienen la consideración de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Pero, con base en el apartado segundo del precepto citado, únicamente se consideraba efectivamente cotizado a los efectos de estas mismas prestaciones, el primer año de excedencia por cuidado de familiares.

La duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares (dos años) y el período de asimilación a tiempo cotizado (un año) resultaban claramente insuficientes, teniendo en cuenta que las necesidades de cuidado se prolongan por un período de seis años de media, a razón de diez horas de atención diaria⁵³. Y, en la práctica, esta regulación podía provocar la expulsión del cuidador del mercado de trabajo; un dato especialmente preocupante si tenemos en cuenta que son las mujeres entre 55 y 65 años las principales proveedoras de cuidados informales a la población dependiente⁵⁴, lo que tendría un impacto en el acceso y en la cuantía de las pensiones.

Pues bien, el RD Ley 2/2023 amplía a tres años el período asimilado a cotizado con respecto a la excedencia por cuidado de familiares, por lo que esta ficción jurídica alcanza el período máximo en caso de que se contemple dicha extensión en la negociación colectiva. Y según la DF 10ª RD Ley 2/2023, la nueva redacción del art. 237.2 LGSS resulta aplicable desde el día siguiente al de su publicación en el BOE, por lo tanto, desde el día 18-3-2023. Lo que no ha previsto la norma es ninguna disposición transitoria al respecto, por lo que no tenemos claro cuál es la fecha que debemos tomar como hito, como referente temporal para determinar la legislación aplicable. Ante la ausencia de una regulación transitoria específica, el principio general de derecho transitorio en materia de Seguridad Social afirma que la legislación aplicable es la vigente en la fecha del hecho causante de la prestación⁵⁵. Pero el problema es que el art. 237 LGSS define esta asimilación a tiempo cotizado como una prestación familiar de carácter contributivo. Por lo tanto, ¿de qué hecho causante estamos hablando: cuando se disfrutó la excedencia por razones de cuidado o cuando se causa la prestación en favor de la cual se pretende hacer valer aquella suspensión del contrato? Nada ha aclarado el legislador al respecto.

En efecto, el RD Ley 2/2023 no ha previsto norma transitoria alguna, a diferencia de la Ley 3/2007 que, en su DT 7ª, advirtió que la ampliación del período que se consideraba cotizado se aplicaría únicamente a las prestaciones que se causasen a partir de su entrada en vigor. Y en desarrollo de lo expuesto, la DT 2ª RD 295/2009⁵⁶ vino a establecer que la reforma se aplicaba a los períodos de excedencia que se hubieran iniciado a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 o transcurridos a partir de ese momento, si se trataba de períodos de excedencia iniciados con anterioridad pero que siguieran disfrutándose en esa fecha. No obstante, la STSJ Andalucía 25-9-2014, Rº 3139/2013, consideró que la disposición reglamentaria incurría en defecto *ultra vires*, “*al contrariar de forma frontal las previsiones de la ley que pretendidamente desarrolla y realmente modifica*”, considerando que cuando la DT 7ª Ley 3/2007 se refiere a prestación está aludiendo

⁵³ IMSERSO. *Libro blanco de la dependencia*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 197.

⁵⁴ Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 20.

⁵⁵ QUINTERO LIMA, Mª Gema. *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 210 a 221.

⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE 21-3-2009, núm. 69).

a aquélla con respecto a la cual el correctivo de cotización ficticia pretende hacerse valer, pues una interpretación contraria resultaría innecesaria y redundante. Y esta resolución ha sido confirmada por STS 20-7-2016, Rº 568/2015. ¿Podríamos aplicar este mismo criterio al RD Ley 2/2023? Seguramente sí. Al menos es lo que sostiene la STSJ La Rioja 11-12-2015, Rº 340/2015, que entendió que la extensión a tres años de la consideración como cotización efectiva del período de excedencia por cuidado de hijo que realizó la Ley 27/2011 (que, al igual que el RD Ley 2/2023, tampoco previó ninguna disposición transitoria), debe aplicarse a las situaciones de excedencia por cuidado de hijo que se hayan iniciado tras la entrada en vigor de esta ley (1-1-2013) y a las excedencias iniciadas con anterioridad pero que persistieran cuando se produjo esa entrada en vigor. El Tribunal, de esta forma, aplica a la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011 la misma lógica que la sostenida por el legislador con la modificación introducida por la Ley 3/2007 *“porque la citada Ley 27/2011 no ha hecho sino continuar la tendencia legislativa de ampliar el tiempo de consideración de alta para la situación de excedencia por guarda legal”*. Así, aunque el legislador no ha establecido una específica norma de derecho transitorio en la Ley 27/2011, *“la voluntad del legislador no ha sido otra que la de respetar la aplicación de la nueva ampliación en los mismos términos en que se previó para la establecida por la LO 3/2007, pues ella es la que resulta de una interpretación histórica del precepto”*. Y este mismo fundamento es perfectamente aplicable al RD Ley 2/2023.

4.2.3. Mejora del régimen jurídico de la integración de lagunas

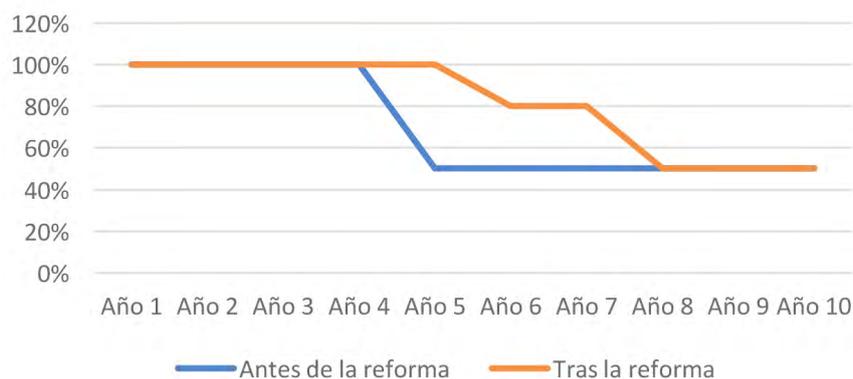
A raíz de la reforma del año 1985, al ampliarse el período de cotización computable en el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez y de jubilación, y al desaparecer la posibilidad de elección por parte del interesado, se advirtió el problema derivado de la existencia de lagunas de cotización a lo largo de ese marco temporal de referencia. Precisamente por ello, el artículo 3.4 Ley 26/1985, desarrollado por el artículo 5.5 RD 1799/1985, introdujo la siguiente corrección: si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarían con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años. Contenido que se reprodujo posteriormente en el artículo 140.4 LGSS 1994, al que se remitió el artículo 162.1 LGSS 1994 relativo a la pensión de jubilación. De esta forma, la integración constituía una ficción jurídica que introducía un mecanismo corrector del principio de contributividad que favorecía —aunque no aseguraba— la función de sustitución de las rentas de activo que han de cumplir las pensiones en el nivel contributivo.

Pero la DF 20.^a Ley 3/2012 debilitó este importante mecanismo de corrección. En su virtud, si durante el período de tiempo computable en la base reguladora existieran más de 48 lagunas de cotización, las que excedan de este umbral se integran con el 50% de la base mínima, lo que supone una reducción del promedio de las bases de cotización que se toman en consideración en el cálculo de la base reguladora.

Pues bien, la reforma llevada a cabo por el RD Ley 2/2023 no ha supuesto una vuelta a la situación previa a la Ley 3/2012⁵⁷, pero introduce tres concretas mejoras en materia de integración de lagunas.

En primer lugar, con el objetivo de reducir la brecha prestacional, a partir del 1-10-2026 se aplicará a las mujeres un particular sistema de integración, que se separa de la fórmula de cálculo prevista con carácter general, en los arts. 197.4 y 209.1.b) LGSS. Concretamente, el art. único.41 RD Ley 2/2023 ha añadido en el texto de la LGSS una nueva DT 41^a de acuerdo a la cual, en tanto la brecha de género sea superior al 5% en los términos de la DA 37^a LGSS⁵⁸, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que les sea de aplicación el art. 209.1 LGSS, “*los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100% de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo. Este porcentaje será del 80 por ciento de la misma base desde la mensualidad sexagésima primera a la octagésima cuarta*”.

Integración de lagunas.



Pues bien, es importante llamar la atención sobre un extremo: esta regla únicamente se aplica a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, pues el legislador únicamente se refiere al art. 209.1.b) LGSS. En nada se mejora el sistema de cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente, previsto en el art. 197 LGSS. No obstante, no podemos olvidar que, a efectos de esta concreta prestación, el período computable en la base reguladora es mucho menor⁵⁹, lo que reduce la probabilidad de que se presenten lagunas de cotización.

⁵⁷ Como con acierto advierten MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los toques máximos de las bases de cotización y de las pensiones”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2023, núm. 473, p. 51 y LÓPEZ GANDÍA, Juan. “Las recientes reformas de Seguridad Social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo”. *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101, p. 40.

⁵⁸ La DA 37^a LGSS define la brecha de género, a estos efectos, como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres.

⁵⁹ Pues, como mucho, pueden ser ocho años.

De otro lado, esta regla especial de integración de lagunas resulta de aplicación a las mujeres, en tanto no se haya reducido la brecha de género por debajo del 5%. No obstante, esta medida se hace extensiva a los hombres que se encuentren en situaciones comparables (esto es, que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1ª o 2ª del art. 60.1.b) LGSS, si bien no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor, ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género).

En segundo lugar, el RD Ley 2/2023 prevé por vez primera la integración de lagunas en el RETA. En efecto, a partir del 1-1-2026, en los supuestos *“en que en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la base mínima de la tabla general de este régimen especial”* (art. 322 LGSS).

Sabemos que, desde el origen, el régimen jurídico de la integración de lagunas únicamente se ha aplicado a los trabajadores por cuenta ajena, dejando fuera de su ámbito de aplicación a los profesionales por cuenta propia. Con ello, se pretendía evitar la especulación del autónomo con su situación de alta y baja teniendo en cuenta, además, que la base mínima era la que solían elegir la mayoría de los profesionales por cuenta propia⁶⁰.

Con el objeto de acabar con esta diferencia de trato y, en aplicación de la DF 44ª LPGE 2021⁶¹, el RD Ley 2/2023 hace extensivo al RETA este mecanismo de corrección, aunque con diferencias sustanciales con respecto al Régimen General. En efecto, por lo que respecta al concepto de laguna, en el Régimen General resulta indiferente la concurrencia del elemento de la involuntariedad, pues la integración se aplica con independencia de cuál haya sido el motivo que ha producido ese vacío. Sin embargo, en el RETA, la laguna no puede ser involuntaria, pues necesariamente ha de tener lugar con posterioridad a la extinción de la prestación por cese de actividad. Una prestación cuyo ámbito de aplicación es sumamente restringido pues su reconocimiento se condiciona a requisitos muy rigurosos. De hecho, durante el año 2021, del total de solicitudes presentadas (31.749) solo se resolvió favorablemente el 25,40% (8.065)⁶².

De otro lado, también se aprecian diferencias en relación con la duración de este mecanismo de corrección, pues mientras en el Régimen General no se prevé ninguna limitación temporal, en el RETA la integración de lagunas se aplica durante un período de tiempo muy reducido (seis meses), por lo que se trata de una medida claramente insuficiente⁶³.

⁶⁰ LÓPEZ GANDÍA, Juan, “La aplicación de la teoría del paréntesis y la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 11, p. 1321.

⁶¹ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE 31-12-2020, núm. 341).

⁶² Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Estadísticas. Cese de actividad de trabajadores autónomos. Todas las entidades.

⁶³ MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubila-

Y, en tercer lugar, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial, se suprime la regla en virtud de la cual la integración de lagunas era corregida en función del concreto grado de parcialidad (art. 248.2 LGSS). En efecto, antes de la reforma llevada a cabo por el RD Ley 2/2023, el importe con el que se integraba la laguna se modulaba cuando el período en el que se aplicaba había sido precedido de un trabajo a tiempo parcial, tomando como referencia el número de horas contratadas en último término. Una expresión que debía ser interpretada a la luz del art. 7.2 RD 1131/2002⁶⁴ conforme al cual se debía partir de las horas contratadas en la fecha “*en que se interrumpió o se extinguió la obligación de cotizar*”. ¿Pero qué justificación tenía tratar a dos parados de manera distinta porque uno hubiera tenido con anterioridad un contrato a tiempo parcial?⁶⁵ El legislador partía en la práctica de una visión estática de la vida laboral del beneficiario, provocando situaciones sumamente injustas. De hecho, hacía de peor condición a quien, en el período inmediatamente anterior al hecho causante, había prestado servicios a tiempo parcial, respecto a quien, en igual período, no hubiera desempeñado actividad retribuida alguna⁶⁶. En palabras de la doctrina más solvente, esta regulación era irracional, pues la integración (total o parcial) dependía del azar y no era fiel reflejo de la vida laboral de la persona asegurada⁶⁷.

Sin embargo, en opinión del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 156/2014 y 110/2015, no había diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, pues a unos y a otros se les aplicaba una misma regla. Y la proporcionalidad entre el salario, la base de cotización y la base reguladora de las prestaciones no es contraria el principio de igualdad. Y, según la STJUE 14-4-2015 (asunto Lourdes Cachaldora) la normativa española no contrariaba el Derecho de la Unión, pues la regulación se aplicaba indistintamente a hombres y a mujeres y la norma podía resultar perjudicial para el solicitante de la prestación, pero también podía ser beneficiosa. En resumida síntesis, la principal razón que justificó el fallo del Tribunal no fue jurídica,

ción y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones”. *Revista de trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2023, núm. 473, p. 32.

⁶⁴ Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002, núm. 284).

⁶⁵ DESDENTADO BENETE, Aurelio. “Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social”. *Tribuna Social*, 1998, núm. 85, p. 98. En sentido contrario, se había pronunciado ROMERO CORONADO, Juan, “La integración de lagunas de los períodos en los que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, 2010, vol. III, para quien “*la integración de lagunas de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada, obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, que determina que la protección por dicho sistema no pueda exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado y sin que suponga en ningún momento lesión del principio de igualdad de trato y no discriminación en los contratos a tiempo parcial*”.

⁶⁶ En este sentido, SSTSJ Galicia 26-10-2001, R° 4762/2000 y 27-3-2007, R° 3015/2006 y STSJ Cataluña 14-4-2004, R° 2272/2003.

⁶⁷ MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?”. *Revista de trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2023, núm. 475, p. 32.

sino de prueba, en la medida en que el Tribunal consideró que no había quedado suficientemente acreditado que la regulación española afectara negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres.

Pues bien, a partir del 1-1-2026 (y fruto de la reforma operada por el art. único.27 RD Ley 2/2023), se modifica la redacción del art. 248.2 LGSS y, en su virtud, las lagunas de cotización que se produzcan tras un contrato a tiempo parcial se integrarán de igual modo que en los contratos a tiempo completo, por lo que la base mínima ya no se modulará en función del número de horas contratadas en último término.

4.2.4. Ampliación del período complementado en caso de reducción de jornada por razones de cuidado

El art. único.25 RD Ley 2/2023 también ha modificado la redacción del apartado 3º del art. 237 LGSS con el objetivo de mejorar el impacto en las pensiones de una reducción de jornada por cuidados familiares. Sabemos que, salvo la reducción de jornada por cuidado del lactante hasta el noveno mes, el resto de supuestos de reducción previstos por el legislador en el art. 37 ET conlleva la correlativa minoración del salario. Y a este respecto, es importante aclarar que el art. 66 RD 2064/1995⁶⁸ hace extensivas las reglas especiales de cotización correspondientes a los contratos a tiempo parcial a aquellos trabajadores que, habiendo sido contratados a jornada completa, pasen a realizar una jornada reducida, en los supuestos previstos en el art. 37 ET.

No obstante, partiendo del bien jurídico protegido y teniendo en cuenta que esta menor cotización tiene una clara influencia en la intensidad de la acción protectora, el ordenamiento jurídico ha optado por complementar las bases de cotización. Este mecanismo corrector persigue neutralizar el impacto de una cotización por bases de inferior cuantía, con motivo de una reducción de jornada de trabajo acompañada de una correlativa reducción del salario.

En efecto, a raíz de la modificación introducida por la DA 18ª. Doce LO 3/2007⁶⁹, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computaban incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción. Pero adviértase que la base de cotización no se complementaba como si la jornada se hubiese realizado a tiempo completo, sino como si la reducción no se hubiese producido, tomando por tanto como referencia la jornada realizada con carácter previo. Y este incremento, venía exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos contemplados en el artículo 37.6 ET que, como sabemos, también regula la reducción de jornada por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afi-

⁶⁸ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25-1-1996, núm. 22).

⁶⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007, núm. 71).

nidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, el legislador no había dispensado al beneficiario una protección plena, pues la cobertura se limitaba a un determinado período de tiempo: uno o dos años según cuál fuese el motivo de la reducción (si el cuidado directo de un familiar o el cuidado de un menor). Pero el RD Ley 2/2023 ha modificado el art. 237.3 LGSS y, en virtud de esta reforma, se computarán incrementadas hasta el 100%, las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años de reducción de jornada, ya sea por guarda legal o por necesidades de cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad (incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho) que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Aunque bienvenida, la reforma operada por el RD Ley 2/2023 resulta insuficiente, por lo que la solicitud de una reducción de jornada por un período de tiempo superior al completado, tendrá una clara incidencia en la intensidad de la acción protectora, lo que representa un claro desincentivo al ejercicio de estos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y encierra una discriminación indirecta de las mujeres que son quienes, en mayor medida, hacen uso de tales derechos.

Al margen de ello, la reforma no clarifica cómo se aplica, en la práctica, esta concreta totalización de las bases de cotización. Si varios titulares disfrutan de una reducción de jornada para atender las necesidades de cuidado de un mismo sujeto causante (por ejemplo, varios hermanos solicitan en sus respectivos trabajos una reducción de jornada para hacerse cargo, entre todos ellos, de su padre anciano), la totalización de las bases de cotización se produciría con respecto a cada uno de ellos. ¿Pero qué ocurre si un mismo titular concatena varias reducciones de jornada con base en sujetos causantes diferentes? Ante la falta de concreción legal, ha sido la doctrina judicial la que ha arrojado algo de luz al respecto. En opinión de los Tribunales, en tal caso, el beneficio se aplicaría a las sucesivas reducciones de jornada⁷⁰. Pero esta solución no podría resultar de aplicación, en nuestra opinión, cuando se produce una concatenación de sucesivas reducciones de jornada con base en un mismo sujeto causante pues, en tal caso, el límite temporal se debería aplicar con respecto al conjunto. Ahora bien, ¿cómo hemos de proceder al cómputo de los tres años que merecen esta suerte de complementación a tiempo cotizado? En opinión de la entidad gestora, el período debe computarse desde el inicio de la reducción, con independencia de que se hayan producido períodos intercalados en los que se haya trabajado a tiempo completo. Pero la doctrina judicial no comparte este criterio, defendiendo que solo cabe contabilizar el tiempo en el que, efectivamente, la jornada de trabajo ha estado reducida por razones de cuidado, dejando fuera del cómputo esos períodos intercalados en los que se ha prestado servicios a tiempo completo⁷¹.

⁷⁰ SSTSJ Cataluña 13-4-2015, Rº 352/2015 y País Vasco 24-11-2015, Rº 2073/2015.

⁷¹ SSTSJ País Vasco 19-6-2018, Rº 1178/2018, 6-11-2018, Rº 1997/2018, 16-7-2019, Rº 1207/2019 y 14-1-2020, Rº 2229/2019.

Esta reforma resulta aplicable desde el día 18-3-2023 pero, al igual que ocurre con la reforma relativa al período de excedencia, el legislador no ha previsto norma transitoria alguna, por lo que no queda claro si esta modificación legislativa se aplica a las reducciones de jornada que tengan lugar a partir de esta fecha o a las prestaciones causadas tras la entrada en vigor del RD Ley 2/2023 con respecto a las cuales se pretenda hacer valer una reducción de jornada disfrutada con carácter previo. Aunque lo lógico sería aplicar esta última solución, hubiera convenido un pronunciamiento expreso por parte del legislador.

4.2.5. Complemento para reducir la brecha de género

En respuesta a la STJUE 12-12-2019 y en cumplimiento de la reforma 4ª del componente 30 del PRTR, el RD Ley 3/2021⁷² confirió una nueva redacción al art. 60 LGSS y, en su virtud⁷³, se sustituyó el antiguo complemento por maternidad, por un nuevo complemento para reducir la brecha de género a través del cual se pretende “*corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidado de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora*”.

Pues bien, por lo que respecta al complemento para la reducción de la brecha de género, el RD Ley 2/2023 ha incorporado los siguientes cambios:

En primer lugar, a partir del 1-1-2024, la reforma garantiza la revalorización anual del complemento en función del IPC, pues el art. único.5 RD Ley 2/2023 modifica el art. 58.2 LGSS para incluirlo de forma expresa.

En segundo lugar, la DT1ª RD Ley 2/2023 ha previsto un incremento adicional y puntual a la revalorización anual, que se concreta en el 10% durante los próximos años 2024 y 2025.

En tercer lugar, la reforma precisa cómo deben computarse las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más baja. Como sabemos, el complemento para la reducción de la brecha de género únicamente se puede percibir por uno de los dos progenitores. En el caso de que estemos ante dos madres, el complemento se reconoce a aquella persona que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Si nos encontramos ante dos padres (varones) el complemento se otorga al progenitor que acredite haber sufrido un impacto en su carrera de cotización. Y, de acreditarlo ambos, se acude igualmente al criterio de la cuantía para determinar la titularidad del derecho. Y, por último, si los dos progenitores son un hombre y una mujer y ambos acreditan los requisitos legalmente exigidos, se atribuye el complemento a quien sea titular de una pensión de importe menor.

⁷² Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (BOE 3-2-2021, núm. 29).

⁷³ Y su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Para facilitar la aplicación práctica de esta regla, el RD Ley 2/2023 ha añadido un nuevo apartado 7º en el art. 60 LGSS en virtud del cual para determinar qué pensión tiene menor cuantía se computará dicha prestación teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizada y sin tomar en consideración los complementos que pudieran corresponder. Además añade: Cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, *“el complemento se reconocerá a aquél que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento”*.⁷⁴

Finalmente, la reforma incorpora al texto de la norma la interpretación que del art. 60 LGSS estaba realizando la entidad gestora. El complemento para reducir la brecha de género se ha configurado como un beneficio preferentemente femenino, pues el legislador parte de una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual no se exige a las mujeres que acrediten el daño que la asunción de responsabilidades familiares ha provocado en su carrera de seguro. Los hombres, por su parte, pueden percibir este complemento pero, para ello, deben demostrar que su carrera de seguro se ha visto afectada por la asunción de las tareas de cuidado. Concretamente, a efectos de causar el complemento con respecto a la pensión de viudedad, es necesario que el beneficiario y el causante tengan hijos en común y alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad. Y, a efectos de causar el complemento sobre una pensión de jubilación o de incapacidad permanente, el requisito que se le exige al progenitor varón varía en función de la fecha en la que haya nacido el hijo:

- a) En el supuesto de hijos nacidos o adoptados hasta el 31-12-1994, el progenitor varón debe acreditar un período de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción y los tres años siguientes.
- b) En el supuesto de hijos nacidos o adoptados a partir del 1-1-1995, es necesario que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al mes del nacimiento o al mes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15%, a la suma de las bases de cotización de los 24 meses inmediatamente anteriores.

Pues bien, tras la reforma llevada a cabo por el RD Ley 2/2023, el legislador aclara que, en cualquiera de estos dos supuestos, para el cómputo de los períodos cotizados y de las bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 LGSS. De esta forma, se incorpora al texto de la norma lo que ya venía diciendo la propia entidad gestora en su criterio de gestión 32/2021⁷⁵, al objeto de

⁷⁴ Recordemos que si los progenitores son de distinto sexo y coinciden los importes, el complemento se reconocería a la madre, pues uno de los requisitos exigidos a los varones para ser beneficiarios del complemento es que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponden a la mujer.

⁷⁵ INSS. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio de gestión 32/2021, 23-11-2021.

evitar que un mecanismo de corrección previsto para paliar los efectos que los derechos de conciliación tienen sobre la carrera de seguro, provoque un efecto indeseado e impida el acceso al complemento. En definitiva, resultaría contradictorio que si un hombre ha disfrutado de una excedencia por cuidado de hijos o de una reducción de jornada por guarda legal no pudiera invocar ninguno de estos derechos como prueba de la asunción de las tareas de cuidado⁷⁶.

Esta puntualización tiene alcance retroactivo y será de aplicación para el reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género causadas desde el 4-2-2021 (DT 44ª LGSS, añadida por el art. único.44 RD Ley 2/2023).

4.2.6. Mejora de la pensión mínima

Las mujeres son mayoría en la percepción de las pensiones más bajas y, por esta razón, una política igualitaria requiere una revisión de su cuantía. Pues bien, en cumplimiento de la Recomendación 15ª del Informe de seguimiento del Pacto de Toledo de 2020, el RD Ley 2/2023 concreta cuál debe ser el umbral de suficiencia de las pensiones mínimas. Concretamente, la DA 53ª LGSS garantiza que, desde el año 2027, la cuantía mínima de la pensión de jubilación contributiva para un titular mayor de 65 años con cónyuge a cargo no puede ser inferior al umbral de pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos. Y, para determinar dicho suelo, se multiplicará por 1,5 el umbral de pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, actualizada en base al promedio de crecimiento interanual que haya registrado este mismo indicador en los últimos ocho años.

Para lograr esta convergencia en el año 2027, durante los próximos cuatro años, la brecha que exista se irá reduciendo de forma progresiva desde en los siguientes términos:

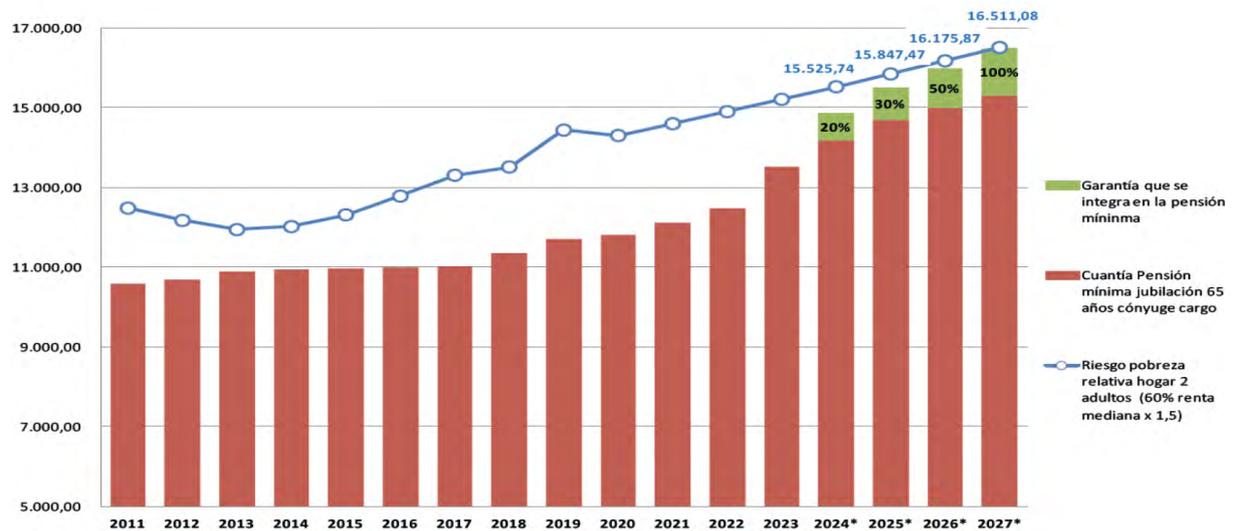
Año	Incremento
2023	El necesario para reducir la brecha un 20 %
2025	El necesario para reducir la brecha un 30 %
2026	El necesario para reducir la brecha un 50 %
2027	El necesario para alcanzar el umbral de pobreza calculando para un hogar de dos adultos

De esta forma, la garantía de suficiencia de las pensiones mínimas se implantará como muestra el siguiente gráfico⁷⁷:

⁷⁶ MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?”. *Revista de trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2023, núm. 475, p. 35.

⁷⁷ CCOO. Acuerdo de diálogo social para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y la sostenibilidad del sistema público de pensiones. Madrid: Secretaría Confederal de Comunicación de CCOO, 2023, p. 53.

Evolución riesgo pobreza relativa para un hogar 2 adultos VS. Pensión mínima jubilación +65 años cónyuge a cargo + efecto implantación Garantía suficiencia pensiones públicas (€/año)



Fuente: elaboración propia CCOO, datos INE y Seguridad Social

*datos 2024-2027 en base a las proyecciones de inflación Banco de España y Acuerdo 2ª fase Reforma pensiones 2021-2023

Asimismo, la norma prevé la equiparación desde el año 2024 de las pensiones mínimas de viudedad con cargas familiares y de las pensiones con cónyuge a cargo (salvo incapacidad permanente total cuyos titulares sean menores de 60 años), a la cuantía de la referida pensión de jubilación. El resto de las pensiones mínimas se incrementará anualmente al igual que las anteriores, pero en un 50%.

Por último, y por lo que respecta a las pensiones no contributivas, una vez revalorizadas conforme dispone el art. 62 LGSS, se incrementarían adicionalmente cada año, en el mismo período y por el mismo procedimiento, pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

4.3. Valoración de las medidas destinadas a reducir la brecha de género

No cabe duda de que lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en materia de prestaciones de la Seguridad Social, pasa necesariamente por conseguir la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Pero mientras ese objetivo no se consiga, está más que justificada la aplicación de medidas de acción positiva que confieran un trato desigual igualatorio. El elenco de medidas que ha previsto el RD Ley 2/2023 a este respecto merece una valoración muy positiva, pues con él prácticamente se logra la completa implementación de la Recomendación 17ª del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020. No obstante, presenta algunas disfunciones que merecen ser destacadas:

En primer lugar, no se comprende bien por qué la fecha de entrada en vigor de

alguna de estas medidas se ha pospuesto hasta el 1-1-2026, cuando en el propio preámbulo del RD Ley 2/2023 se advierte que el bloque de medidas dirigido a reducir la brecha de género “*se considera de extraordinaria y urgente necesidad*”⁷⁸.

En segundo lugar, la reforma no ha sido especialmente cuidadosa con los tránsitos y no ha previsto ninguna disposición al respecto, lo que suscita dudas con respecto a cuál es la fecha que ha de tomarse como hito temporal para determinar la legislación aplicable: ¿la vigente en la fecha en que se hizo uso del derecho de conciliación (la excedencia, la reducción de jornada) o en la fecha en que se produce el hecho causante de la prestación con respecto a la cual esta medida correctiva pretende hacerse valer?⁷⁹

Además, los criterios de corrección siguen resultando insuficientes. Y ejemplo paradigmático de lo expuesto, es que la ley 21/2021 no ha introducido ningún correctivo para favorecer el acceso de las mujeres a la jubilación anticipada. Sabemos que para acceder a la jubilación anticipada voluntaria, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad [art. 208.1. c) LGSS]. Lo que ocurre es que las estadísticas evidencian que las mujeres presentan más dificultades que los hombres para acceder a una prestación de carácter contributivo (pues acreditan carreras de cotización más cortas) y una mayor probabilidad de generar pensiones contributivas de menor cuantía. Pues bien, si tenemos en cuenta, de un lado, que cerca de un 30% de las pensiones de jubilación percibidas por mujeres están complementadas a mínimos y, de otro, que el requisito de carencia se ha concretado en 35 años cotizados para devengar la jubilación anticipada voluntaria, es obvio que las mujeres tienen más dificultades que los hombres para jubilarse antes de la edad legal. Y es posible que ésta sea una de las causas por las cuales sólo un 28% de las pensiones de jubilación anticipadas son percibidas por mujeres y por las que la edad media de jubilación de las mujeres (65,1 años) es superior a la edad media de jubilación de los hombres (64,3 años). Sin embargo, según la STJUE 21-1-2021, el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, “aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores”.

Bibliografía

ANGHEL, Brindusa, PUENTE DÍAZ, Sergio y RAMOS, Roberto. “Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobada en 2023”. *Boletín*

⁷⁸ LÓPEZ GANDÍA, Juan. “Las recientes reformas de Seguridad Social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo”. *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101, p. 41.

⁷⁹ Ver al respecto, SSTSJ Aragón 31-5-2010, R° 338/2010, Castilla-La Mancha 5-7-2010, R° 594/2010, Andalucía 25-9-2014, R° 3139/2013, La Rioja 11-12-2015, R° 340/2015. STS 20-7-2016, R° 568/2015-

- Económico Banco de España*, 2023, núm. 2, pp. 1 a 12.
- AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). *Documento técnico sobre el impacto de las reformas del sistema de pensiones entre 2021 y 2023. Documento Técnico 1/23*.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. “El nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)”. *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 99.
- BLAZQUEZ AGUDO, Eva. “El mecanismo de equidad intergeneracional”. Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publicado el 22-11-2021. Disponible en internet: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/11/MEI.pdf>
- CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, vol. 33, núm 2, pp. 311 a 328.
- COMAS BARCELÓ, Antonio. *El tope máximo de las pensiones en el sistema de la Seguridad Social: una limitación injusta*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 138 p. [Colección Laboral, núm. 170]
- CONDE-RUIZ, J. Ignacio y GONZÁLEZ, Clara I., *La «reforma silenciosa»: los efectos de los límites máximos y mínimos (de cotización y pensiones) sobre la sostenibilidad del sistema*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, 54 p.
- DE LA FUENTE, Ángel. “Los efectos presupuestarios de la reforma de las pensiones de 2021-23: i) Las medidas del Real Decreto-Ley 2/2023”. *Estudios sobre Economía Española*, 2023, núm. 9.
- DESDENTADO BENETE, Aurelio. “Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social”. *Tribuna Social*, 1998, núm. 85, pp. 88 a 103.
- DEVESA, E., DEVESA, M., DOMÍNGUEZ, I., ENCINAS, B. y MENEU R. “Efectos de la ampliación a 35 años del cálculo de la base reguladora, eligiendo los 25 mejores, en el sistema de pensiones de jubilación español”. *Ivie*, 2022, Working Papers Ivie núm. 2022-6. Disponible en: http://doi.org/10.12842/WPIVIE_0622.
- GETE CASTRILLO, Pedro. *El nuevo Derecho Común de las pensiones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 1997, 695 p.
- JIMENO SERRANO, Juan Francisco. “La equidad intrageneracional de los sistemas de pensiones”, *Revista de economía aplicada*, 2003, núm. 33, pp. 5 a 48.
- LABOUR ASOCIADOS. *La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, 52 p.
- LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen. “Las propuestas del Pacto de Toledo de 2020 frente a la brecha de género laboral y prestacional: particular atención a las recomendaciones implementadas por el RD-L 2/2023, de 16 de marzo”, *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101, pp. 51 a 75.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan, “La aplicación de la teoría del paréntesis y la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10

- de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 11, pp. 1309 a 1329.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. “Las recientes reformas de Seguridad Social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo”. *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101, pp. 31 a 50.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones”. *Revista de trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2023, núm. 473, pp. 25 a 59.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. “La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?”. *Revista de trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2023, núm. 475, pp. 9 a 42.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. “Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2023, núm. 35, pp. 13 a 41.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael; PEDRAZA, PABLO de; ANTÓN, José Ignacio, et al., “Vida laboral y pensiones de jubilación en España: simulación de los efectos de una reforma paramétrica”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2011, vol. 64, núm. 1, pp. 83 a 105.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel. “La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social. ¿Cambio de rumbo en la sostenibilidad de las pensiones”. *Temas Laborales*, 2022, núm. 163, pp. 29 a 61.
- QUINTERO LIMA, M^a Gema. *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 210 a 221.
- ROMERO CORONADO, Juan, “La integración de lagunas de los períodos en los que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, 2010, vol. III, núm. 5, pp. 33 a 41.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Alfonso R., *Cambio demográfico y sistema de pensiones en España: efectos redistributivos intra e intergeneracionales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2007, 100 p.
- TORTUERO PLAZA, José Luis. “El mecanismo de equidad intergeneracional”. Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publicado el 22-11-2021. Disponible en internet: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/11/MEI.pdf>
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La pensión de jubilación máxima. El tope de la pensión de jubilación”. En: LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (coord.). *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 970 a 998.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la; DESDENTADO BONETE, Aurelio, *Manual de Seguridad Social*. 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 1979, 757 p.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

La prestación por nacimiento y cuidado ante la muerte prenatal: su reconocimiento al padre o progenitor distinto de la madre biológica

Parental leave in the event of prenatal death: its recognition to the father or parent other than the biological mother

María del Mar Crespí Ferriol

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de las Islas Baleares

ORCID ID: 0000-0002-0415-6876

Recibido: 26/3/2023

Aceptado: 14/4;/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7942

Resumen: La muerte prenatal supone para la madre el derecho a un permiso laboral equivalente al que se le reconoce al tener un hijo vivo. Sin embargo, en el caso del progenitor distinto a la madre biológica, dicho derecho está en cuestión, habiendo sido negado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de julio de 2022. En este trabajo se realiza una aproximación crítica a este problema, partiendo de una revisión histórica de la regulación positiva, para aportar argumentos en favor del tratamiento jurídico igualitario de la madre y el padre. En este mismo sentido apunta la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia que se había venido pronunciado mayoritariamente a favor de la concesión del descanso paternal y, más aún, la reforma legislativa del Real Decretoley 6/2019, que unifica las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad.

Palabras clave: conciliación de la vida personal, laboral y familiar, corresponsabilidad, igualdad de género, prestaciones de Seguridad Social.

Abstract: Prenatal death entitles the mother to a period of leave equivalent to that granted in the case of having a living child. However, in the case of the parent other than the biological mother, this right is in question, having been denied by the Supreme Court in its ruling of 5 July 2022. This paper takes a critical approach to this problem, starting with a historical review of the positive regulation, to provide arguments in favour of the equal legal treatment of the mother and the father. In this sense, Regional Courts of Justice had been pronouncing in favour of granting paternal leave and, moreover, the legislative reform of Royal Decree-Law 6/2019, unifies the former maternity and paternity benefits, pointing in the same direction.

Keywords: Reconciliation of personal, work and family life, co-responsibility, gender equality, social security benefits.

1. Consideraciones generales

La Organización Mundial de la Salud define la muerte prenatal como aquella muerte del hijo o hija que se produce antes de nacer (anteparto) o durante el parto (intraparto), siempre que se hayan superado las 28 semanas de gestación¹. El mismo suceso se conoce también, en el ámbito médico, como muerte fetal tardía o muerte gestacional. Asimismo, dicho fenómeno se englobaría dentro de lo que se denomina muerte perinatal, aunque esta categoría incluye, además, los fallecimientos que se producen dentro de la primera semana de vida del recién nacido. En todo caso, el límite de las 28 semanas de gestación es el momento a partir del cual se considera que el feto sería viable fuera del seno materno y su superación permite delimitar el concepto médico de aborto, como supuesto de interrupción del embarazo que se produce en las fases más tempranas de la gestación.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística², la tasa de mortalidad fetal tardía en España, en la que se registran las muertes prenatales producidas en todo el territorio nacional, ha experimentado un descenso constante desde que existen datos disponibles. Mientras que en el año 1975 se producían 11,21 defunciones por cada mil nacidos, hoy en día esta tasa de mortalidad ha descendido a 2,7 muertes por la misma cantidad de alumbramientos. Y, aunque esta mejora es un indicador claro del progreso económico y desarrollo sanitario de nuestro país, la muerte gestacional sigue teniendo una importancia cuantitativa relevante, ya que, en términos absolutos, en el año 2020 se registraron un total de 1.022 muertes gestacionales, la mayoría por afecciones del feto originadas en el periodo perinatal o por complicaciones maternas del embarazo.

Pues bien, históricamente, la legislación laboral y de Seguridad Social no se refería al tratamiento jurídico que debía darse a la muerte antenatal a la hora de aplicar o no la protección social por maternidad. Con todo, dicha laguna fue resuelta mediante la articulación de una regulación progresivamente exhaustiva que ha tendido a la equiparación de los derechos de todas las madres. En la actualidad, no es controvertido que las madres biológicas tienen derecho al disfrute íntegro de las 16 semanas de descanso por nacimiento y cuidado del hijo o hija con independencia de (i) que den a luz a un hijo ya fallecido o que fallezca durante el parto, siempre que hubiera superado los 180 días de gestación, (ii) que el hijo fallezca en los meses posteriores al nacimiento o (iii) que el hijo nazca vivo y sobreviva al periodo de disfrute de la prestación.

Solucionada dicha cuestión, en los últimos años ha surgido una nueva discusión en torno a la posibilidad de proteger igualmente al padre en el caso de la muerte antenatal, primero, mediante la prestación por paternidad y, después, mediante la prestación por nacimiento y cuidado de hijo o hija en su modalidad de disfrute por el progenitor distinto de la madre biológica. Ello se debe a que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación reglamentaria de la prestación por paternidad veta explícitamente esta posibilidad, pero los avances legislativos y sociales en materia de igualdad de género han

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Para que cada bebé cuente: Auditoria y examen de las muertes prenatales y neonatales*, Ginebra, WHO Publication Services, 2017, p. 18.

² Estadística de Defunciones según la Causa de Muerte. Ficha IOE actual: 30417.

permitido poner en cuestión su validez. Tan es así que los Tribunales Superiores de Justicia habían venido dictando varias sentencias que mostraban un consenso ampliamente generalizado en favor del reconocimiento de este derecho, en contra del criterio del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) que, con algún que otro vaivén, se opone a su concesión en el ámbito administrativo.

Esta tendencia favorable a la concesión del descanso parental ante el fallecimiento del feto contaba con el apoyo mayoritario de la doctrina laboralista y, además, se vio fuertemente reforzada por la entrada en vigor el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante, Real Decreto-ley 6/2019). La norma no aborda esta cuestión de forma directa y explícita, pero proporciona argumentos más que sólidos para apuntalar un tratamiento jurídico igualitario de ambos progenitores ante una misma situación de necesidad, al unificar la maternidad y la paternidad bajo una única prestación de Seguridad Social por nacimiento y cuidado de hijo o hija.

Sin embargo, la tendencia apuntada se ha visto recientemente truncada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022³ en que la Sala Cuarta, en Pleno, ha negado que los padres deban disfrutar de ningún descanso en el caso de que el hijo o hija nacido no sobreviva al parto. El presente trabajo aporta una visión crítica de tal resolución judicial, cuyo criterio no ha sido precisamente pacífico, puesto que cuenta con un voto particular y, además, ya ha sido contravenido por algunos Tribunales Superiores de Justicia. Todo ello, en fin, pone de manifiesto la necesidad de actualizar una regulación reglamentaria obsoleta que perjudica la seguridad jurídica y genera una litigiosidad que es desproporcionada para la magnitud cuantitativa del problema. En mi opinión, además, existen múltiples argumentos jurídicos para que dicha actualización se produzca en el sentido de reconocer expresamente al padre el mismo derecho del que disfruta la madre en el caso de muerte prenatal del hijo o hija en común, como ya ocurre, en determinados casos, en el contexto internacional⁴.

2. La regulación legal de la muerte prenatal en relación con el permiso por maternidad

En un principio, nuestro ordenamiento jurídico laboral no contemplaba expresamente la particularidad de la muerte prenatal al regular el derecho a la prestación por mater-

³ Rº. 906/2019.

⁴ Varios países han establecido en la legislación positiva la aplicabilidad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar que se reconocen al padre, también en los casos de muerte prenatal. Por ejemplo, el padre de un hijo fallecido puede disfrutar de una excedencia de hasta 12 meses en Australia, de un permiso retribuido de 5 días en Malta o de una prestación de paternidad de tres meses íntegra y equivalente a la de la madre en el caso de Islandia. Vid., al respecto, INTERNATIONAL NETWORK ON LEAVE POLICIES AND RESEARCH, *18th International Review of Leave Policies and Related Research 2022*, Hagen, Publikationsserver der Universitätsbibliothek, 2022, *passim*.

nidad en el caso del fallecimiento del hijo. En este sentido, la normativa reglamentaria solo establecía, con carácter genérico, que la muerte del hijo no relevaría a la madre de la obligación de descansar durante los días que le faltaran por completar el periodo obligatorio de seis semanas de suspensión contractual⁵. Si bien, ello no obstaba a que, tradicionalmente, se viniera entendiendo que el denominado parto malogrado, parto frustrado o parto con resultado de criatura muerta quedaba protegido por la contingencia de maternidad, siempre que el feto fallecido hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días de gestación⁶. Así lo reconocía la jurisprudencia⁷ (aunque con discrepancias sobre la posibilidad de ampliar el periodo de disfrute del derecho en el caso de parto múltiple con resultado de muerte⁸). Por tanto, para acceder a la maternidad nunca se había requerido, ni siquiera cuando la legislación laboral no se refería a esta circunstancia, que el hijo o hija adquiriera la personalidad civil, lo que en ese momento significaba que el feto hubiera nacido y viviera “*veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*” (art. 30 CC en su redacción de 1889).

En cambio, si la pérdida del embrión o feto se daba antes de alcanzar el tercer trimestre de gestación, ya fuera de forma espontánea o provocada, lo que se producía era un aborto, que no daba lugar a la prestación de maternidad⁹. Y esta distinción se ha mantenido firme hasta la actualidad¹⁰. Por lo tanto, en los supuestos de partos anteriores a los 180 días de embarazo, la situación de la mujer ha venido protegiéndose, en su caso, por la vía de la prestación por incapacidad temporal¹¹. Tan es así que la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha dado una nueva redacción al artículo 169.1.a LGSS para prever como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella en la que se encuentre una

⁵ Art. 6.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas y, en desarrollo del mismo, art. 12.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social.

⁶ RIVAS VALLEJO, María Pilar, El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, *Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 31.

⁷ Vid., la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 26 junio 2003 (Rº. 393/2003).

⁸ En la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 15 de mayo 2001 (Rº. 569/2001) se concedían 12 semanas de prestación por maternidad por el alumbramiento de dos hijas que fallecieron el mismo día, mientras que en la STSJ de Madrid, de 1 de julio 1997 (Rº. 5288/1996) se deniega la ampliación del permiso más allá del periodo obligatorio de 6 semanas porque la necesidad de descanso y recuperación “*no se ve agravada por la presencia de uno o más hijos [fallecidos]*”.

⁹ Vid., LÓPEZ ANIORTE, M^a Carmen, Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 2018, p. 20 y MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, La nueva protección por nacimiento, *Temas Laborales*, 66, 2002, p. 281.

¹⁰ De hecho, se ha venido afirmado en la jurisprudencia que “*La situación protegida por la prestación de maternidad ‘biológica’ no es el embarazo, sino el alumbramiento que tenga lugar tras más de 180 días de vida fetal con independencia de que el feto nazca vivo o muerto*”. Vid., STSJ de Galicia, de 22 de febrero de 2017 (Rº 3873/2016) y STSJ de Valencia, de 24 de mayo de 2022 (Rº 3586/2021).

¹¹ Vid., la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 28 de octubre de 1999 (Rº 909/1998).

mujer ante “*la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo*”¹². De tal modo se colma una laguna de la que había dado cuenta la doctrina¹³, al señalar que la prestación por incapacidad temporal ‘ordinaria’ no cumple con la función de salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, en una situación que está íntimamente ligada a la maternidad y que solo sufren las mujeres¹⁴.

Volviendo a la muerte prenatal del hijo o hija, la primera vez que, sin denominarlo explícitamente como tal, el legislador laboral se hace cargo de este problema y le otorga un tratamiento jurídico explícito en la legislación positiva es con la aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Dicha norma establecía en su artículo 7.2 que, en el supuesto de fallecimiento del hijo, la madre tendría derecho a disfrutar del periodo de descanso obligatorio de la prestación por maternidad, incluso aunque aquel no reuniera “*las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días*”¹⁵. De tal modo se cumplía con los estándares básicos exigidos a nivel internacional, conforme a los que el periodo de descanso imperativo postparto no puede verse impedido en caso de muerte prenatal¹⁶.

Por tanto, el fallecimiento del hijo o hija en estado avanzado de gestación no afectaría en ningún caso al disfrute del periodo obligatorio del descanso por maternidad, con independencia de que este se produjera antes, durante o después del parto. El reconocimiento de este derecho tenía claramente una función exclusivamente ceñida a la recuperación posparto de la trabajadora, ya que la madre de un hijo fallecido no tenía derecho

¹² En tal caso, conforme a la nueva redacción del artículo 173.1 LGSS *in fine* “*el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja*”. Ello implica (i) que no se aplica el periodo de espera general de tres días que se aplica como regla general a las incapacidades temporales por causas comunes y (ii) que la empresa queda liberada de asumir el coste de la prestación de los días cuarto a decimoquinto de baja.

¹³ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 2020, p. 5.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, La protección jurídico-laboral de la maternidad: Algunas cuestiones pendientes, *Temas Laborales*, 82, 2005, pp. 71 y 72.

¹⁵ Es norma era coherente, a su vez, con la regulación vigente del art. 48.4 ET, que se refería de forma expresa a “*los supuestos de parto*” al regular la suspensión contractual, por lo que podían entenderse incluidos los supuestos de nacimiento sin vida. Con PANIZO ROBLES, José Antonio, La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 313, 2009, p. 12.

¹⁶ En su Solicitud Directa a Hungría C103, de 1994, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo exigía que las seis semanas de descanso postparto obligatorio se garantizaran igualmente a la madre en el caso de muerte prenatal. Vid., INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Maternity and Paternity at work: Law and practice across the world*, Ginebra, International Labour Office, 2014, p. 15. Igualmente, el mismo requerimiento se reitera posteriormente en la Solicitud Directa a Latvia C3, de 2009.

al periodo de descanso voluntario adicional. Es decir, el reglamento no distinguía entre la muerte prenatal o postparto del hijo o hija, porque el trastorno que implica el parto para el cuerpo de la mujer es equivalente en ambos casos. Pero, al mismo tiempo, por su finalidad estrictamente conectada a la recuperación física tras el nacimiento, las madres de hijos o hijas fallecidos no tenían derecho a las diez semanas adicionales de periodo voluntario de disfrute de la prestación. Tales semanas se concebían claramente como destinadas al cuidado del recién nacido, por lo que no se disfrutaban si este no sobrevivía al periodo de descanso obligatorio¹⁷.

Esta situación cambia con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por la que se incorpora al artículo 48.4 ET un inciso conforme al que “*En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo*”. Con ello, se reconoce en una disposición de rango legal que las madres de hijos fallecidos tienen derecho a disfrutar del permiso íntegro, tanto en su periodo obligatorio, como en su periodo voluntario. Es decir, la extensión del permiso al periodo voluntario ya no aparece condicionada a que el hijo sobreviva al periodo obligatorio de la prestación, sino solo a la voluntad de la propia madre. Además, este principio conforme al cual el fallecimiento del hijo no perjudica el disfrute del derecho, se aplica con independencia del momento en el que se haya producido la muerte, ya sea antes o después del parto. Así se establece expresamente a través de su desarrollo reglamentario, concretamente, en el artículo 8.4, segundo párrafo, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (en adelante, Real Decreto 295/2009).

Por ende, ha de entenderse que esta ampliación de la protección dispensada a la madre obedece a una intención legislativa que ya va más allá de la mera protección de su salud física, para lo que podría ser suficiente con el periodo de descanso obligatorio. Así, la protección adicional que concede la Ley de Igualdad puede conectarse con la protección de la salud mental de la madre que acaba de perder a un hijo o con la necesidad de readaptar la unidad familiar a una situación imprevista en un momento especialmente crítico¹⁸. A este respecto, la literatura científica ha destacado el shock que representa la pérdida súbita de un hijo o hija cuya bienvenida al mundo se había estado preparando durante meses¹⁹. Y, además, a mi modo de ver, puede conectarse con una opción de

¹⁷ RIVAS VALLEJO, María Pilar, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 95.

¹⁸ En este sentido, la ciencia médica ha descrito ampliamente que el duelo perinatal (el que se experimenta como resultado de la muerte de un hijo en los días anteriores o posteriores al parto) tiene una especial afectación sobre los progenitores, que padecen una grave desorientación y desorganización en su vida cotidiana. Vid., por ejemplo, en este sentido, MARTOS LÓPEZ, Isabel.; SÁNCHEZ GUIASADO, María del Mar y GUEDES ARBELO, Chaxiraxi., Duelo por muerte perinatal, un duelo desautorizado, *Revista Española de Comunicación en Salud*, 7, 2016, pp. 302 y ss.

¹⁹ BADENHORST, William; RICHES, Samantha.; TURTON, Penelope y HUGUES, Patricia, The psychological effects of stillbirth and neonatal death on fathers: systematic review, *Journal of Psychosomatic*

política del Derecho que concreta un ideal ético por el que un hecho tan desafortunado como una muerte de un hijo o hija no debería suponer la retirada involuntaria de un derecho propio del sistema público de protección social antes de completarse su duración legalmente prevista.

A mayor abundamiento, el propósito del derecho queda todavía más en evidencia, si cabe, considerando, el artículo 8.4 *in fine* del Real Decreto 295/2009. Tal precepto establece que el derecho de la madre se mantiene igualmente “*en el caso de fallecimiento de hijos adoptados o de menores acogidos*”. En tal supuesto, es palmario que no se ha producido alumbramiento alguno del que deban recuperarse los progenitores. Por lo tanto, queda claro, y esto será muy relevante para la tesis que se plantea en este trabajo, que desde la nueva configuración que realiza la Ley Orgánica 3/2007, el disfrute de la prestación por maternidad en el caso del fallecimiento del hijo no se dirige únicamente a la recuperación física de la madre en el periodo de puerperio.

3. La negativa reglamentaria del permiso de paternidad y sus primeros cuestionamientos ante los Tribunales Superiores de Justicia

En cambio, por lo que concierne al padre o progenitor no gestante, la configuración que la Ley Orgánica 3/2007 realizó del permiso de paternidad en el artículo 48 bis ET no contempló en su momento la afectación de este derecho ante la muerte del hijo. Si bien, el desarrollo reglamentario de la correspondiente prestación de la Seguridad Social sí abordó esta cuestión a través del artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 disponiendo que “*No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido*”. Ello implica que, como la suspensión del contrato se inicia con el parto (segundo párrafo del art. 48.bis ET), el padre queda privado, por vía reglamentaria, de protección social en los supuestos de muerte antenatal.

A la vista de la desigualdad de trato que el Real Decreto 295/2009 dispensa a las madres y padres frente a un mismo supuesto de hecho, diversos padres de hijos o hijas fallecidos antes de nacer o antes de superar las 24 horas de vida habían venido cuestionando, con éxito, la legalidad del artículo 26.7 ante los tribunales de justicia. Y, en efecto, casi todos los Tribunales Superiores de Justicia que se pronunciaron sobre esta cuestión, ya antes de la reforma del 2019, se mostraron favorables al reconocimiento de la suspensión contractual y la prestación de Seguridad Social por paternidad: el del País Vasco en dos ocasiones²⁰, el de Castilla-La Mancha²¹ y el de Asturias²². Todos, a excepción del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuyo pronunciamiento sería después recurrido

Obstetrics & Gynecology, 27, 2006, p. 56.

²⁰ STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 2010 (R° 2484/2010) y STSJ del País Vasco, de 29 de mayo de 2018 (R° 982/2018).

²¹ STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de abril de 2019 (R° 79/2018).

²² STSJ de Asturias, de 17 de abril de 2018 (R° 3096/2017).

para dar lugar a la sentencia del Tribunal Supremo que se examina en el quinto epígrafe. En síntesis, la vía jurídica a través de la que se reconocía el derecho era la inaplicación del artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, por considerarlo contrario al texto entonces vigente de la Ley General de la Seguridad Social²³ y, por lo tanto, contrario al principio de jerarquía normativa.

Por una parte, en el plano gramatical, se consideraba que la aplicación del artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 conducía a la configuración de una noción excesivamente restrictiva de lo que debía entenderse por “*nacimiento de hijo*”, como supuesto de hecho causante de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de la Seguridad Social. A este respecto, se entendía que el alumbramiento de un hijo o hija fallecido pocas horas antes o después del parto debía entenderse comprendido en el concepto legal de “*nacimiento*” al tratarse de embarazos de duración completa llegados a término, pese a que tuvieran un desenlace desafortunado. Es decir, si la ley garantizaba la concesión del derecho en el momento en que se producía el nacimiento, sin condicionarlo a ningún otro factor o circunstancia, el reglamento estaría añadiendo una restricción sin apoyo legal alguno y, por tanto, ilegal, al exigir, además, la supervivencia al parto del hijo o hija²⁴.

Además, se entendía también que la regulación de la adquisición de la personalidad contenida en el Código Civil no podía utilizarse como fundamento jurídico para apoyar una interpretación restrictiva del concepto de nacimiento. Así, los tribunales consideraban que los requisitos de que el feto sobreviviera durante 24 horas (vigente hasta el año 2011²⁵) o de que simplemente naciera con vida “*una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*” (vigente en la actualidad), se establecen en orden a delimitar la adquisición de derechos civiles por parte de la persona nacida. Pero, en cambio, son factores irrelevantes para la delimitación del concepto jurídico de nacimiento empleado en el ámbito social y para la adquisición de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral por parte de terceros, que en este caso son sus progenitores. De hecho, el artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009 evidencia la separación de la normativa civil cuando descarta expresamente que, para el acceso a la prestación por maternidad, deban cumplirse “*las condiciones en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad*”.

²³ Se refieren las sentencias citadas al artículo 133 octies de la entonces vigente Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que establecía que “*A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo...*”

²⁴ En este sentido, Vid., LOUSADA AROCHENA, José Fernando, El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 24, 2009, p. 6.

Por su parte, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, *Padres corresponsables ¿discriminados? O una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social*, Unión Europea Aranzadi, 6, 2020, p. 13, argumenta con base a dicho razonamiento, que los hijos nacidos sin vida deben de poder computarse a la hora de percibir el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género contemplado en el art. 60 LGSS.

²⁵ El precepto fue modificado por la Disposición final 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Por otra parte, en el plano teleológico, se argumentaba igualmente que la regulación reglamentaria era contraria al propósito perseguido por el legislador al reconocer el permiso de paternidad en la Ley Orgánica 3/2007, que no era otro que favorecer la igualdad de género, a través de la ampliación de los derechos de conciliación de los padres²⁶. En particular, tal prestación estaba orientada a mitigar la tradicional atribución de roles sociales de cuidados claramente diferenciados entre mujeres y hombres, buscando una mayor implicación de estos últimos en las responsabilidades familiares y domésticas. Por ende, si se había producido una situación paralela a la maternidad, con un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre del hijo o hija que no había sobrevivido, debían reconocerse en igualdad, el permiso de maternidad (no cuestionado) a la madre y el permiso de paternidad al padre. De lo contrario, ante el mismo hecho causante, el padre debía continuar trabajando y la madre quedaba apartada del ámbito laboral, encargándose de las obligaciones familiares, integradas por el cuidado de (otros) hijos y otros parientes, así como la realización de las tareas domésticas.

Además, a las anteriores razones se añadía acertadamente, desde el ámbito doctrinal, que, si la finalidad del permiso de paternidad era propiciar la corresponsabilidad familiar, esta no abarcaba solamente el cuidado del hijo, sino también el cuidado de la mujer puerpera o que había visto interrumpida su gestación ya madura, que tenía que reponerse de las consecuencias físicas y psicológicas del proceso biológico generativo, con independencia del resultado del parto²⁷. Es decir, si el menor fallecía antes del inicio del permiso de paternidad, este debía mantenerse, porque, pese a la pérdida gestacional y la ausencia de recién nacido, quedaba igualmente por cumplir la función de acompañamiento de la madre²⁸.

4. La incidencia de la reforma del Real Decreto-ley 6/2019

Recientemente, el Real Decreto-ley 6/2019 ha unificado las prestaciones por maternidad y paternidad, incidiendo también, de manera sutil pero determinante, en la materia que aquí se trata. Esta norma equipara la duración de los permisos y prestaciones por nacimiento de hijo o hija del padre y la madre, configurándolos, además, como personales e intransferibles²⁹. De este modo, se supera el modelo anterior en que maternidad y paternidad tenían duraciones distintas y que propiciaba el mantenimiento de los roles

²⁶ Vid., LLORENS ESPADA, Julen, Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad, *Lan Harremanak*, 38, 2017, p. 149.

²⁷ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad, *Revista de Trabajo y Seguridad social CEF*, 300, 2008, p. 83.

²⁸ GALA DURÁN, Carolina, El permiso por paternidad: Un balance tras casi diez años desde su implantación, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 406, 2017, p. 68.

²⁹ Vid., CORDERO GORDILLO, Vanessa, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3, 2019, p. 10 y ss.

de género y favorecía la brecha laboral entre mujeres y hombres, al generar una mayor desvinculación de las mujeres con respecto a su vida laboral por motivos de conciliación con su vida personal y familiar. Ello tenía consecuencias desfavorables sobradamente conocidas, por ejemplo, en materia salarial, de promoción profesional o de brecha económica de género en materia de pensiones.

El propósito del Real Decreto-ley 6/2019, de acuerdo con su propia exposición de motivos, es el de perseguir la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, atendiendo a “una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. También pretende dar “un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”. Es decir, la nueva regulación de los permisos por nacimiento y cuidado se propone reconocer la igualdad de derechos para ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo o hija, en atención al principio constitucional de igualdad de trato y, por ende, este propósito debe orientar su interpretación jurídica³⁰.

Tal propósito conecta directamente con el de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Esta Directiva es de destacar en el sentido de que, pese a que no obliga a ampliar el permiso por nacimiento y cuidado de hijo regulado por el Real Decreto-ley 6/2019, cuya duración ya supera los estándares mínimos europeos, sí obliga, desde el momento de su entrada en vigor³¹, a realizar una interpretación de la norma nacional que sea conforme a los objetivos de la normativa europea. Pues bien, entre dichos objetivos se encuentran los de que las políticas de conciliación contribuyan a lograr la igualdad de género, promoviendo un reparto igualitario de las responsabilidades familiares (Cdo. 6) y el de acabar con un diseño de las políticas de conciliación

³⁰ Vid., PERÁN QUESADA, Salvador, De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 2019, pp. 140 y 141.

³¹ La Directiva entró en vigor el día 12 de julio de 2019, y el plazo para su trasposición por los estados miembros terminó el día 2 de agosto de 2022, sin que España haya cumplido hasta el momento con la obligación de adaptar su legislación interna. Por lo demás, el anteproyecto de ley que está llamado a cumplir esta misión (Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo) no prevé ninguna modificación del artículo 48 ET, quinto párrafo, en su inciso relativo al mantenimiento del derecho en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija.

que incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar, creando incentivos para que los hombres se acojan a los permisos de paternidad (Cdos. 11, 16 y 29).

En particular, la Directiva establece, en su artículo 4, que el padre debe disfrutar del permiso de paternidad “*con ocasión del nacimiento de su hijo*”, sin que el concepto de nacimiento se haga equivalente, a nivel europeo, a la superación del parto con vida. Así queda evidenciado cuando se indica que el permiso de paternidad debe disfrutarse en torno al momento del nacimiento, con el fin de prestar asistencia al hijo, sin perjuicio de que el mismo permiso pueda concederse también en el caso de muerte fetal (Cdo. 19). En este mismo sentido, además, la Directiva alienta a los estados miembros a adaptar los requisitos de acceso a la prestación a las “*necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas*” (Cdo. 37), entre las que se incluyen expresamente los nacimientos múltiples o prematuros, pero podrían abarcarse también razonablemente los embarazos o partos con resultado de muerte.

4.1. *Trascendencia de las modificaciones legislativas y falta de desarrollo reglamentario*

Por lo que aquí más importa, el Real Decreto-ley 6/2019 introduce en el artículo 48.4 ET dos novedades que son muy relevantes a la hora de resolver el problema del tratamiento que se deba dar al progenitor no gestante ante la muerte del hijo o hija. Primera, el precepto establece de forma explícita cuál es en cada caso la finalidad del periodo de descanso obligatorio del progenitor gestante y no gestante. En el caso de la madre gestante, se hace explícito que su contrato se suspende durante las seis primeras semanas “*para asegurar la protección de la salud*”. En el caso del padre, dicha obligatoriedad se dispone “*para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil*”. Con ello se evidencia, una vez más, que el propósito de protección de la salud de la madre biológica queda restringido al periodo obligatorio de descanso. Es decir, cabe entender, *a contrario sensu*, que el periodo voluntario de descanso no se garantiza con una vocación sanitaria, ya que es facultativo. Por tanto, en la medida en que la madre disfruta de un derecho que está desconectado de su recuperación física postparto, también en el caso de muerte prenatal, carece de sentido negarle al padre la misma posibilidad, por el mero hecho de que no haya sufrido un parto.

La segunda novedad importante que comporta el Real Decreto-ley 6/2019 es que el inciso que regula la suspensión en el supuesto de fallecimiento de hijo o hija³² se desengarza sistemáticamente de la regulación del derecho al descanso de la madre, separándose del primer párrafo del epígrafe. En su lugar, pasa al quinto párrafo, después de que se expongan los derechos de la madre y del padre, por lo que debe entenderse que es aplicable a ambos por igual. Además, también cambia su configuración gramatical adoptando

³² “*En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo*”.

ahora una formulación neutra aplicable tanto al progenitor gestante como no gestante. Donde antes se decía que el fallecimiento del hijo no reduciría el periodo de suspensión salvo que “*la madre*” lo solicitara después del periodo obligatorio, actualmente se indica que sucederá lo mismo salvo que “*se solicite*” la reincorporación. Se trata de una formulación completamente inclusiva de los dos progenitores que les ofrece un tratamiento equivalente con independencia de su sexo.

Además, este cambio de redacción no es meramente simbólico, sino que tiene un efecto práctico muy relevante, que no se daba con la regulación anterior: en caso de fallecimiento del hijo, el padre debe disfrutar obligatoriamente de las seis primeras semanas del periodo de suspensión. Es decir, las seis primeras semanas de descanso son irrenunciables para el padre, aunque su deber de cuidado del hijo o hija haya desaparecido por su fallecimiento³³. Ello pone de manifiesto que el legislador tiene en mente, como bien jurídico merecedor de protección social, no solo la tutela de la madre biológica para la protección de su propia salud, sino también la tutela del padre, destinada a que este ofrezca a su pareja la asistencia necesaria para su recuperación postparto³⁴, ya no de forma voluntaria sino por imperativo legal. Y, como es evidente, tal bien jurídico protegido está igualmente presente con independencia de que el fallecimiento del hijo o hija se produzca antes o después del nacimiento.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta, respecto del Real Decreto-ley 6/2019, que la reforma legislativa que ha emprendido no se ha acompañado todavía de una reforma reglamentaria del Real Decreto 295/2009³⁵. Por consiguiente, en el momento de redactar estas líneas, tres años después de su entrada en vigor, el Gobierno está incumpliendo la disposición final primera, que lo obliga a dictar, en el plazo de seis meses, las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo del propio Real Decreto-Ley. Es decir, no se ha modificado el Real Decreto 295/2009 para ajustarlo a la unificación de la prestación, lo que indica que este texto reglamentario debe interpretarse actualmente prestando especial atención (i) a la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 6/2019, conforme a la que “*Todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos*” y (ii) a la Disposición derogatoria única, que comporta la derogación tácita de todas las normas que lo contradigan.

³³ MORENO GENÉ, Josep, De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de un hijo: ¿Un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 227, 2020, p. 51 de la versión digital.

³⁴ GARCÍA CAMPÁ, Santiago, Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 433, 2017, p. 170.

³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las prestaciones por nacimiento y lactancia, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 2019, p. 49, atribuye esta deficiencia técnica de la nueva regulación a la premura con la que se aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, lo que genera importantes dudas en cuanto a la vigencia de las reglas reglamentarias y de interpretación de las que no resultan tácitamente derogadas con claridad.

En síntesis, si la Ley Orgánica 3/2007 ya proporcionaba argumentos sólidos a nivel teleológico y gramatical que permitían inaplicar el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, lo que viene a hacer el Real Decreto-ley 6/2019 es ahondar en dichos argumentos, agregando todavía más razones que permiten entender que el precepto reglamentario debería tenerse por tácitamente derogado, por ser contrario a lo que pretende conseguir y a lo que dispone literalmente la reforma legal³⁶.

4.2. Primeras reacciones del INSS y los Tribunales Superiores de Justicia a la reforma de 2019

Ante este nuevo contexto, en la práctica jurídica se planteó enseguida el interrogante sobre la afectación que el Real Decreto-ley 6/2019 tendría sobre el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, en el sentido de si este se oponía al nuevo texto legal y, consecuentemente, habría perdido su virtualidad normativa. Pues bien, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, encargado de la gestión de la prestación por nacimiento y cuidado conforme al artículo 179 LGSS, fijó rápidamente su posición respondiendo afirmativamente en el punto séptimo de su Criterio de Gestión 13/2019³⁷. En dicho documento se afirmaba que, en caso de que el hijo o hija naciera muerto, sería “*de aplicación, para ambos progenitores, lo establecido en el párrafo 5º del vigente artículo 48.4, por lo que el periodo de suspensión no se verá reducido*”. A ello se le añadía que el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 quedaba desplazado en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa, visto que la actual regulación no diferencia entre la prestación por maternidad y paternidad ante la muerte perinatal.

Sin embargo, la misma entidad gestora de la Seguridad Social cambió de parecer y corrigió sus propios argumentos mediante el Criterio de Gestión 10/2020³⁸, por dos motivos. Primero, desvinculaba el artículo 26.7 del texto reglamentario de lo dispuesto en el nuevo artículo 48.4 ET, al considerar que el primero “*regula un supuesto no previsto por la ley*”. Es decir, entendía que el inciso legal que se refiere al ejercicio del derecho “*En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija*” alude únicamente a una persona nacida viva, por lo que el artículo 26.7 no estaría contraviniendo la ley al impedir que se disfrute de

³⁶ En este mismo sentido, Vid., GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, Derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor por el progenitor distinto de la madre biológica en caso de muerte prenatal en embarazo a término. STSJ de Cantabria (Social) de 10 diciembre (rec. 783/2021), Revista Española de Derecho del Trabajo, 253, 2022, pp. 6 y 7 de la versión digital; BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, Prestación por nacimiento... cit., p. 5 de la versión digital.

En contra, LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿Hacia una efectiva corresponsabilidad?, *Lan Harremanak*, 45, 2021, pp. 49 y 50, indica que el art. 26.6 del Real Decreto 295/2009 impide reconocer la paternidad si el hijo o hijo fallece antes de nacer.

³⁷ Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 11 de junio de 2019, sobre la Prestación por nacimiento y cuidado de menor.

³⁸ Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 21 de abril de 2020 sobre la Prestación por nacimiento y cuidado de menor del progenitor distinto de la madre biológica en caso de fallecimiento del hijo con 180 días de gestación.

la paternidad “*si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso*”. Segundo, utilizando la alusión del nuevo artículo 48.4 ET al artículo 68 del Código Civil, argumentaba que, como el reconocimiento de la prestación tiene como finalidad el cuidado del hijo o hija, esta deja de tener sentido si el feto nace muerto antes de reconocerse el derecho de Seguridad Social.

Pero, al impugnarse en sede judicial las primeras resoluciones denegatorias del INSS, los Tribunales Superiores de Justicia de cinco Comunidades Autónomas distintas, más diversos juzgados de lo social de territorios en los que la cuestión no se recurrió en suplicación, se posicionaron nuevamente, de forma unánime, en favor de la concesión de la prestación por nacimiento al progenitor no gestante. Al respecto, entendieron que el Real Decreto-ley 6/2019 disipaba las dudas que hubieran podido existir con anterioridad al unificar las prestaciones de maternidad y paternidad en una misma, con el propósito de reforzar la igualdad de género³⁹. Se consideraba que, desde la reforma, la ley solo exige el nacimiento de un hijo o hija para el disfrute de un derecho común, y dicho concepto de nacimiento no puede ser objeto de una interpretación reducida y literal, exclusivamente referida a la superación del parto “*sin descubrir el itinerario vital de la equiparación de los progenitores, eliminando cualesquiera tratos normativos diferenciados y/o discriminadores*”⁴⁰.

Por ello, se afirmaba contundentemente que lo que hace la reforma es clarificar el derecho a la prestación de paternidad en el caso de la muerte prenatal, “*por equiparación con la prestación de maternidad; y que, al tratarse de una previsión legal está por encima del precepto reglamentario, en virtud del principio de jerarquía normativa*”⁴¹. De ahí que, en virtud de dicho principio, deba “*prevalecer la nueva redacción del art. 48.4 ET y el espíritu y finalidad de la norma que lo introduce (RDL 6/2019) sobre el RD 295/2009; más aún, cuando la nueva redacción no incluye la limitación que se quiere imponer*”^{42,43}. Y, en particular, ello implicaba considerar inaplicable el artículo 26.7 por incurrir en *ultra vires*, desde el momento en que “*la normativa vigente dispensa el mismo tratamiento al permiso*

³⁹ En este sentido, se afirma en la STSJ de Cantabria, de 10 de diciembre de 2021 (R° 783/2021), que “*Como se desprende de la nueva norma, la corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades y obligaciones familiares es un pilar fundamental para lograr una verdadera igualdad de género y una de las medidas para conseguirlo es la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de ambos progenitores.- El mismo cambio de denominación, esto es, la sustitución del ‘permiso de maternidad’ y ‘permiso de paternidad’ utilizadas por los textos jurídicos anteriores, y la unificación de ambos en un ‘permiso por nacimiento’, pretende reforzar la corresponsabilidad, eliminando el título por el que se disfruta, lo que viene reforzado por el carácter intransferible del nuevo permiso*”.

⁴⁰ STSJ de País Vasco, de 18 de enero de 2022 (R° 1901/2021).

⁴¹ STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2021 (R° 3434/2021).

⁴² STSJ de Madrid, de 20 de abril de 2022 (R° 97/2022).

⁴³ Esta misma argumentación se reproduce igualmente, en sus mismos términos, en la Sentencia del Juzgado Social nº 3 de Palma (Islas Baleares) de 15 de julio de 2022, núm. de autos 238/2022. Igualmente, en el mismo sentido puede verse la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Orense de marzo de 2022, conforme lo trascendido a medios de comunicación: Vid., https://www.ondacero.es/emisoras/galicia/noticias/juez-reconoce-derecho-baja-paternidad-hombre-que-murio-hijo-parto_20220324623ca66b56dbae0001007ba5.html#:~:text=EN%20ORENSE-,Un%20juez%20reconoce%20el%20derecho%20a%20la%20baja%20por%20paternidad,su%20hijo%20en%20el%20parto (Fecha de consulta: 2/02/2023).

y a la prestación por nacimiento de hijo respecto a ambos progenitores”⁴⁴, sin condicionarlo a la supervivencia del hijo o hija.

5. La ruptura de una tendencia consolidada hacia la igualdad de trato: Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022

En el marco jurídico que se acaba de describir, se dicta la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022⁴⁵, que se erige como una resolución especialmente relevante, por los siguientes motivos: (i) se trata de la primera toma de posición del Tribunal Supremo sobre una cuestión litigiosa que desde el año 2010 venía poniendo en cuestión una duradera postura del INSS que suponía una interpretación restrictiva de los derechos de los trabajadores, (ii) se trata de un recurso que debía resolverse inicialmente por tres magistrados y que, en cambio, fue abordado por la Sala de lo Social en Pleno “*dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia*”, (iii) el Tribunal Supremo toma finalmente una posición que es diametralmente contraria a la que habían venido fijando, prácticamente por unanimidad, todos los Tribunales Superiores de Justicia que se habían pronunciado sobre el mismo problema, tanto antes como después de la reforma de 2019 y (iv) se formula un voto particular discrepante respecto de la posición mayoritaria de la Sala, lo que apunta a lo controvertido de la cuestión. Además, se trata de una sentencia que presenta una vocación u orientación cuasi legislativa, en la medida en que aborda una controversia puramente jurídica, en la que las circunstancias fácticas particulares del caso concreto pierden toda su importancia en favor de la pretensión de ofrecer una solución que sea válida para todos los supuestos de muerte prenatal.

5.1. Argumentación de la Sala y del voto particular

Antes que nada, un punto a destacar de las circunstancias fácticas del supuesto de hecho es que versa sobre el caso del padre de una hija fallecida antes de nacer en el mes de junio del 2018, al que le fue denegada la prestación por paternidad en el mismo año. Ello es especialmente relevante porque, en esos momentos, no se había aprobado aún el Real Decreto-ley 6/2019, ni mucho menos había entrado todavía en vigor. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí alude a dicha norma para fundamentar jurídicamente su fallo, seguramente con la intención de formular una solución que sea también extrapolable a las controversias jurídicas que se han seguido planteando con posterioridad a su promulgación⁴⁶, lo que podría resultar a priori positivo, desde el punto de vista del favorecimiento de la seguridad jurídica y de la economía procesal. No obstante, cabría objetar, como

⁴⁴ STSJ de La Rioja, de 3 de 2022 (R° 199/2021).

⁴⁵ R° 906/2019.

⁴⁶ En el punto 2 del Fundamento Jurídico Tercero alude por igual a la “redacción entonces vigente” del Estatuto de los Trabajadores y a la vigente “*en la actualidad, tras el Real Decreto-ley 6/2019*”.

se expondrá en el siguiente subepígrafe, que las referencias a la normativa actual, que era inaplicable al supuesto de hecho, resultan inadecuadas, porque se realizan de forma parcial y sin tener en cuenta sus implicaciones globales ni su planteamiento teleológico.

Las razones por las que el Tribunal Supremo niega que el padre tenga derecho a la prestación por paternidad o nacimiento de hijo si este fallece antes del parto (o durante el mismo) son básicamente dos. En primer lugar, entiende el Tribunal que la razón por la que el ordenamiento establece soluciones distintas para el padre y la madre en el caso de la muerte prenatal de un hijo o hija obedece a las distintas necesidades de cada progenitor ante dicha situación. Así, enfatiza el Tribunal Supremo que el periodo obligatorio de seis semanas del que debe disponer la madre biológica conforme al artículo 48.4 ET tiene como finalidad “*la protección de la salud de la madre*” y en cambio, el periodo obligatorio del otro progenitor se relaciona con “*el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil*”. Y, de entre dichos deberes, destaca el Tribunal que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de “*atención*” a los “*descendientes*”. Por lo tanto, entiende, siguiendo el mismo razonamiento que sostiene el INSS, que ante la muerte del hijo “*deja desgraciadamente de existir la necesidad de que el progenitor distinto a la madre biológica se haga corresponsable de la atención al descendiente*”⁴⁷.

En segundo lugar, sobre la base de tal diferenciación entre las finalidades que tiene el permiso para uno y otro progenitor, entiende el Tribunal Supremo que el distinto tratamiento que se les ofrece no vulnera el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución. Para ello se apoya en la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018⁴⁸, en la que se descartaba que la distinta duración de los permisos de maternidad y paternidad vigente antes del año 2019 constituyera una discriminación por razón de sexo de los padres. Dicha resolución constitucional se apoyaba igualmente en el distinto propósito de los entonces permisos por maternidad (recuperación tras el parto) y paternidad (fomento de la corresponsabilidad) para fallar que el legislador no está obligado a garantizar el mismo tratamiento a ambos padres por el nacimiento de un hijo, aunque sí podría hacerlo “*en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales*”. Y, siguiendo la misma línea que el Tribunal Constitucional, entiende el Tribunal Supremo que, si el legislador quisiera ofrecer un mismo tratamiento al padre y la madre ante la muerte prenatal de un hijo o hija, podría y debería hacerlo, declarándolo expresamente.

La Sentencia cuenta con un voto particular de la Magistrada Rosa María Virolés Piñol, que discrepa del criterio de la Sala, por entender que la denegación de la prestación de Seguridad Social al padre sí vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 39 CE) y el derecho a la vida

⁴⁷ Y añade que “*Dejan de existir, lamentablemente, los deberes de cuidado a los descendientes que impone el artículo 68 CC y a los que expresamente se refiere la reacción vigente del artículo 48.4 ET, deberes que emanan, en último término, como expresara la STC 111/2018, del artículo 39.2 CE*”.

⁴⁸ Recurso de amparo 4344/2017.

privada (art. 18 CE en relación con el art. 8 CEDH). Para sostenerlo, expone que, como indica el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia en la que se apoya la Sala, las antiguas prestaciones por maternidad y paternidad podían diferenciarse por la finalidad de proteger la salud de quien ha pasado por un parto, pero también tenían una finalidad “*compartida plenamente con la prestación y descanso por paternidad, de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, que resulta evidentemente coincidente en el periodo de descanso voluntario posterior a las seis primeras semanas⁴⁹.

5.2. Recepción de la doctrina del Tribunal Supremo por parte de los Tribunales Superiores de Justicia

En cuanto a la recepción de la doctrina del Tribunal Supremo por parte de tribunales inferiores, se ha producido una división de criterios en las primeras sentencias dictadas en suplicación. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha dictado dos resoluciones en las que se acoge a los razonamientos del Supremo, llevándolos incluso más allá. Dicho Tribunal considera que “*la norma fundamental para la resolución de la controversia es el Real Decreto 295/2009*” ignorando completamente las implicaciones del Real Decreto-ley 6/2019 y la unificación de la prestación por cuidado y nacimiento de hijo o hija. Ello lo conduce a seguir refiriéndose a las prestaciones que perciben el padre y la madre como “*dos subsidios diferentes, aunque en origen puedan tener una misma causa*”⁵⁰, a los que pueden aplicarse normas distintas. Es más, considera que no se llega a producir un nacimiento si el feto fallece “*en el seno materno, con anterioridad al alumbramiento*”⁵¹, lo que resulta cuanto menos cuestionable, atendiendo al significado semántico de tal concepto⁵².

En cambio, otros Tribunales Superiores de Justicia ya se han separado de la doctrina del Tribunal Supremo, para seguir manteniendo sus posicionamientos anteriores, favorables al reconocimiento del derecho a los padres de hijos e hijas afectados de muerte prenatal⁵³. En este sentido, destacan especialmente dos sentencias del Tribunal de Jus-

⁴⁹ Añade a ello que “*Claramente, la prestación de maternidad comprende una fase en la que el fin principal es el de preservar la salud de la trabajadora, y otra, compartida plenamente con la prestación y descanso por paternidad, de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Si ambas prestaciones comparten tal fin, no tiene razón de ser privar al demandante de la prestación solicitada, teniendo en cuenta que sí se le ha reconocido a la madre*”.

⁵⁰ STSJ de Murcia, de 20 de diciembre de 2022 (Rº. 1271/2021).

⁵¹ STSJ de Murcia, de 31 de enero de 2023 (Rº. 1049/2021), afirmando que la razón de la prestación por paternidad deriva del ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar para el ejercicio de los deberes de cuidado, “*sin que, al producirse el fallecimiento del feto, puedan ejercitarse los referidos deberes, ya que sería absurdo concederse la prestación por paternidad para no poderse cumplir con tales deberes*”.

⁵² Según la Real Academia Española de la lengua el acto de nacer equivale a “*Salir del vientre materno, del huevo o de la semilla*”.

⁵³ Como muestra, Vid., la STSJ del País Vasco, de 19 de julio de 2022 (Rº. 422/2022) que, si bien es posterior a la Sentencia del Tribunal Supremo, mantiene su anterior doctrina contenida en la ya mencionada STSJ del País Vasco, de 18 de enero de 2022, (Rº.1901/2021).

ticia de Cataluña⁵⁴, en las que se construye una exhaustiva y sólida argumentación que justifica la inaplicación de la solución establecida en unificación de doctrina. Para ello, el Tribunal catalán enfatiza que los supuestos de hecho de los casos que se le presentan se produjeron (a diferencia del supuesto abordado por el Tribunal Supremo) con posterioridad al año 2021, por lo que se pronuncia en un “*nuevo contexto normativo*”, distinto al que enmarcaba la sentencia del Tribunal Supremo y la sentencia del Tribunal Constitucional en la que esta se sustentaba.

En tales casos, sendos partos con resultado de muerte se produjeron (i) después de la entrada en vigor de Real Decreto-ley 6/2019, “*que equiparó la duración de los permisos por nacimiento y cuidado de hijo/a para ambas progenitores/as*”, (ii) después de finalizar la implantación de su régimen transitorio y, por tanto, de la equiparación efectiva de ambos permisos el 1 de enero de 2021 y (iii) después de la entrada en vigor de la Directiva 2019/1152 (aunque su plazo de trasposición acabó el día 2 de agosto de 2022), que obliga a garantizar un permiso retribuido por paternidad⁵⁵. Todo ello “*determina la inaplicabilidad de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 26.7 del RD 295/2006, con fundamento en el artículo 3.1 del Código Civil (que alude a la hermenéutica conforme a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”)*”.

5.3. Valoración crítica de la Sentencia

Frente a la Sentencia del Tribunal Supremo cabe plantear varias críticas, de diversa índole, a las que además se podrían añadir todos los argumentos que se han expuesto en este trabajo en favor de la tesis contraria a la que llega la Sala Cuarta, y que no se reiterarán aquí. En primer lugar, cabe objetar que el Tribunal Supremo aplica la nueva regulación del permiso por nacimiento y cuidado de hijo introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, sin que hubiera entrado en vigor en el momento de producirse los hechos probados. Ello es especialmente relevante, además, porque ni en el momento de dictarse la sentencia del juzgado de lo social, ni en el de dictarse la sentencia de suplicación que se acaba confirmando⁵⁶ existía todavía dicha normativa y, por tanto, tampoco las partes pu-

⁵⁴ STSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2022 (Rº. 2706/2022) y STSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 2022 (Rº 3620/2022).

⁵⁵ Expone la sentencia en su Fundamento Jurídico Tercero que: “*Consideramos que la entrada en vigor de la citada Directiva conlleva que, una vez reconocido en nuestro ordenamiento el derecho a la prestación de la madre gestante en supuesto de muerte fetal, y equiparada la duración del permiso para ambas progenitores/as por nacimiento y cuidado de hijo/a en virtud del RD 6/2019, la literalidad del artículo 26.7 del RD 295/2006 ha de entenderse superada por el nuevo contexto normativo y la salvaguarda del principio de igualdad proclamada por el artículo 24 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/2007, al no poder concluirse sobre justificación objetiva y razonable que excluya tal equiparación para el padre en el periodo de la prestación que supera las seis semanas posteriores al parto, único fundamentado, tal como recordó la STS/4ª de 5 de julio de 2022 con cita de la STC111/2018, en la finalidad de salvaguarda de la salud de la madre (insistimos, constreñido a las referidas seis semanas y no al resto del permiso)*”.

⁵⁶ STSJ de Aragón, de 30 de enero de 2019 (Rº. 819/2018).

dieron fundamentar jurídicamente sus pretensiones en la misma. Aun así, las referencias a la legislación vigente no se realizan como simples pronunciamientos *obiter dicta*, sino que se erigen en puntales argumentales de la sentencia. Ello es especialmente negativo porque implica que el Tribunal Supremo construye una interpretación del Real Decreto-ley 6/2019 que no ha podido ser contrastada y que, por ende, no tiene en cuenta los múltiples y, a mi modo de ver, sólidos fundamentos jurídicos que esta norma proporciona en favor de la concesión del derecho que se exige y que se han expuesto en el epígrafe cuarto del presente trabajo.

En este sentido, el Tribunal Supremo establece una distinción clara entre las distintas finalidades de “*lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por paternidad (actualmente por nacimiento y cuidado de hijo de la madre biológica y del progenitor distinto de ella)*” para justificar el distinto tratamiento que se proporciona al padre y a la madre. Así pues, el Tribunal Supremo hace referencia al nuevo régimen legislativo casi como si se tratara del resultado de un cambio cosmético en la denominación de las anteriores prestaciones, con las que traza una clara continuidad. Pasa por alto, con ello, lo que es una reforma verdaderamente estructural que supone la eliminación de dos prestaciones distintas de Seguridad Social para su unificación bajo una sola, con el propósito explícito y evidente de equiparar el tratamiento normativo dispensado a ambos progenitores en aras a la asunción corresponsable de sus obligaciones familiares. Y lo anterior no es incompatible con que los dos primeros párrafos del artículo 48.4 ET, referidos respectivamente a la madre biológica y al progenitor distinto de esta, hagan referencia a propósitos diferentes (respectivamente, protección de la salud y cumplimiento de deberes de cuidado) al establecer una regla que además es también común a ambos padres: el periodo de suspensión obligatoria del contrato.

A mi modo de ver, es razonable considerar que la suspensión y prestación por nacimiento y cuidado de hijo tiene una finalidad principal que es compartida y consiste en favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en un momento en que la primera se ha visto afectada por el nacimiento de un hijo o hija. El hecho de que el actual artículo 48.4 ET relacione el disfrute de las primeras seis semanas con diferentes aspectos de dicha causa no impide entenderlo de este modo, ya que no deben concebirse como aspectos excluyentes. Así, por ejemplo, no cabría entender que, como la ley alude a la recuperación de la salud de la madre durante el periodo de descanso obligatorio, ello descarta que esta participe durante tal periodo del cumplimiento de los deberes de cuidado del bebé que el mismo precepto relaciona con el periodo de descanso del otro progenitor. Por tanto, con independencia de que es cierto que las seis primeras semanas de prestación cumplen para la madre una función particular, ello no impide que exista también otra función igual de relevante que es compartida entre ambos padres. Además, dicha función particular relativa a la recuperación postparto se limita a la fase de descanso obligatorio, mientras que la función compartida de atender a las responsabilidades familiares se extiende durante la mayor parte de la prestación, que son las diez semanas restantes⁵⁷.

⁵⁷ En este sentido, se afirma acertadamente en la STSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 2022 (R°

En segundo lugar, el Tribunal Supremo aplica una visión, en mi opinión, excesivamente restrictiva de lo que cabe entender por “*los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil*” cuando señala que dicho precepto “*establece que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de <atención> a los <descendientes>*”. En realidad, la propia literalidad del artículo 68 del Código Civil, leído en su integridad, contradice este entendimiento restrictivo. Dicho precepto establece que “*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*”. Por ende, es claro que el derecho al descanso del progenitor no gestante se concede para el debido cumplimiento de sus obligaciones civiles como padre, pero también para la atención de sus obligaciones como pareja, que de hecho son especialmente acuciantes en un momento de alta vulnerabilidad de la madre, además de sus tareas domésticas.

A mayor abundamiento, existen múltiples argumentos que contribuyen a demostrar que la necesidad de recuperación postparto de la madre sea el propósito único y principal por el que a esta se le mantiene el derecho a la prestación por maternidad, pese a la muerte prenatal de su hijo o hija:

- a) Si la razón por la que se concede a la madre el permiso de nacimiento y cuidado de hijo es la protección de su salud, para ello bastaría con el reconocimiento del periodo obligatorio de seis semanas. Incluso, su situación de necesidad podría quedar protegida mediante la prestación por incapacidad temporal especial derivada de contingencias comunes y ligada a la maternidad, como ocurre en el caso del aborto. Por tanto, como ya se había mencionado, el hecho de que desde 2007 se le reconozca el derecho al permiso íntegro, comprendiendo también el periodo voluntario de descanso, evidencia la existencia de otras razones complementarias no vinculadas al parto, que también son predicables del padre.
- b) Del mismo modo, si el permiso de nacimiento y cuidado se reconociera con el fin exclusivo de cuidar del hijo o hija, no tendría sentido que el legislador previera, como sí lo hace, que la suspensión contractual no se vea afectada cuando este fallece. De hecho, su disfrute nunca ha sido objeto de discusión en los casos en los que el hijo o hija sobrevive al parto, pero muere después. Ello indica que tal permiso puede venir a cumplir también, en las situaciones más desafortunadas, una función orientada a proporcionar el tiempo necesario para el inicio de un proceso psicológico de duelo que es compartido entre ambos progenitores. En este sentido apunta también el ya referido Considerando 19 de la Directiva 2019/1158, en el que queda patente que, si bien la prestación de paternidad debe

3620/2022) que “circunscribiéndose el ligamen de la protección de la salud de la madre a las seis semanas posteriores al parto ex artículo 48.4 del ET, el vigente marco normativo que equipara los permisos de ambas progenitore/as, desliga parte del mismo (concretamente el que excede de las seis semanas posteriores al parto) de la protección de la salud de la madre; período al que se circunscribe la desigualdad entre ambos progenitores, a diferencia del supuesto objeto de pronunciamiento por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (en que el permiso interesado, de paternidad, era inferior a esas seis semanas...)”.

diseñarse en aras a que el padre pueda idealmente cuidar de su hijo cuando el embarazo y el parto tiene un resultado favorable, ello no obsta para que su reconocimiento sea también razonable en el caso de la muerte perinatal del hijo o hija.

- c) Por último, y tal vez más evidente, ya se ha mencionado que, si el propósito con el que se reconoce a la madre la prestación por nacimiento de hijo se refiriera exclusivamente a su recuperación postparto, tampoco tendría sentido que el mismo derecho se reconozca en el caso de las adopciones o acogidas, en las que no ha habido un alumbramiento por parte de adoptantes o acogedores.

En definitiva, en mi opinión, el Tribunal Supremo adopta un enfoque incorrecto que le conduce a negar al padre el derecho a la suspensión contractual, sobre la base de considerar que ello no resulta discriminatorio por razón de género (como sí se estima en el voto particular). A mi modo de ver, se hubiera llegado a una solución distinta y más acertada si, en su lugar, se hubiera realizado un control judicial de legalidad del artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009. Es decir, que la negativa reglamentaria del derecho al descanso correspondiente al padre o progenitor no biológico no sea contraria al estándar de igualdad de género marcado en su momento por el Tribunal Constitucional sobre una normativa ya derogada, no implica que no contravenga directamente lo dispuesto y lo querido por el legislador al regular, tanto la antigua prestación por paternidad, como la vigente prestación por nacimiento y cuidado de hijo en una disposición con un rango jerárquico superior. Por ello, no solo es factible, sino que sería incluso deseable que se produjera un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que este pudiera replantear su postura con base al marco jurídico actual.

Por lo demás, en aras a la protección de la seguridad jurídica y la preservación de la calidad técnica del ordenamiento jurídico, el ejecutivo debería corregir cuanto antes dicha regulación reglamentaria para asegurar su correcto encaje con la configuración legal de la unificada prestación por nacimiento y cuidado de hijo. Idealmente, ello debería producirse en el marco de una actualización global del Real Decreto 295/2009 para su adaptación al Real Decreto-ley 6/2019. Sobre este punto en particular, bastaría con dar una nueva redacción al artículo 8.4 del texto reglamentario para que, igual que la reforma legal, adoptara una formulación en la que pudieran abarcarse ambos progenitores, sustituyendo la referencia a la madre por otra planeada en plural. De tal modo, el nacimiento del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor quedaría correctamente desarrollado de forma uniforme y cabría derogar paralelamente el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, referido exclusivamente al padre.

6. Bibliografía

BADENHORST, William; RICHES, Samantha.; TURTON, Penelope y HUGUES, Patricia, The psychological effects of stillbirth and neonatal death on fathers: systematic review, *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology*, 27, 2006

- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 2020
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3, 2019
- GALA DURÁN, Carolina, El permiso por paternidad: Un balance tras casi diez años desde su implantación, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 406, 2017
- GARCÍA CAMPÁ, Santiago, Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 433, 2017
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las prestaciones por nacimiento y lactancia, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 2019
- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, Derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor por el progenitor distinto de la madre biológica en caso de muerte prenatal en embarazo a término. STSJ de Cantabria (Social) de 10 diciembre (rec. 783/2021), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 253, 2022
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Maternity and Paternity at work: Law and practice across the world*, Ginebra, International Labour Office, 2014
- INTERNATIONAL NETWORK ON LEAVE POLICIES AND RESEARCH, *18th International Review of Leave Policies and Related Research 2022*, Hagen, Publikationsserver der Universitätsbibliothek, 2022
- LLORENS ESPADA, Julen, Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad, *Lan Harremanak*, 38, 2017
- LÓPEZ ANIORTE, M^a Carmen, Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 2018
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿Hacia una efectiva corresponsabilidad?, *Lan Harremanak*, 45, 2021
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 24, 2009
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, La nueva protección por nacimiento, *Temas Laborales*, 66, 2002
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, *Padres corresponsables ¿discriminados? O una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social*, Unión Europea Aranzadi, 6, 2020
- MARTOS LÓPEZ, Isabel.; SÁNCHEZ GUIADO, María del Mar y GUEDES ARBELO, Chaxiraxi., Duelo por muerte perinatal, un duelo desautorizado, *Revista Española de Comunicación en Salud*, 7, 2016
- MORENO GENÉ, Josep, De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de un hijo: ¿Un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 227, 2020

- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad, *Revista de Trabajo y Seguridad social CEF*, 300, 2008
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Para que cada bebé cuente: Auditoria y examen de las muertes prenatales y neonatales*, Ginebra, WHO Publication Services, 2017.
- PANIZO ROBLES, José Antonio, La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 313, 2009
- PERÁN QUESADA, Salvador, De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 2019
- RIVAS VALLEJO, María Pilar, El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, *Aranzadi Social*, 5, 2002
- RIVAS VALLEJO, María Pilar, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos, Navarra, Aranzadi, 1999
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, La protección jurídico-laboral de la maternidad: Algunas cuestiones pendientes, *Temas Laborales*, 82, 2005

Los estudiantes en huelga. Régimen jurídico del paro académico. Retos y oportunidades en la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario

Students on strike. Legal rules in the matter of academic strike.
Challenges and opportunities in the new Organic Law
of the University System

Víctor Maneiro Hervella

*Contrato predoctoral financiado por el programa de Formación de Profesorado Universitario (FPU 2019) del Ministerio de Universidades
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3634-0800

Recibido: 21/4/2023

Aceptado: 22/5/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7943

Resumen: En tanto no son trabajadores por cuenta ajena, los estudiantes no tienen reconocido el derecho de huelga. La regulación de las huelgas de estudiantes, que deben conceptualizarse como una forma de participación política no convencional o boicot, se articula en función del nivel educativo y se caracteriza por la dispersión: el derecho de reunión e inasistencia colectiva a clase, regulado en la normativa autonómica; y el paro académico, en la normativa interna de cada universidad. Recientemente, se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) que reconoce a nivel estatal el derecho del estudiantado al paro académico. En este artículo se reflexiona críticamente sobre el contenido, alcance y efectos del paro académico, cuyo esquema intelectual es idéntico a la huelga, así como de los debates sobre su futuro.

Palabras clave: Protestas, huelga, huelga de estudiantes, paro académico, LOSU.

Abstract: As long as they are not employees, the students do not have their right to strike recognized. The regulation of student strikes should be conceptualized as a form of unconventional political participation or as boycott. It is articulated according to educational level and is characterized by dispersion: right of assembly and collective absence from class in secondary education, studied in the regional regulations; and academic strike in the university environment, analyzed in the internal regulations of each university. Recently, the Organic Law 2/2023, of March 22, of the University System has been approved, which recognizes at the state level the right of the students to academic strike. This article critically reflects on the content, scope and effects of the academic strike, whose intellectual scheme is identical to the strike, as well as the debates about its future.

Keywords: Protests, strike, student strike, academic strike, Organic Law of the University System.

I. Introducción. Contexto social y político

Decía Salvador Allende que ser joven y no ser revolucionario es una contradicción hasta biológica. Históricamente, las protestas estudiantiles han impulsado movilizaciones políticas más allá de las reivindicaciones estrictamente educativas, desde el mayo del 68 en París hasta el estallido social de Chile en 2019, pasando por su implicación en el movimiento “indignado” del 15M en España. Existe una pluralidad de formas de protesta estudiantil y modalidades de participación política, teniendo un papel central la huelga de estudiantes.

En los últimos años, se han sucedido decenas de huelgas de estudiantes, desde protestas contra los recortes en educación¹ hasta huelgas estudiantiles como acompañamiento del proceso independentista en Cataluña², pasando por la reivindicación de más becas, la derogación de la LOMCE, la dimisión del ministro de educación, el bloqueo al modelo 3+2 (grados de tres años y máster de dos) o a la LEMES.

Sin embargo, llama la atención el poco interés que ha despertado este fenómeno en la ciencia jurídica, no existiendo apenas bibliografía que estudie su regulación, sus efectos y sus potencialidades.

En este contexto, la huelga de estudiantes, entendida como la inasistencia colectiva a clase de carácter reivindicativo, tiene un papel central en movilizaciones sociales de todo tipo. La concepción de una parte de los movimientos sociales de la educación como parte del sistema de producción capitalista y las conexiones entre las protestas estudiantiles y las protestas de carácter general más exitosas seguramente se deba al carácter impugnatorio propio de la juventud y el tiempo disponible para la militancia política.

Esta cuestión es importante porque los estudiantes, como veremos a continuación, no tienen reconocido el derecho a huelga porque no son trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, debemos reconducir la mal llamada huelga de estudiantes hacia otras concepciones de protesta o boicot político. A su vez, la regulación será diferente a la huelga.

En primer lugar, debemos recurrir a la distinción propia de la Ciencia Política entre formas de participación política convencional y no convencional. Por un lado, las primeras son modalidades de participación estimuladas desde las instituciones del Estado que no aspiran a la transformación del sistema político o a la puesta en cuestión de alguna de sus estructuras. Por otro lado, la participación política no convencional no está promocionada desde el Estado, sino que aspira a la impugnación y transformación del sistema político y de sus instituciones, incluido el propio Estado, considerándose como la modalidad más reciente de participación en las democracias³.

Mientras las formas de participación política convencional incluyen acciones como votar, participar en partidos políticos o sindicatos, ya sea militando o financiándolos, asistir a mítines o debates, financiar campañas, etc. Las formas de participación

¹ Galaup, L., “La marea verde se manifiesta contra la LOMCE: Las políticas del Gobierno ponen en peligro a la educación pública”, *eldiario.es*, 8 de mayo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3z9CxZD>

² Blanchar, C., “Miles de estudiantes marchan en Barcelona en favor del referéndum”, *El País*, 28 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3SBf5WV>

³ Vallés, J. M., *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 333 y ss.

política no convencional abarcan acciones no convencionales legales (peticiones o manifestaciones legales), desobediencia civil (acciones ilegales de confrontación con las autoridades, como negarse a pagar una tasa) y, finalmente, la violencia política⁴.

No obstante, la tradicional distinción entre participación convencional y no convencional se ha puesto en cuestión en los estudios más recientes: “lo que pudo haber aparecido como «no-convencional» en los años setenta, como las actividades de boicotear y de comprar ciertos productos por razones políticas, se ha convertido hoy en uno de los modos participativos más influyentes utilizados por los ciudadanos de la Europa occidental”.⁵

En el ámbito educativo, es habitual que las formas de protesta no institucionalizadas incluyan pintadas y grafitis, pegar carteles y repartir panfletos, sentadas⁶, boicots, escraches⁷, encierros⁸, ocupaciones⁹, cortes de tráfico¹⁰ (incluyendo barricadas¹¹), desobediencia, destrucción o deterioro de bienes públicos y agresión contra personas¹², cadenas humanas, acampadas (15M), festivales... Muy a menudo, estas actividades no convencionales están estrechamente ligadas a su espectacularidad mediática: formar cadenas humanas¹³, ocupar lugares de gran visibilidad (monumentos), “atacar” determinadas obras de arte¹⁴, cortar vías de tren¹⁵ o autovías etc. Son actos que adquieren mayor resonancia en la medida en que son difundidas por los medios de comunicación y las redes sociales.

De esta forma, podemos concebir la participación política como un *continuum* en el que los sujetos van avanzando desde las formas más convencionales a las menos ortodoxas¹⁶. No obstante, estas formas menos convencionales de participación gozan de di-

⁴ *Idem.*

⁵ Torcal, M., Montero, J.R., Teorell, J., “La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 132, 2006, p. 23.

⁶ Granada Hoy, “Sentada y pegada de carteles contra la ‘mala praxis’ de un profesor de la UGR”, en *Granadahoy.com*, 18 de febrero de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3UfxxXm>

⁷ *eleconomista.es*, *Iglesias sufre un escrache en la Complutense casi 10 años después de impulsar él uno contra Rosa Díez*, 4 de marzo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3DwACfj>

⁸ De Lucas, A., “Estudiantes de la URJC: encierro y manifestaciones”, *elplural.com*, 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3SclDVM>

⁹ Fernández, A., “‘Okupada’ la Universidad de Barcelona en protesta por los recortes”, *elconfidencial.com*, 2 de febrero de 2012. Disponible en: <https://bit.ly/3eUkx9k>

¹⁰ EFE, “La huelga de universidades empieza cortes de tráfico y seguimiento irregular”, *La Vanguardia*, 15 de mayo de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3qGKEDt>

¹¹ EFE, “La huelga de estudiantes comienza con barricadas en los accesos a la Autónoma”, *La Vanguardia*, 24 de marzo de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3R1UsTa>

¹² EFE, “Tres detenidos por daños y desórdenes durante la huelga estudiantil de marzo”, *La Vanguardia*, 8 de mayo de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3Bjy2qJ>

¹³ EFE, “Miles de estudiantes gallegos forman una cadena humana contra la marea negra”, *La Vanguardia*, 21 de enero de 2003. Disponible en: <https://bit.ly/3DzNm5c>

¹⁴ Morales, M. “Dos ecologistas arrojan sopa de tomate al cuadro ‘Los girasoles’ de Van Gogh en la National Gallery de Londres”, *El País*, 10 de octubre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3TLZi9v>

¹⁵ EuropaPress, “Estudiantes cortan las vías en la estación de Sants de Barcelona”, *El Periódico*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3r2yMMI>

¹⁶ Barnes, S. H., Kaase, M., *Political action: mass participation in five western democracies*, Sage Publications, Beverly Hills, California, 1979.

ferente grado de aceptación y legitimación social, siendo la violencia política la fórmula menos admitida. En tanto toda intervención política conlleva cierta dosis de coacción¹⁷, cuanto más lejos están los proyectos políticos de las ideas y valores dominantes, sólo la aplicación de una mayor dosis de coacción podrá hacerlos efectivos¹⁸.

Además, la acción política está condicionada por las oportunidades que el propio sistema político ofrece para la participación¹⁹. De esta forma, la existencia de instrumentos de participación estudiantil institucionalizados y efectivos canaliza las reivindicaciones sociales hacia fórmulas legales, dialogadas y no violentas de resolución de conflictos. Es lo que Dahrendorf llamaba institucionalización del conflicto²⁰.

En este contexto, vamos a estudiar el régimen jurídico de las huelgas estudiantiles.

En primer lugar, debemos matizar que el estudiantado no tiene reconocido el derecho de huelga. La huelga es un derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 CE y, en ausencia de una Ley Orgánica que lo desarrolle, está regulado en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (que debe interpretarse de conformidad con la STC 11/1981, de 8 de abril).

De esta forma, la huelga es “el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto”²¹ por los trabajadores por cuenta ajena. En cambio, los estudiantes, “jurídicamente, no son trabajadores sino usuarios de un servicio público, donde los usuarios de un servicio público no van a la huelga, simplemente en señal de protesta no lo utilizan, como es la enseñanza superior, lo cual no quiere decir que no cuenten con otros medios similares, como sucede con el paro académico”²².

El paro académico —denominado habitualmente por sus promotores *huelga de estudiantes*— y la huelga son dos instrumentos de presión para la defensa de intereses colectivos impulsados por sujetos también colectivos (normalmente por asociaciones estudiantiles, en ocasiones autodenominadas *sindicatos de estudiantes*, y por sindicatos, respectivamente). Cada uno se despliega en su ámbito de actuación, laboral o educativo, pudiendo coincidir ante la convocatoria de una huelga general, ya sea regional o estatal, o de una huelga del sector educativo.

Ambas instituciones son medidas de conflicto que se caracterizan por la cesación de la actividad, se configuran jurídicamente como un derecho subjetivo, aunque su tutela tiene diferente intensidad, y cuyo desarrollo y posibles limitaciones nos plantea cuestiones muy similares: qué sujetos están legitimados para impulsarlas o para secundarlas (titularidad del derecho), qué requisitos se exigen para convocar el paro (asambleas o *quorum*, p. ej.), el objetivo del paro (prohibición de motivaciones políticas), un preaviso, la duración, la imposición del mantenimiento de una actividad mínima en el servicio o

¹⁷ Vallés, J. M., *Ciencia Política...*, op. cit., p. 420.

¹⁸ *Ibidem*, p. 41.

¹⁹ *Ibidem*, p. 324.

²⁰ Dahrendorf, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, RIALP, Madrid, 1962.

²¹ Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, 8ª edición, p. 478.

²² Jiménez Soto, I., “Del inexistente derecho de huelga de los estudiantes al paro académico”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 193, 2018, p. 12.

la prohibición de paros en fechas, sectores o colectivos estratégicos, los piquetes informativos o las consecuencias de secundar la convocatoria. De esta forma, analizaremos cómo el paro estudiantil sigue el esquema intelectual de la huelga.

En lo referente a la mal llamada huelga de estudiantes, en rigor podemos distinguir entre la inasistencia colectiva a clase, en la educación secundaria, y el paro académico, en la Universidad, pues, aunque coinciden en sus reivindicaciones, no sucede lo mismo en lo que atañe al ámbito jurídico, entre otras causas por la edad que juega un término muy importante en materia de responsabilidades²³.

A continuación, se realiza un análisis sistematizado de las normativas de las diecisiete comunidades autónomas, respecto al derecho a la inasistencia a clase en la educación secundaria, y de las normas internas de las cincuenta universidades públicas españolas, con respecto al paro académico estudiantil.

II. La huelga de estudiantes en la educación secundaria: entre el derecho de reunión y la inasistencia a clase

1. Conceptualización y régimen jurídico

En este apartado se analizarán los mecanismos e instrumentos dentro de los centros educativos, para que los estudiantes puedan ejercer sus derechos fundamentales de reunión, expresión y asociación, en conexión con el derecho de participación política y educación, que incluye el desarrollo de una conciencia crítica y el derecho a participar en la toma de decisiones, reivindicar sus intereses y formular protestas y discrepancias.

La llamada 'huelga' de los estudiantes de enseñanzas medias, en realidad, debería denominarse derecho de inasistencia a clase, paro académico, derecho de reunión o derecho a manifestar discrepancias, de acuerdo con los títulos que recibe en diferentes normas, que estudiaremos a continuación.

La disposición final 1.5 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, añade un segundo párrafo al artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación:

«A fin de estimular el ejercicio efectivo de la participación de los alumnos en los centros educativos y facilitar su derecho de reunión, los centros educativos establecerán, al elaborar sus normas de organización y funcionamiento, las condiciones en las que sus alumnos pueden ejercer este derecho. En los términos que establezcan las Administraciones educativas, las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción, cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro».

Por lo tanto, el ejercicio del derecho de participación estudiantil, en su vertiente del derecho reunión y de inasistencia colectiva de los alumnos, exige tres requisitos. En pri-

²³ *Idem.*

mer lugar, un elemento subjetivo: que los alumnos estén matriculados en un nivel igual o superior al tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con excepción de los estudiantes universitarios, cuyos estudios se regulan por sus normas específicas (art. 3.7 LOE).

De acuerdo con el art. 3.4 de la LOE, la educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria. Constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas artísticas profesionales tanto de música y de danza como de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio. También se aplicará a los alumnos de las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior, las enseñanzas deportivas de grado superior constituyen la educación superior, las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas tendrán la consideración de enseñanzas de régimen especial (art. 3.5 y 3.6 LOE).

En segundo lugar, un elemento objetivo: que la decisión con respecto a la asistencia a clase tenga carácter colectivo, esto es, que haya sido resultado del ejercicio del derecho de reunión. Finalmente, un elemento formal: la previa comunicación a la dirección del centro educativo.

Esta vaga regulación, que la propia ley remite a las normas de organización y funcionamiento de los centros para su concreción, plantea una serie de dudas típicas de la regulación del derecho de huelga. Por un lado, no está claro cómo se articula la decisión colectiva respecto a la interrupción de la actividad académica. La ley no exige que se convoque una asamblea, con un determinado quórum, ni exige mayorías para adoptar la decisión. Tampoco recoge la posibilidad de que convoquen el paro la representación institucionalizada de los estudiantes (por ejemplo, delegados de grupo) ni sindicatos estudiantiles. Además, debemos puntualizar que técnicamente no son sindicatos, sino asociaciones. El recurso a la denominación sindical es una mera marca de clase de carácter político. Su constitución se articula a través del art. 22 CE y no del 28 CE.

Por otro lado, la ley no recoge el plazo de preaviso. No está claro si la opción legal es que no haya un plazo determinado, pudiendo los estudiantes comunicar el paro incluso a lo largo de su desarrollo (igual que un trabajador puede sumarse a la huelga en cualquier momento podría hacerlo un estudiante), o si es una cuestión que podrían regular las comunidades autónomas o los centros educativos. También sobre el preaviso surgen dudas sobre si en un supuesto de huelga general, o con afectación a una pluralidad de centros, debe comunicarse el paro individualmente a cada uno. Incluso podríamos cuestionar si la decisión colectiva de interrumpir la actividad académica debe tomarse en cada centro educativo llamado al paro.

A pesar de que la normativa lo denomina “derecho de reunión”, la jurisprudencia ha afirmado que lo que se denomina “derecho de reunión” de los alumnos, en el fondo, no es sino un eufemismo para designar las decisiones colectivas de inasistencia a clase en señal de protesta²⁴.

²⁴ STS, de lo Contencioso Administrativo, de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 8/2013).

Es preciso puntualizar que este derecho que se reconoce a los estudiantes no está supeditado a ninguna autorización previa y, de hecho, no se permite que las comunidades autónomas en sus normativas de desarrollo lo exijan. No se exige autorización de ninguna autoridad pública (ya sea del propio centro educativo o de la Consejería con competencias en educación) ni de los padres, madres, o tutores o tutoras, ni siquiera en supuestos de que los estudiantes sean menores de edad, porque desnaturalizaría lo previsto en la LODE.

La jurisprudencia entiende que el art. 8 LODE reconoce un derecho a los alumnos y que el ejercicio de ese derecho –tal como está legalmente configurado- no queda supeditado a ninguna autorización previa. Este dato es de crucial importancia para resolver la cuestión planteada: someter el ejercicio de un derecho a la previa autorización de otra persona equivale a exigir la concurrencia de dos voluntades. En otras palabras, el ejercicio del derecho ya no depende únicamente de la voluntad de su titular, sino también de la voluntad de la persona llamada a dar la autorización. Esto no es lo previsto en el art. 8 LODE, con arreglo al cual el derecho puede ser ejercido por la sola voluntad de los alumnos²⁵.

Una parte de la doctrina científica ha calificado como “dislate” la redacción abierta del precepto: “mientras siga la regulación actual, será muy difícil evitar la instrumentalización política de los estudiantes, pues se puede realizar ante cualquier decisión colectiva”²⁶. No obstante, una regulación que especifique que los paros académicos se limitan materialmente a reivindicar cuestiones académicas impediría secundar convocatorias de alcance más amplio, como una huelga general.

También se critica “la apuesta que se hace por fomentar las decisiones asamblearias, en vez de derivar este tipo de decisiones a los órganos académicos, bien Consejo escolar, claustro, etc., luego desde los primeros niveles educativos se les está abriendo a los estudiantes la posibilidad de tomar decisiones fuera de los canales institucionales, algo difícil de entender, que debe de llevar a las autoridades académicas a valorar el ejercicio de derecho fuera de las estructuras académicas”²⁷.

En este contexto, estas críticas se centran en cuestiones que las Comunidades Autónomas podrían regular, como veremos a continuación, exigiendo motivar el paro en discrepancias respecto a decisiones de carácter educativo o atribuyendo la facultad de convocar el paro a la junta de delegados.

2. El desarrollo normativo por las comunidades autónomas

En este sentido, algunas comunidades autónomas han desarrollado de forma bastante restrictiva el derecho de reunión de los estudiantes. En este apartado estudiaremos en primer lugar la normativa de Andalucía que lo regula en el art. 18 del Decreto 85/1999, de 6 de

²⁵ *Idem*.

²⁶ Jiménez Soto, I., “Del inexistente derecho de huelga...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ *Ibidem*, p. 9.

abril, por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los Centros docentes públicos y privados concertados no universitarios, porque es la primera comunidad que lo desarrolla y la que lo hace con mayor detalle (otras normativas son posteriores y siguen el esquema de la norma andaluza).

Andalucía exige una propuesta razonada y motivada por discrepancias respecto a decisiones de carácter educativo, que deberá presentarse por escrito ante la dirección del Centro, siendo canalizada a través de la Junta de Delegados. La misma deberá ser realizada con una antelación mínima de tres días a la fecha prevista, indicando fecha, hora de celebración y, en su caso, actos programados. La propuesta deberá venir avalada, al menos, por un 5% del alumnado del Centro matriculado en esta enseñanza o por la mayoría absoluta de los delegados de este alumnado. La dirección del Centro examinará si la propuesta presentada cumple los requisitos establecidos. Una vez verificado este extremo, será sometida a la consideración de todo el alumnado del Centro de este nivel educativo que la aprobará o rechazará en votación secreta y por mayoría absoluta, previamente informados a través de sus delegados. En caso de que la propuesta sea aprobada por el alumnado, la dirección del Centro permitirá la inasistencia a clase (art. 18 apartados 5, 6 y 7 Decreto 85/1999).

Esta regulación tiene carácter restrictivo por varias razones. En primer lugar, existe una restricción material y política cuando exige una propuesta motivada por “decisiones de carácter educativo”. Los estudiantes no viven ajenos a la situación social, política y económica del país y, por ello, es habitual que se sumen a convocatorias de alcance más allá de lo estrictamente educativo. Según esta regulación, surge la duda de si los estudiantes pueden sumarse a una huelga general. Son ejemplo de huelgas convocadas por motivos no estrictamente educativos las recientes huelgas “climáticas”²⁸ o huelgas en defensa de la salud mental²⁹.

En segundo lugar, se prevé un preaviso con una antelación mínima de 3 días. Aunque esta cifra parece mejorar los 5 o 10 días previstos para una huelga, difícilmente en 3 días se podrá cumplir con el resto del procedimiento previsto. De facto, un plazo corto supone una limitación del derecho.

En tercer lugar, se contempla un doble sistema de restricciones para convocar el paro. Por un lado, sólo pueden convocarlo la junta de delegados, exigiéndose el apoyo de un 5% del alumnado del centro o por la mayoría absoluta de los delegados. Por otro lado, se convocará una votación de todo el alumnado, exigiéndose mayoría absoluta para validar la convocatoria. A diferencia de una huelga, no podrán convocar el paro directamente los alumnos ni sus asociaciones, exigiéndose además que la apoyen la mayoría absoluta en una votación secreta.

²⁸ Sindicato de Estudiantes, “23 de septiembre. Huelga climática estudiantil internacional. El capitalismo mata el planeta. ¡Tenemos que responder ya!”, en *sindicatodeestudiantes.net*, 25 de agosto de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3LxY4Ls>. Castro, N., “Un nuevo 15-M: estudiantes de 40 ciudades se manifiestan este viernes contra el cambio climático”, *20 minutos*, 14 de marzo de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3S0eleC>

²⁹ Sindicato de Estudiantes, “27 de Octubre Huelga General Estudiantil. En defensa de nuestra salud mental”, en *sindicatodeestudiantes.net*, 29 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3SSTb2g>

Respecto al resto de Comunidades Autónomas, en Baleares³⁰ se regula de forma idéntica a Andalucía el “derecho a la manifestación colectiva de discrepancias”. En Asturias³¹, la única diferencia con Andalucía es un preaviso de 10 días. Mientras en Andalucía se exige que la propuesta de convocatoria sea avalada por el 5% de los estudiantes del centro o la mayoría absoluta de los delegados (requisitos alternativos), en Extremadura³² se exige un aval del 20% de los estudiantes y la mayoría absoluta de los delegados (requisitos acumulativos).

La Comunidad Valenciana establece tres requisitos para el derecho de participación y reunión de los estudiantes³³. Por un lado, exige que las decisiones colectivas de inasistencia a clase adoptadas por los alumnos y alumnas deberán disponer de la correspondiente autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras, en el caso de que los alumnos o alumnas sean menores de edad. El TS ha considerado este requisito nulo de pleno derecho (art. 34.2). Por otro lado, exige que estas decisiones estén avaladas por 20 alumnos o alumnas, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión (art. 34.3). Finalmente, recoge un preaviso de 5 días naturales (art. 34.7).

Sobre la normativa valenciana, que incorpora pocas novedades a la ley básica estatal, salvo lo referido a la autorización paterna, declarada nula por el Tribunal Supremo, llama la atención el límite de 20 alumnos. Además, llama la atención la absurda vinculación entre este límite y los 20 asistentes que exige el derecho de reunión regulado en la LO 9/1983. No está claro si es una confusión terminológica (una reunión de 19 personas también es una reunión amparada por el art. 21 CE, simplemente no exige comunicación previa para desarrollarse en lugares de tránsito público) o simple arbitrariedad.

En La Rioja³⁴, que denomina al paro académico “reunión”, establece que la propuesta de celebración de la reunión estará motivada exclusivamente por discrepancias respecto a decisiones de carácter educativo internas del propio centro o de carácter extraordinario (lo que permitiría participar en una huelga general). La propuesta deberá ser presentada por escrito ante la Dirección del centro, firmada por los representantes de los alumnos (aunque no indica quórum ni mayorías necesarias), con un preaviso de tres días.

³⁰ Decreto 121/2010, de 10 de diciembre, por que se establecen los derechos y los deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de las Illes Balears.

³¹ Decreto 249/2007, de 26 de septiembre, por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos del Principado de Asturias.

³² Decreto 50/2007, de 20 de marzo, por el que se establecen los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

³³ Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.

³⁴ Decreto 4/2009, de 23 de enero, por el que se regula la convivencia en los centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros.

Por otro lado, varias comunidades autónomas no regulan esta cuestión o no imponen especiales requisitos más allá de reproducir la LODE: Galicia³⁵, Castilla y León³⁶, Cantabria³⁷, País Vasco³⁸, Aragón³⁹, Cataluña⁴⁰, Madrid⁴¹, Castilla-La Mancha⁴², Murcia⁴³ y Canarias (que lo denomina “derecho a manifestar la discrepancia”)⁴⁴.

3. El carácter restrictivo del derecho al paro académico en la enseñanza secundaria

Estas restricciones previstas por diversas normativas autonómicas con respecto al derecho de reunión o paro académico en enseñanzas medias no superarían el filtro de constitucionalidad si le aplicásemos el canon de protección propio del derecho de huelga.

Por un lado, sobre el referéndum obligatorio como requisito previo para convocar una huelga se pronunció el Tribunal Constitucional afirmando que “se ha observado que la exigencia de un referéndum, especialmente en aquellos casos en que el quórum se refuerza, es una manera de ahogar el nacimiento de la huelga y constituye una importante limitación a este derecho”. Además, “parece bastante claro que el referéndum sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas de acuerdo con los principios democráticos. Esta conclusión no es, sin embargo, coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución y la legislación reconocen, porque si la huelga es, como ya se ha dicho, un derecho de carácter individual (aunque de ejercicio colectivo) es claro que no puede ser al mismo tiempo una obligación. Por ello, hay que estimar que el referéndum previo carece de justificación, opera como una pura medida impeditiva del derecho que va más allá del contenido esencial y debe por ello considerarse inconstitucional”⁴⁵.

³⁵ Decreto 8/2015, de 8 de enero, por el que se desarrolla la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa en materia de convivencia escolar.

³⁶ Decreto 51/2007, de 17 mayo 2007. Regula los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y establece las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León.

³⁷ Decreto 53/2009, de 25 de junio, que regula la convivencia escolar y los derechos y deberes de la comunidad educativa en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

³⁸ Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

³⁹ Decreto 73/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁴⁰ Decret 102/2010, de 3 d'agost, d'autonomia dels centres educatius.

⁴¹ Decreto 32/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid.

⁴² Decreto 3/2008, de 08-01-2008, de la Convivencia Escolar en Castilla-La Mancha.

⁴³ Decreto n.º 16/2016, de 9 de marzo, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

⁴⁴ Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁴⁵ STC 11/1981, de 8 de abril.

Por otro lado, y con respecto al *quorum*, como el aval de la mayoría absoluta de delegados o del 5% o del 20% del alumnado previstos en Andalucía y Extremadura, respectivamente, también es aplicable el argumento del TC cuando afirma que “al reforzar los quórum, el ejercicio del derecho se dificulta extraordinariamente y que además se privilegia a la minoría contraria o simplemente abstencionista. [...] Un derecho de naturaleza individual no puede quedar coartado o impedido por minorías contrarias o simplemente abstencionistas”⁴⁶.

Aunque, lógicamente, esta jurisprudencia se deriva del derecho de huelga (art. 28.2 CE) y no es directamente aplicable al derecho de reunión y participación de los estudiantes, los conflictos derivados de la interrupción temporal de actividades académicas nos permiten aplicar, por analogía, los mismos argumentos que en el supuesto de huelgas. Como se ha visto, las críticas del TC al RDL 17/1977 son perfectamente aplicables a la normativa andaluza que desarrolla el derecho del paro estudiantil.

En definitiva, se trata de restricciones que complican la efectiva convocatoria del paro, especialmente en centros educativos con poca implantación del movimiento estudiantil o con direcciones que directamente sean hostiles a la interrupción de la actividad académica. En tanto el procedimiento exige una actitud activa por parte de la dirección del centro, revisando documentación y organizando una votación, parece sencillo boicotear la convocatoria: bastaría con no dar por cumplidos los requisitos formales o no llegar a convocar la votación o convocarla fuera del horario académico para que la participación sea mínima. El papel central que esta normativa da a la dirección de los centros educativos, precisamente contra quienes se podrían dirigir las quejas de los estudiantes, hace depender la efectividad del derecho de reunión y participación de la voluntad de una parte interesada.

4. El alcance del paro académico en la enseñanza secundaria

En último lugar, debemos llamar la atención sobre un elemento central en las mal llamadas huelgas de estudiantes: las consecuencias respecto de las pruebas de evaluación. El derecho de reunión y participación de los estudiantes se concreta en que la inasistencia a clase “no tendrá la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción”. No obstante, este derecho no se traducirá en un deber de colaboración con el paro estudiantil, no obligando a los centros a posponer pruebas de evaluación, exámenes ni, desde luego, pruebas de acceso oficiales (EVAU).

De nuevo, el esquema jurídico es idéntico al derecho de huelga: el derecho de reunión de los estudiantes genera la inmunidad frente a las sanciones, aunque el estudiante debe soportar los perjuicios derivados del paro (mientras que para un trabajador el perjuicio es la pérdida de su salario, para un estudiante el perjuicio podría ser no presentarse a un examen).

⁴⁶ *Idem.*

No obstante, esta cuestión no es pacífica. Por ejemplo, el Sindicato de Estudiantes defiende que el art. 8.2 LODE debe aplicarse en concordancia con el art. 13.1 RD 732/1985⁴⁷: “Los alumnos tienen derecho a que su rendimiento escolar sea evaluado con plena objetividad”. Por ello, defienden que “cuando se sanciona a los alumnos por no asistir a clase, afectando a sus notas, además de incumplir el primero de los preceptos, se incumple el segundo, abandonándose la ‘plena objetividad’ por una decisión arbitraria por motivos políticos”⁴⁸.

A pesar de ello, debemos rechazar este argumento por, al menos, dos motivos. En primer lugar, no existe una previsión legal expresa que permita a los centros educativos posponer actividades de evaluación. En principio, para simples pruebas de evaluación continua el problema no parece relevante, pero en el supuesto de exámenes oficiales, por ejemplo, la convocatoria extraordinaria o la EVAU, está claro que se exigiría una normativa que lo regule, más allá de la voluntad de los organizadores. En segundo lugar, la propia naturaleza del derecho de conflictos incluye soportar un perjuicio derivado del ejercicio del derecho. El paro estudiantil, al igual que la huelga, no genera ni una inmunidad absoluta ni el deber de las autoridades de colaborar con los objetivos del paro ni el deber de minimizar sus efectos.

Por supuesto, nada impide que, por ejemplo, la normativa interna de un centro educativo regule posponer las pruebas de evaluación continua que coincidan con un paro académico. No obstante, insistimos que en exámenes que se rigen por calendario oficial de carácter general es una cuestión de difícil regulación. Por ejemplo, el impacto de una hipotética posposición de la EVAU impactaría no sólo en la seguridad jurídica y el derecho a la educación de los estudiantes que no secundan el paro, sino también en los calendarios de las EVAU de otras comunidades autónomas y en el calendario de matrícula de las universidades.

III. El paro académico en el ámbito universitario: dispersión normativa y nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario

1. Situación actual: dispersión, desregulación y trabas

A continuación, se analiza el régimen jurídico del paro académico en las cincuenta universidades públicas en España. Su regulación actual se caracteriza por la dispersión normativa. En algunos centros, el paro académico está reconocido en los estatutos de la Universidad y desarrollado en reglamentos sobre derechos y deberes de los estudiantes, reglamentos de consejos de estudiantes y demás entes de representación estudiantil, o en normas específicas.

⁴⁷ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

⁴⁸ Sindicato de Estudiantes, *Defiende tus derechos*, 5 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.sindicatodeestudiantes.net/tus-derechos>

De acuerdo con esta pluralidad de normas estudiadas, podemos identificar tres modelos de ordenamiento del paro académico.

El primer modelo se caracteriza por la ausencia absoluta de regulación. Se trata, además, del modelo mayoritario, por el que optan 36 universidades públicas⁴⁹. Esto no significa que no existan conflictos o que no se convoquen paros estudiantiles, sino que estos carecen de cobertura jurídica y se resuelven a través de una especie de 'autonomía colectiva' propia del ámbito educativo y la correlación de fuerzas entre los distintos actores.

De esta forma, podríamos afirmar que en el contexto educativo también se construyen intereses colectivos y, por tanto, sujetos colectivos que gozan de facultades similares al contexto laboral. Por ejemplo, en el ámbito universitario los estudiantes tienen capacidad de autoorganización, a través de sus asociaciones; una autonormación limitada, porque participan en órganos de representación de donde emanan normas jurídicas vinculantes para toda la comunidad universitaria, como los Estatutos de la Universidad, y mantienen vías de diálogo con las autoridades académicas; y capacidad de autotutela, que es el objeto de estudio de este trabajo: el paro académico. Así, tanto la institución universitaria como el estudiantado tienen facultades para que, a través de sus representantes, se aborden los conflictos por medio de la negociación. Existen muchas experiencias de negociación entre Rectorado y estudiantado, por ejemplo, para detener acciones de protesta como encierros⁵⁰.

En este contexto, es llamativo que todas las universidades en Cataluña se adscriban a este modelo de ausencia normativa, siendo un territorio prolífico de las protestas estudiantiles. Es posible que la influencia de ideas ácratas en el movimiento estudiantil catalán favorezca el desinterés por regular el paro académico, siguiendo la tesis sindical de que la mejor ley de huelga es la que no existe.

El segundo modelo se corresponde con el mero reconocimiento del derecho estudiantil al paro académico, pero sin desarrollo reglamentario. Al menos cinco universidades públicas⁵¹ prevén en sus estatutos el paro académico y remiten a un desarrollo reglamentario que aún no existe. Por lo tanto, las consecuencias de este modelo son las mismas que el anterior: la autonomía colectiva. Lo más llamativo es que la Universidad

⁴⁹ Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad de Córdoba, Universidad de Cádiz, Universidad de Huelva, Universidad de Jaén, Universidad de Zaragoza, Universidad de las Islas Baleares, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Cantabria, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Universidad de Valladolid, Universidad de León, Universidad de Burgos, Universidad de Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Politécnica de Cataluña, Universidad Pompeu Fabra, Universidad de Gerona, Universidad de Lleida, Universidad Rovira i Virgili, Universidad Jaume I, Universidad Miguel Hernández de Elche, Universidad de Extremadura, Universidad de La Rioja, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, Universidad de Alcalá, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Universidad de Murcia, Universidad Politécnica de Cartagena, Universidad Pública de Navarra y Universidad Internacional de Andalucía.

⁵⁰ El Periódico, "Los universitarios ponen fin a la ocupación del rectorado de la UB", *El Periódico*, 22 de abril de 2021. Disponible en: <http://bitly.ws/FX2Z>

⁵¹ Universidad de Granada, Universidad de Málaga, Universidad de La Laguna, Universidad de Valencia y Universidad de Coruña.

da Coruña es la única que no lo denomina paro académico o algo similar, sino que reconoce directamente el derecho de huelga de los estudiantes⁵².

El tercer modelo incluye el reconocimiento y el desarrollo normativo del paro académico, aunque la intensidad de su reglamentación es dispar. En la tabla 1 se recogen los elementos más importantes de la regulación del paro académico de las nueve universidades públicas que lo desarrollan a través de una norma interna de rango reglamentario.

Además, cuatro instituciones definen el concepto de paro académico. De acuerdo con las universidades de Alicante⁵³, Oviedo⁵⁴ y Santiago de Compostela⁵⁵, se considera “paro académico” la ausencia voluntaria y previamente acordada en los órganos competentes de las y los estudiantes de sus obligaciones académicas, con el objetivo de defender sus intereses, derechos y/o reivindicaciones. En la Universidad de Almería⁵⁶, es un cese voluntario y previamente acordado por parte de los estudiantes de sus obligaciones académicas con el objetivo de defender sus derechos y en apoyo de sus reivindicaciones.

Por lo tanto, podemos definir el paro académico como un derecho de titularidad individual a la suspensión de las obligaciones académicas, de carácter temporal, que debe ejercerse de forma colectiva por los estudiantes y motivarse por una causa reivindicativa. En tanto es un derecho y no un deber, los estudiantes que no deseen secundar el paro tendrán derecho a recibir la docencia programada. De esta forma, el esquema conceptual del paro académico es idéntico a la huelga: un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, y que respeta la libertad de trabajo (art. 6.4 RDLRT).

A su vez, dentro del modelo de regulación podríamos identificar dos tendencias o submodelos.

a) El modelo asambleario o restrictivo

Por un lado, existe un modelo de carácter asambleario o refrendario, en gran medida restrictivo con el derecho al paro académico. En esta regulación, para declarar un paro estudiantil se exige la convocatoria de una asamblea ad hoc de alumnos, con un quórum o unas mayorías muy difíciles de alcanzar.

Además, las mayorías que exigen las Universidades que integran este modelo se refieren a los componentes de derecho, esto es, a los estudiantes con matrícula activa, no a la mayoría de los miembros que participen en una asamblea ad hoc, con un determinado quórum, y que, por tanto, podría ser una cifra menor. Si para activar un paro académico se prevé el acuerdo de la mayoría absoluta de los estudiantes de cada clase (UPO) o de

⁵² Art. 19 Estatuto do Estudantado da Universidade da Coruña: “A Universidade da Coruña reconece os dereitos de reunión, manifestación e folga dos estudantes”.

⁵³ Artículo 23.1 del Estatuto del Estudiante de la Universidad de Alicante.

⁵⁴ Artículo 1.1 del Acuerdo de 20 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Oviedo, para la regulación del Paro Académico en la Universidad de Oviedo.

⁵⁵ Artículo 39.1 del Estatuto del Estudiante de la Universidade de Santiago de Compostela.

⁵⁶ Artículo 28 del Estatuto del Estudiante de la Universidad de Almería.

cada un centro (UVigo), siendo los centros facultades con miles de alumnos matriculados, de facto es casi imposible convocar un paro general.

En este sentido, en la Universidad de Sevilla, se prevé el voto favorable de $\frac{2}{3}$ de los componentes de derecho de la asamblea de ámbito respectivo. Por ello, el Consejo de Alumnos de la Universidad de Sevilla ha denunciado que, en algunos centros, como la Escuela de Ingeniería (5736 estudiantes en el curso 2020/2021), se exige una votación cuyo aforo es imposible (3824) porque la Universidad no posee espacios con esa capacidad. Además, critican que la Universidad no les facilita los datos necesarios para celebrar la asamblea amparándose en la legislación en materia de protección de datos⁵⁷. Todo ello unido al efecto disuasorio que suponen estos requisitos tan estrictos.

Por todo ello, calificamos como bajo el grado de facilidades al paro académico de los modelos asamblearios, debido a la imposición de requisitos de muy difícil cumplimiento.

b) El modelo representativo o flexible

Por otro lado, en el modelo representativo o flexible la convocatoria del paro estudiantil se impulsa por una institución representativa preexistente (consejo de estudiantes, delegaciones, etc.), fijándose el quórum y la mayoría necesaria para aprobarla (simple, absoluta o reforzada).

Incluimos también en este modelo la previsión, en algunas universidades, de la posibilidad de recoger determinado número de firmas para convocar el paro académico (Universidad de Almería y Universidad Politécnica de Valencia). Muy raramente se permite a las asociaciones de estudiantes convocar paros (sólo la Universidad de Santiago de Compostela). No obstante, las asociaciones sin presencia en los órganos formales de representación de los estudiantes podrían recurrir al cauce de las firmas para impulsar paros.

Además de los requisitos de legitimación para convocar el paro académico, algunas universidades incluyen otros requisitos relevantes, como límites a la duración del paro. Algunos límites son muy estrictos (paros de un día en las universidades de Oviedo o Alicante) y otros más laxos (paros de 5 días o dos semanas prorrogables, en las universidades de Almería y Sevilla, respectivamente). No se prevén límites de duración en las universidades de Santiago de Compostela, Politécnica de Valencia, del País Vasco, Pablo Olavide ni de Vigo.

La cuestión central de estas normativas es el alcance de sus efectos en el plano académico y, concretamente, en los procesos de evaluación continua y periodos de exámenes. En este supuesto, la regulación es dispar. Las Universidades más restrictivas prohíben la convocatoria de paros en periodos de exámenes (Universidades de Oviedo, Alicante y Almería). En la Universidad del País Vasco no se pueden establecer nuevas

⁵⁷ Consejo de Alumnos de la Universidad de Sevilla, *Informe Ejecutivo sobre las Asambleas de Estudiantes y el Paro Académico de la Universidad de Sevilla*, 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3yb1sXg>

pruebas de evaluación en el horario del paro, pero las programadas se mantienen. En la Universidad de Vigo, se mantienen las pruebas de evaluación, pero el estudiante que secunde el paro tiene derecho a realizarlas en otra fecha. Por otro lado, las Universidades más flexibles establecen que se interrumpen todas las actividades docentes afectadas (Universidad de Sevilla) o que, aun sin suspenderse, la inasistencia no puede afectar negativamente a la evaluación (Universidad de Santiago de Compostela). En último lugar, ni la Universidad Pablo de Olavide ni la Politécnica de Valencia recogen esta cuestión.

Finalmente, es destacable que se regulen comités de huelga (universidades de Oviedo y Santiago de Compostela) y piquetes, denominados “grupos de información” (universidades de Oviedo, Alicante y Almería).

Teniendo en cuenta la regulación de los diferentes requisitos, o su ausencia, se concluye que las universidades que facilitan en mayor medida la convocatoria de paros, incluyendo menos requisitos o siendo estos flexibles, son las universidades de Santiago de Compostela, Politécnica de Valencia y del País Vasco. Por otro lado, las universidades que imponen mayores limitaciones y dificultan la convocatoria de paros académicos son las universidades de Sevilla, de Vigo y Pablo de Olavide.

Tabla 1. Comparativa de la normativa del paro académico en las nueve universidades públicas que lo regulan. Elaboración propia.

Universidad	Modelo	Mayoría necesaria	Convocatoria por asociaciones	Límites duración	Incidencia en exámenes / Evaluación	Comité de huelga	Piquetes	Grado facilidades al paro
Universidad de Santiago de Compostela ¹	Representativo	Mayoría absoluta	Sí	No	No se suspenden actividades académicas, pero secundar el paro no incide en la evaluación	Sí	No	Alta
Universidad Politécnica de Valencia ²	Representativo	Mayoría simple	No, pero podrían recurrir a la recogida de firmas.	No	No previsto	No	No	Alta
Universidad del País Vasco ³	Representativo	Mayoría cualificada 2/3	No	No	No se pueden establecer nuevas pruebas de evaluación en el horario del paro, las programadas se mantienen.	No	No	Alta
Universidad de Oviedo ⁴	Representativo	Mayoría simple	No	1 día, 3 meses entre paros, salvo causas excepcionales	No se permite el paro durante periodos de exámenes	Sí	Sí	Media

¹ Artículo 39 del Estatuto del Estudiante de la Universidad de Santiago de Compostela.

² Delegación de alumnos de la Universidad Politécnica de Valencia. <https://bit.ly/3Fb0Ipi>

³ Artículo 28 del Reglamento del alumnado de la UPV/EHU.

⁴ Acuerdo de 20 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Oviedo, para la regulación del Paro Académico en la Universidad de Oviedo.

Universidad	Modelo	Mayoría necesaria	Convocatoria por asociaciones	Límites duración	Incidencia en exámenes / Evaluación	Comité de huelga	Piquetes	Grado facilidades al paro
Universidad de Alicante ⁵	Representativo	Solicitud: mayoría absoluta. Aprobación mayoría 2/3	No	1 día, 4 meses entre paros, salvo causas excepcionales	Se suspende cualquier prueba de evaluación continua, pero no se permite el paro durante periodos de exámenes	No	Sí	Media
Universidad de Almería ⁶	Representativo	Mayoría absoluta + Quórum 2/3	No, pero podrían recurrir a la recogida de firmas.	5 días hábiles + una única prórroga de 5 días	No se permite el paro durante periodos de exámenes. No podrá realizar actividades de asistencia obligatoria, así como sesiones de evaluación teórica ni práctica	No	Sí	Media
Universidad Pablo de Olavide ⁷	Asambleario	Mayoría absoluta en cada clase	No	No	No previsto	No	No	Bajo
Universidad de Vigo ⁸	Asambleario	Mayoría absoluta del estudiantado del centro	No	No	Nueva fecha para las pruebas de evaluación que coincidan con el paro	No	No	Bajo
Universidad de Sevilla ⁹	Asambleario	Mayoría cualificada 2/3	No	2 semanas, prorrogable periodos misma duración	Interrupción de todas las actividades docentes afectadas. Cuando no hubiere sido posible cubrir todos los contenidos de una asignatura, se adaptará la evaluación	No	No	Bajo

⁵ Artículos 23-27 del Estatuto del Estudiante de la Universidad de Alicante.

⁶ Artículos 28-41 del Estatuto del Estudiante de la Universidad de Almería.

⁷ Artículo 4.11 del Reglamento del Consejo de Estudiantes de la Universidad Pablo de Olavide.

⁸ Artículo 57 del Reglamento de estudiantes de la Universidad de Vigo.

⁹ Artículo 13 y 14 del Reglamento General de Estudiantes de la Universidad de Sevilla.

2. La nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario y el reconocimiento estatal del paro académico

Recientemente, ha entrado en vigor la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (en adelante, LOSU). Entre otras novedades, destaca la primera regulación de carácter general, estatal y con rango de Ley Orgánica del derecho de los estudiantes al paro académico.

De esta forma, se reconoce el derecho del estudiantado “al paro académico, respetando el derecho a la educación del estudiantado. Las universidades desarrollarán las condiciones para el ejercicio de dicho derecho y el procedimiento de declaración del paro académico, que será efectuada por el órgano de representación del estudiantado. El paro académico podrá ser total o parcial” (art. 33.p. LOSU).

Esta escueta normativa se caracteriza por tres elementos. En primer lugar, se trata de un mero reconocimiento del derecho, pendiente del desarrollo de las condiciones de ejercicio y del procedimiento de declaración por cada Universidad. Se trata, además, de

un mandato para las universidades (la Ley dice “desarrollarán”). También se incluyen dos modalidades de paro académico, total o parcial, que corresponderá a cada Universidad definir y regular.

En segundo lugar, se recoge un derecho de carácter colectivo pues la convocatoria del paro corresponde al órgano de representación del estudiantado. De esta forma y de acuerdo con la estructura bimodal de sistemas de convocatoria de paros académicos regulada por las distintas universidades que hemos analizado (asambleario o representativo), la Ley opta por el modelo representativo o flexible. Por otro lado, la regulación no tiene carácter restrictivo (no se impone que la convocatoria sea efectuada “exclusivamente” por un órgano colectivo), manteniendo abierta la posibilidad de regular (o conservar en las Universidades que ya lo tienen regulado) sistemas como la recogida de firmas o la convocatoria por parte de asociaciones. El modelo asambleario podría coexistir siempre que el impulso del paro corresponda, al menos, a un órgano de representación estudiantil.

En tercer lugar, el derecho al paro académico se ejercerá “respetando el derecho a la educación del estudiantado”. Este inciso supone una enmienda incorporada en la tramitación parlamentaria frente al texto original del proyecto que reconocía el derecho “al paro académico, garantizando, en cualquier caso, el derecho a la educación del estudiantado”⁵⁸. Frente a una salvaguarda muy fuerte y de carácter restrictivo (“garantizando”, “en cualquier caso”), la ponencia opta por el “respeto” a la educación del estudiantado, que es una concepción más flexible del derecho al paro y, por tanto, una mejora para los estudiantes.

En cualquier caso, la cuestión sigue siendo el alcance de cómo garantizar al derecho a la educación, o en los términos del texto legal, cómo se respeta el derecho a la educación en un contexto de paro académico.

Por un lado, este precepto podría referirse a una suerte de libertad de trabajar de los no huelguistas (art. 6.4 RDLRT: Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga) y podría interpretarse como el derecho de los estudiantes que no secunden el paro a asistir a clase en condiciones de normalidad.

No obstante, no se refiere exclusivamente a los estudiantes que secunden el paro. En su lugar, utiliza una fórmula más amplia, “el derecho a la educación del estudiantado”, de todo el estudiantado. El derecho a la educación de todo el estudiantado podría interpretarse de forma amplia y progresista como un derecho a no ser penalizado por secundar al paro, por ejemplo, permitiendo posponer o repetir las pruebas de evaluación continua que coincidan con el mismo. De esta forma, se garantizaría el derecho a la educación de los no huelguistas, resguardando también el derecho a la protesta de los huelguistas.

En último lugar, debemos destacar que no se regulan los efectos ni las consecuencias tanto personales como académicas del paro. En principio, la LOSU coloca, como analizamos anteriormente, a las 36 universidades públicas que optaron por la ausencia de reconocimiento y regulación del paro académico en la misma situación de las 5 universi-

⁵⁸ Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario, BOCG, Serie A Núm. 111-1, 1 de julio de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3DIvSnp>

dades públicas que simplemente reconocen el derecho al paro, pero sin desarrollarlo. Por ello, concluíamos que el conflicto, en ambos supuestos, se resuelve a través de la negociación y la autonomía colectiva (por ejemplo, cada profesor decidirá las consecuencias de que sus alumnos no asistan a clase).

Antes, las Universidades que así lo decidían, como una prerrogativa propia de su autonomía, reconocían un derecho con naturaleza y características propias y también decidían ellas mismas no desarrollarlo reglamentariamente. No obstante, aquí defendemos que la mera aprobación de la LOSU introduce un cambio sustancial porque mandata a las universidades a desarrollar un derecho que la LOSU reconoce.

En tanto el desarrollo del derecho al paro académico ya no es una mera opción de política normativa de cada centro, sino un mandato recogido en la LOSU (“las Universidades desarrollarán”), debemos plantearnos cuáles son las consecuencias de su incumplimiento, esto es, de que las universidades decidan ignorar la LOSU y no desarrollar internamente las consecuencias del derecho al paro académico en cada centro universitario.

De nuevo, el elemento central del paro académico son las consecuencias con respecto a los procesos de evaluación afectados por el paro. A partir de aquí podemos plantear dos hipótesis en lo que respecta a la incidencia en los procesos de evaluación.

Por un lado, una hipótesis restrictiva defendería que, hasta que la universidad regule la cuestión (ya sea interrumpiendo las actividades docentes, suspendiendo pruebas de evaluación, estableciendo que secundar el paro no debe tener incidencia en el sistema de evaluación, planteando la posibilidad de posponer pruebas de evaluación, etc...), el estudiante está obligado a evaluarse y debe asumir las consecuencias de su inasistencia a pruebas de evaluación.

Por otro lado, una hipótesis progresista o flexible argumentaría que, en tanto la universidad no regule la cuestión (ya sea prohibiendo convocar paros durante los periodos de exámenes o impidiendo convocar nuevas pruebas, pero manteniendo las ya programadas, por ejemplo), debemos interpretar la nueva ley salvaguardando los derechos académicos de los estudiantes, en consonancia con los derechos fundamentales a la educación, a la libertad de expresión, asociación y reunión. Una interpretación del derecho al paro de carácter garantista permitiría prosperar a esta tesis, evitando que el estudiantado se viese perjudicado por el ejercicio legítimo del derecho al paro académico. A fin de cuentas, se respetaría el derecho a la educación de los estudiantes, en los términos del propio precepto. Esta idea se corresponde con el espíritu de la norma que busca consolidar y ampliar el catálogo de derechos de los estudiantes.

Además, esta tesis impondría a la Universidad la carga de regular expresamente las consecuencias de secundar el paro, que serían las que la propia universidad estime pertinentes. De lo contrario, debe asumir la responsabilidad de anular o posponer las pruebas de evaluación, preservando el derecho a la educación de los estudiantes, que sólo podría limitarse expresamente.

De hecho, podría discutirse si sería legal una norma que prohibiese la convocatoria de paros en los periodos de mayor presión, como las convocatorias oficiales de exámenes, o supondría una limitación desproporcionada del derecho al paro académico.

Este debate choca con la propia ontología del paro académico. Mientras en las huelgas los trabajadores presionan normalmente los días que más perjudican al empresario, aquí se discute si los estudiantes ejercen medidas de presión el día que más se perjudican a sí mismos y no está claro que el perjuicio social o administrativo sea mayor. Esto lleva a preguntarnos por qué los estudiantes protestan los días que más se perjudican a sí mismos y si realmente protestar en periodos de exámenes tiene mayor capacidad de presión. Por tanto, podría plantearse si impedir la convocatoria de paros en periodos de exámenes es una restricción excesiva o, de hecho, busca proteger los derechos académicos del estudiantado. Por el contrario, si aceptamos que la convocatoria de paros durante periodos de exámenes se corresponde con los momentos de mayor capacidad de presión, su limitación podría traducirse en una restricción excesiva y desproporcionada del derecho, permitiendo sólo su ejercicio descafeinado, en periodos de poco impacto.

Por otro lado, debemos concluir afirmando que los mecanismos de protección del derecho al paro académico tienen menor intensidad que los de la huelga, que tiene rango constitucional de derecho fundamental (por ejemplo, prohibir una huelga de metro en hora punta porque tiene mayor impacto en la circulación sería inadmisibles). Por tanto, todas las restricciones del derecho al paro académico (tanto en su convocatoria como en su desarrollo) que en la sede de la huelga serían inconstitucionales (quórum, referéndum, duración...), se deben tratar como una opción de política normativa de cada Universidad y, en definitiva, una opción legítima.

IV. Análisis crítico de los efectos del paro académico

1. Efectos derivados de la convocatoria

De acuerdo con lo analizado en los apartados anteriores, podemos concluir que la asimilación del esquema intelectual entre la huelga y el paro académico es absoluta. Siendo ambos un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, a la hora de convocar un paro académico, al igual que en las convocatorias de huelga, se discute sobre quién tiene legitimidad para convocarlo (órganos de representación estudiantil, asociaciones de estudiantes o los propios estudiantes a través de una recogida de firmas). También se debate sobre mayorías, quórum, referéndum, duración y sus límites, preaviso o comité de huelga.

Respecto a posibles limitaciones del derecho al paro académico, debemos reflexionar sobre el posible veto a convocatorias por motivaciones políticas o de solidaridad que en sede de huelga están expresamente prohibidas (art. 11 a y b RDLRT). Esta prohibición se fundamenta en la necesaria conexión entre las reivindicaciones de los huelguistas y la capacidad del empresario para darles respuesta o, mejor dicho, el derecho del empresario a no soportar los perjuicios de conflictos fuera de su poder de disposición enmarcado en el contrato de trabajo. En este sentido, el TC ya afirmó que las huelgas de solidaridad se ajustan al ordenamiento cuando estén fundadas en los in-

tereses de los trabajadores ya que “los intereses defendidos mediante la huelga no tienen que ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores” y “el hecho mismo la huelga sindical obliga a reconocer la huelga convocada por un sindicato en defensa de las reivindicaciones que el sindicato considere como decisivas en un momento dado, entre las que puede encontrarse la solidaridad entre los miembros del sindicato”⁵⁹.

En el contexto educativo, nos preguntamos si la LOSU permitiría establecer un requisito como el que ya se prevé para enseñanzas medias en varias comunidades autónomas: una “propuesta razonada y motivada por discrepancias respecto a decisiones de carácter educativo”. Si la normativa del paro académico exige que la protesta se vincule exclusivamente a cuestiones educativas, se pone en duda que los estudiantes puedan participar en una huelga general o, por ejemplo, solidarizarse a través de un paro con una reivindicación salarial de trabajadores de la Universidad. Es cierto que la prohibición de las huelgas políticas o de solidaridad se fundamenta en un perjuicio para el empresario que en el paro académico soportan los propios estudiantes. En cualquier caso, parece una restricción excesiva y, en tanto el paro académico carece de la protección propia de la huelga como derecho fundamental, corresponderá a la opción política de cada Universidad regular esta cuestión.

En este sentido, es interesante que los periodos de prohibición de convocar paros académicos, por ejemplo, en periodos de exámenes, estén directamente fijados en la normativa y no queden al arbitrio de los órganos de dirección de la Universidad, como es el caso de los servicios mínimos de una huelga, donde la administración competente los fija expresamente para cada una. De hecho, podríamos entender la prohibición de algunas universidades de convocar paros en los periodos de exámenes como una suerte de servicios mínimos en el ámbito educativo, esto es, la obligación de mantener cierto nivel de prestación de actividades académicas para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la educación. Aunque pueda valorarse como una restricción excesiva, lo cierto es que aporta seguridad jurídica y reduce el margen de intervención de la Universidad.

Al igual que comentábamos en el apartado de enseñanzas medias, podríamos aplicar las críticas al referéndum obligatorio y a la imposición de quórum que hace el Tribunal Constitucional⁶⁰ al RDLRT a los requisitos que imponen varias universidades para convocar un paro académico. Se trata de medidas impeditivas del derecho al paro académico, que lo dificultan extraordinariamente, privilegiando a la minoría contraria o simplemente abstencionista.

En definitiva, se trata de restricciones que complican la efectiva convocatoria del paro, especialmente en centros educativos con poca implantación del movimiento estudiantil o con órganos de gestión que directamente sean hostiles a la interrupción de la actividad académica. Por ejemplo, la convocatoria de asambleas de alumnos exige facili-

⁵⁹ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁶⁰ *Idem*.

tar un censo de alumnos, con el consiguiente riesgo en materia de protección de datos, y un espacio para su celebración, a pesar de que, en determinados centros, como se señaló en el caso de la Universidad de Sevilla, no existen lugares de reunión tan grandes.

En este sentido, la realización de asambleas, votaciones y recogidas de firmas de aval permite relacionar los datos personales de los alumnos convocantes con el paro, facilitando las represalias por parte de las autoridades académicas. La obligación de nombrar un comité de huelga facilita la interlocución entre estudiantes y autoridades académicas con el fin de lograr una negociación. No obstante, los estudiantes no gozan de la protección frente a represalias propia del derecho a la libertad sindical y del derecho de huelga, que incluye garantías procesales como una modalidad procesal especial para tutelar vulneraciones de derechos fundamentales (art. 177-184 LRJS) o la inversión de la carga de la prueba (art. 181.2 LRJS).

Además, en tanto muchas huelgas de estudiantes se convocan por motivos extraacadémicos (por ejemplo, huelgas climáticas) o que exceden las competencias del propio centro (reivindicaciones sobre leyes educativas o becas estatales), tiene poco sentido fomentar una negociación estéril disgregada por centros.

Si la LOSU hubiese habilitado la convocatoria de paros académicos estatales, por ejemplo, a través del casi desconocido Consejo de Estudiantes Universitario del Estado (CEUNE), habría facilitado la convocatoria de un paro estatal, pero también la interlocución con un órgano representativo estatal que podría funcionar como comité de huelga. En su lugar, un paro estatal exige ser activado en cada una de las universidades (y algunas, a su vez, en cada centro o en cada clase), impidiendo de facto, o al menos coartando, una convocatoria de alcance nacional-estatal.

También llama la atención que las Universidades ignoran el tejido asociativo de los propios centros porque sólo la Universidad de Santiago de Compostela prevé activar la convocatoria a través de asociaciones de estudiantes. Al igual que en el supuesto del derecho de huelga, podría regularse la convocatoria a través de asociaciones de estudiantes con cierto grado de representatividad, que se podría medir de acuerdo con el número de socios, antigüedad o con una recogida de firmas.

De hecho, limitar la capacidad de convocar paros exclusivamente a órganos de representación preexistentes, cuya composición puede no adecuarse a la actual correlación de fuerzas y sensibilidades de la Universidad, puede suponer frenos a huelgas de mayor alcance. Por ejemplo, la composición conservadora de un consejo de estudiantes puede impedir la convocatoria de un paro por intereses políticos, aunque exista una voluntad colectiva de protesta, que podría acreditarse a través de otros medios. Esto no es una mera hipótesis, sino que existen experiencias de consejos o federaciones de estudiantes rechazando paros académicos por motivos políticos⁶¹.

Otro elemento similar a la convocatoria de huelga es el preaviso.

⁶¹ Delegación de Estudiantes de la Universidad Carlos III de Madrid, “En rechazo del paro académico del 18 de noviembre”, en *Twitter*, 16 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Sx7jOt>; Federación de Estudiantes de la Región de Murcia, “FEREMUR rechaza la huelga de estudiantes convocada para esta semana”, *Murcia.com*, 4 de febrero de 2013. Disponible en: <https://bit.ly/3LDcbza>

La finalidad del preaviso durante una huelga es triple: por un lado, dar difusión de la convocatoria tanto a trabajadores como a clientes y usuarios del servicio público; por otro, dar un margen de tiempo que permita una negociación que evite la huelga; y finalmente, organizar los servicios mínimos y los servicios de seguridad y mantenimiento⁶². En este contexto, no tiene mucho sentido regular un preaviso en una huelga de estudiantes, que no son trabajadores, sino usuarios del servicio público de educación (en este sentido, la huelga de estudiantes se asimila más a un boicot).

No obstante, para el paro académico el preaviso es irrelevante (casi ninguna universidad lo prevé) porque el procedimiento de convocatoria lleva, en sí mismo, más tiempo que los 5 o 10 días de preaviso de una huelga laboral.

Por otro lado, podemos calificar como una restricción excesiva y arbitraria la limitación de la duración del paro. A diferencia de las convocatorias en enseñanzas medias, algunas universidades establecen una doble limitación a los paros académicos: por un lado, algunas sólo permiten interrupciones de la actividad académica de unos pocos días o semanas (las más restrictivas, Oviedo y Alicante, sólo un día); por otro lado, no permiten convocar otro paro académico hasta que hayan transcurrido determinados meses (Oviedo tres meses, Alicante cuatro), impidiendo de facto más de dos convocatorias por curso. Por tanto, estaría vedada la convocatoria de una huelga indefinida.

Respecto a los piquetes informativos, que la normativa de varias universidades denomina “grupos de información”, sólo se reconocen en tres universidades (Universidad de Oviedo, Alicante y Almería). Sin embargo, apenas se mencionan. No se plantea si pueden interrumpir las clases para informar a los estudiantes, poner mesas informativas, repartir octavillas, utilizar megáfonos, pegar carteles, convocar debates o reuniones tipo mitin... Por tanto, su mero reconocimiento aporta poco.

En último lugar, debemos plantearnos si los requisitos muy restrictivos para convocar un paro académico pueden provocar un efecto desaliento⁶³ del ejercicio del derecho al paro académico, en sí mismo, en conexión con los derechos fundamentales a la

⁶² Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, op. cit., p. 577.

⁶³ El efecto desaliento es un concepto propio del Derecho penal que se refiere al “resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado” (Cuerda Arnau, M.L., “La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia”, en *InDret*, nº 2, 2022). La doctrina amplía el concepto no sólo a conductas ilícitas, sino a conductas perfectamente lícitas pero que, ante la admisión automatizada de querellas que permite instrumentalizar los juzgados de instrucción por motivos ideológicos, deben soportar un proceso penal que tiene, en sí mismo, efectos disuasorios (Dopico Gómez-Aller, J., “¿Tenemos un problema con los delitos consistentes en actos de expresión?”, en *abogacia.es*, 3 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3BdQD7y>). En este sentido, “los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar” (SSTC 177/2015, 112/2016 y 35/2020). Sobre este tema, recomendamos la lectura de Dopico Gómez-Aller, J., “El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-10, 2022, pp. 1-22. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-10.pdf>

libertad de expresión, de asociación, de reunión y manifestación, de participación política y de educación. En definitiva, los procesos de convocatoria muy rígidos aportan pocas ventajas respecto a una convocatoria irregular (“huelga estudiantil salvaje”).

2. Efectos derivados del desarrollo del paro académico

Mientras huelga y paro se asimilan *ab initio* en la convocatoria, difieren radicalmente en los efectos. De acuerdo con el art. 6 RDLRT, durante una huelga, la relación laboral se encuentra suspendida, esto es, se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y abonar el salario. El ejercicio del derecho de huelga no sólo suspende el contrato de trabajo, sino que impide cualquier represalia por participar en la misma (incluyendo sanciones o despidos) y en la promoción económica y profesional. También limita las facultades de dirección y control empresarial, impidiendo recurrir al esquirolaje, tanto interno como externo⁶⁴. Por otro lado, en el supuesto de un paro estudiantil, la cuestión central son las consecuencias en los procesos de evaluación.

Aunque ni los profesores ni la Universidad pueden asimilarse al rol de empleador propio de una huelga, podríamos afirmar que, en los mismos términos que la huelga, el paro académico tiene “el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”⁶⁵. En este caso, el derecho al conflicto colectivo se contrapone al derecho a la educación, en lugar de la libertad de empresa. De esta forma, el paro académico suspende las obligaciones propias de la prestación del servicio público de la enseñanza superior, sin que puedan derivarse sanciones por promover, convocar o secundar un paro académico.

A diferencia del trabajo por cuenta ajena, la actividad académica no está remunerada y es, en sí misma, un derecho y un beneficio para los estudiantes. Por lo tanto, el paro académico perjudica en mayor medida a los propios alumnos y alumnas, que dejan de recibir formación, ya sea teórica o práctica, o de asistir a pruebas de evaluación.

Precisamente lo que se discute respecto al paro académico es el derecho de los estudiantes a no verse perjudicados por ejercer su derecho a la protesta cívica. De esta forma, secundar un paro académico no supondrá una falta de asistencia a los efectos de expulsar al estudiante de los procesos de evaluación continua. No obstante, el gran conflicto siempre han sido los exámenes. Se plantea si los estudiantes que secunden un paro académico tienen derecho a que no se celebren pruebas de evaluación durante el paro, o a que estas se pospongan o se repiten posteriormente. Son especialmente conflictivos los paros en periodos de exámenes oficiales (las convocatorias de evaluación fijadas por las facultades o las pruebas de acceso a la universidad, por ejemplo).

⁶⁴ La prohibición del esquirolaje externo recogida en el art. 6.5 RDLRT se extiende también al esquirolaje interno en las SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo. Sobre esquirolaje tecnológico: STC 17/2017, de 2 de febrero.

⁶⁵ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

En este contexto, debemos poner el foco en la desproporción del potencial perjuicio inherente a secundar el paro académico. Mientras la ajenidad propia de la relación laboral limita los perjuicios de la huelga para el trabajador a la pérdida del salario correspondiente día del paro (que no es poca penalización), los perjuicios de la convocatoria del paro académico, por ejemplo, durante el periodo de exámenes, podrían perpetuarse durante meses o años y arrastrar un daño social, económico y académico de carácter desproporcionado por el ejercicio de un derecho legítimo.

Esto se debe a que no presentarse a una prueba de evaluación puede suponer no superar una asignatura, con la consiguiente nueva matriculación, que tiene un coste económico mayor; la pérdida de becas o ayudas, que se vinculan a un determinado rendimiento académico; la necesidad de prorrogar un año más los estudios universitarios, con todos los costes económicos asociados e, incluso, el coste de oportunidad de posponer la entrada en el mercado laboral; o la imposibilidad de optar a algunos servicios universitarios que dependen de la superación de un determinado número de créditos (programas ERASMUS, SICUE o MUNDE; la realización de prácticas académicas externas curriculares o extracurriculares; la defensa del Trabajo Fin de Grado); entre otras.

Además, no está muy claro por qué ejercer un legítimo derecho de protesta tiene que suponer un perjuicio *per se*. De por sí, no acudir a clase ya es un perjuicio para el estudiantado, en tanto se pierde formación teórica o práctica, se altera el calendario académico, se pierde seguimiento sobre la materia objeto de estudio, etc. Además, siguiendo la tesis expuesta más arriba que defiende extender el derecho al paro académico a los estudiantes en prácticas, supondría un impacto económico y demoraría el final de las prácticas, porque se exige cumplir un determinado número de horas para superarlas.

Una parte de la doctrina es muy crítica con el problema de posponer las actividades académicas por su impacto en terceros. Afirma que supone “imponer a los profesores y personal de administración y servicios una sobrecarga de trabajo que puede rozar la ilegalidad, al exceder de sus obligaciones laborales y que por supuesto no estarían dispuestos a realizar, máxime cuando estos colectivos no tienen suspendida su actividad profesional a la hora de materializarse el paro académico, todo ello sin contar con los innumerables perjuicios que a éstos les puede ocasionar prorrogar las fechas de sus actividades, disponibilidad de medios, recursos, etc”⁶⁶.

En este sentido, debemos poner en debate el impacto del paro académico en las empresas donde los estudiantes realizan sus prácticas externas, ya sean curriculares o extracurriculares.

Por un lado, no parece razonable extender los perjuicios de un paro estudiantil a empresas que no tienen vinculación con la gestión académica y, por tanto, no tienen responsabilidad ni capacidad de dar respuesta a las demandas de los estudiantes (por ejemplo, un incremento de becas).

Por otro lado, nunca ha sido un factor determinante la conexión entre los perjuicios derivados de una huelga y la capacidad de decisión sobre las demandas de los tra-

⁶⁶ Jiménez Soto, I., “Del inexistente derecho de huelga...”, *op. cit.*

bajadores. La huelga pivota, entre otros, sobre los elementos de visibilización y presión. Lógicamente, la presión a la empresa es mayor si los clientes o usuarios del servicio se ven perjudicados. Las huelgas, por definición, provocan molestias y estas molestias pueden exceder la esfera personal del empresario. Por ejemplo, una huelga en el transporte público afecta a millones de pasajeros, no sólo a la dirección de la empresa de transporte. Precisamente, ese perjuicio masivo a los usuarios del servicio es el principal elemento de presión frente a la administración competente. Por tanto, permitir secundar paros académicos a los estudiantes en prácticas supondría un elemento adicional de presión a favor de las reivindicaciones estudiantiles.

En este sentido, los estudiantes en prácticas no perciben remuneración alguna, sino una ayuda al estudio no obligatoria, cuya cuantía suele ser muy baja, inferior al SMI. Los costes de seguridad social también están limitados a 58,09€ al mes⁶⁷, pudiéndose prever la deducción de la parte proporcional a la duración del paro académico, al igual que en el caso de una huelga. Además, los estudiantes en prácticas no pueden realizar actividades profesionales de carácter estructural en la empresa ni el empresario incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, simplemente realiza acciones formativas porque, de lo contrario, se darían las notas de laboralidad. Su finalidad primaria es facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio⁶⁸. Por tanto, el perjuicio empresarial durante un paro debería ser mínimo y soportable.

Otro argumento a favor de reconocer a los estudiantes en prácticas el derecho a secundar un paro académico es que permitiría la canalización institucional de los conflictos específicos de este colectivo. En tanto no son trabajadores, no tienen derecho de huelga, aunque compartan en su actividad formativa espacios y reivindicaciones con otros trabajadores. En tanto están formándose en una empresa o institución ajena a la Universidad, no pueden secundar paros académicos. Reconocer esta segunda posibilidad supondría no sólo ampliar su catálogo de derechos, siguiendo el espíritu de la LOSU, sino también crear una vía reglada de canalización de los conflictos, las reivindicaciones y las protestas de los estudiantes en prácticas. Por ejemplo, una reivindicación a favor de un Estatuto del Becario que aumente sus retribuciones y les permita acceder a la prestación por desempleo tendría vedada la vía del conflicto colectivo porque no tienen derecho de huelga.

En este trabajo defendemos que cada Universidad, en pleno ejercicio de su autonomía, debe prever qué impacto tendrán los paros académicos en el itinerario formativo y en la evaluación de sus estudiantes. En tanto el derecho al paro académico no es un derecho fundamental, es posible que las universidades establezcan restricciones que ga-

⁶⁷ Art. 44.2 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, en la redacción dada por la Orden PCM/313/2023, de 30 de marzo de 2023.

⁶⁸ STS 22 de noviembre de 2005 (Rec. 4752/2004), STS 4 de abril de 2006 (Rec. 856/2005), STS de 23 de marzo de 2007 (Rec. 5517/2005), STS de 1 de junio de 2022 (Rec. 1063/2020).

ranticen el derecho a la educación, por ejemplo, con respecto a su duración o a la imposibilidad de convocar paros en periodos de exámenes. Como ya apuntábamos, aunque se trata de opciones de política normativa de carácter restrictivo, son válidas y legítimas. En su lugar, las universidades podrían optar por visiones plurales y abiertas, permitiendo la reordenación del calendario académico, posponiendo las pruebas de evaluación y adaptándolas a sus circunstancias específicas. Las Universidades deben promocionar activamente el espíritu crítico y la protesta cívica y pueden hacerlo al facilitar el ejercicio de derechos colectivos.

3. *Una reflexión sobre la huelga de estudiantes, sus límites y sus posibilidades*

Debemos afrontar la aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) y el posterior debate sobre la articulación en cada Universidad del derecho al paro académico estudiantil como una oportunidad y como un reto.

El punto de partida de la discusión es el desarrollo interno de este derecho, que constituye un mandato para las Universidades. Mientras el art 28.2 CE habla de “la ley que regule el ejercicio del derecho” de huelga en términos hipotéticos (de hecho, esta hipotética ley de huelga no se ha llegado a aprobar, aunque hubo un proyecto en 1993⁶⁹), la redacción de la LOSU va más allá y mandata a las universidades a regular el paro: “Las universidades desarrollarán las condiciones [...]”. Frente a la redacción hipotética de la Constitución, la LOSU se conjuga en futuro.

En este contexto, es importante reivindicar la necesidad de ponderar un modelo de resolución de conflictos abierto, ágil y poco burocrático que garantice del derecho a la educación y del funcionamiento académico de la Universidad.

Si los estudiantes perciben el modelo de convocatoria como inaccesible no lo utilizarán, lo que no significa que no existan conflictos ni paros, sino que su expresión será irregular. Los paros fuera de cauces institucionales suponen un riesgo de conflictos de mayor duración, de mayor intensidad y de mayor probabilidad de daños en personas o bienes.

De acuerdo con lo estudiado en las páginas anteriores, podemos concluir que la mayoría de las universidades optaron por ignorar los paros académicos y las que lo regulan producen normativas pobres en calidad e imaginación, puesto que las pocas normas que hay son idénticas entre ellas.

A las Universidades les falta creatividad que permita adaptarse a la diversidad de centros, estudiantes y conflictos que se plantean en las universidades de la tercera década del siglo XXI, incluyendo diversos tejidos asociativos, fórmulas de representación estudiantil, tamaño y dispersión de los distintos campus, nuevas reivindicaciones (por ejemplo, sobre la crisis climática o la salud mental) o el papel de las redes sociales y la digitalización.

⁶⁹ Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Núm. 109 (f), 29 de marzo de 1993, pp. 49-63. Disponible en: <https://bit.ly/3sn2gF1>

En este contexto, debemos poner en valor, como oportunidad y como fortaleza, el voto electrónico, que permite tanto la elección de representantes como la democracia directa en la toma de decisiones. Aunque de por sí exigir un referéndum para convocar un paro supone una política normativa de carácter restrictivo, el voto electrónico facilita enormemente tanto la convocatoria, que correría a cargo de la Universidad, y la participación. Se podría votar desde cualquier dispositivo y desde cualquier lugar, evitando el desplazamiento hasta el campus o hasta una oficina de correos para el voto postal. Además, la convocatoria podría celebrarse en un periodo de tiempo muy corto, debido a que la convocatoria, la elaboración y reclamaciones del censo electoral, votación, escrutinio y proclamación de resultados se podrían hacer de forma automatizada, sin presentar ni un sólo papel. De hecho, varias Universidades españolas ya son pioneras en el voto electrónico para diversos órganos de representación⁷⁰ (elecciones de delegados, representantes en la junta de la facultad, claustro o, incluso, Rector).

Además, las futuras normativas podrían fomentar los procesos de negociación antes y durante el conflicto, reforzando el papel del comité de huelga. También se podrían concretar las funciones de los piquetes. Lejos del anacrónico tablón de anuncios, la Universidad dispone de múltiples medios de difusión y redes sociales donde informar del paro.

En definitiva, si la única motivación de estas normativas es cumplir un mandato legal, estableciendo una regulación superficial o restrictiva, es mejor no perder el tiempo ni dedicar ningún esfuerzo. Frente a las convocatorias burocratizadas, el conflicto estudiantil seguirá existiendo, pero tomará otros cauces, seguramente imprevisibles y con riesgos de violencia. No sorprende leer en la prensa que las huelgas de estudiantes acaban con cargas policiales o barricadas. En definitiva, un conflicto que en el mejor de los casos se resolverá a través de la autonomía colectiva o a través de sanciones, que no son otra cosa que represión. Precisamente, esta normativa podría ser una vacuna que permita canalizar institucionalmente el conflicto.

V. Conclusiones

En primer lugar, debemos reivindicar la utilidad social de canalizar institucionalmente el conflicto social. Frente a las huelgas fuera de cauces institucionales, que suponen un riesgo de conflictos de mayor duración, de mayor intensidad y de mayor probabilidad de daños en personas o bienes, debe abrirse camino un modelo de resolución de conflictos abierto, ágil y poco burocrático cuyo objetivo sea la paz social.

El estudiantado no tiene reconocido el derecho de huelga porque no son trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, el paro académico, que podemos conceptualizar dentro del boicot político, mantiene el mismo esquema intelectual, teniendo, por tanto,

⁷⁰ UNED, “La UNED, primera universidad que elige su claustro por voto electrónico”, *Comunicación y Marketing UNED: Noticias*, 9 de junio de 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3StIjh2>

idénticos problemas y retos. Esto incluye debates sobre la legitimidad para la convocatoria del paro, el preaviso, la duración, el comité de huelga o piquetes. Por otro lado, los efectos sobre el desarrollo del paro se centran en el impacto en los procesos de evaluación.

En este contexto, previo estudio de las diecisiete normativas autonómicas en materia de educación y derechos de los estudiantes y las normativas internas de las cincuenta universidades públicas, podemos concluir que la falta de reconocimiento como derecho fundamental permite a la administración competente imponer mayores trabas al ejercicio del paro académico que las que serían admisibles para una huelga.

Las mal llamadas huelgas de estudiantes se articulan en dos modalidades, en función de si se trata de enseñanzas medias, donde se regula a nivel autonómico un derecho de reunión y de inasistencia colectiva a clase; y educación universitaria, donde cada universidad opta entre tres modelos: la desregulación, el mero reconocimiento del derecho al paro, pero sin más desarrollo, y un desarrollo normativo propio del paro académico estudiantil. A su vez, existen dos tendencias de regulación: un modelo representativo o flexible y un modelo asambleario o restrictivo.

Surgen aquí restricciones excesivas para las convocatorias, desde la legitimidad para llamar a la huelga (exigiendo, por ejemplo, asambleas con mayorías muy estrictas), la restricción en la duración de la convocatoria, la imposibilidad de convocar paros en periodos de exámenes, etc.

La principal novedad es la aprobación de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, que reconoce el derecho al paro académico estudiantil y mandata a las universidades a desarrollarlo a través de sus normas internas.

A este respecto, debemos advertir que una regulación que encorsete demasiado el acceso al paro académico, dificultando o impidiendo su convocatoria, corre el riesgo de que los estudiantes, a través de sus organizaciones formales o informales, ignoren la norma y promuevan huelgas “salvajes”, con el consiguiente riesgo para personas o bienes. No son pocas las huelgas de estudiantes que acaban con cargas policiales o barricadas.

La nueva LOSU adolece falta de concreción, dejando el ejercicio del paro en manos de la política normativa de cada Universidad. En este sentido, se trata de una oportunidad perdida. Si la LOSU hubiese habilitado la convocatoria de paros académicos estatales, por ejemplo, a través del casi desconocido Consejo de Estudiantes Universitario del Estado (CEUNE), habría facilitado la convocatoria de un paro estatal, pero también la interlocución con un órgano representativo estatal que podría funcionar como comité de huelga. En su lugar, un paro estatal exige ser activado en cada una de las universidades (y algunas, a su vez, en cada centro o en cada clase), impidiendo de facto, o al menos coartando, una convocatoria de alcance nacional-estatal.

Por ello, proponemos una regulación flexible del conflicto y sus medios de resolución: una regulación que lo promueva a la vez que lo institucionalice garantiza conflictos de menor intensidad y duración, esto es, mayor paz social. Una regulación restrictiva es, en sí misma, un conflicto, una decisión política que puede ser perjudicial a largo plazo, aunque en el corto plazo parezca reducir las huelgas. En su lugar, podemos articular el paro académico a través del derecho fundamental a la educación, a la libertad de expre-

sión, de asociación y de reunión, considerando el derecho a la protesta cívica como parte del contenido del derecho a la educación.

Las Universidades tienen por delante el reto de desarrollar el derecho al paro académico estudiantil, que es, a su vez, una oportunidad de mirar al futuro. Se les exige un esfuerzo y cierta dosis de creatividad para lograr un desarrollo dialogado con la comunidad educativa, adaptado a las necesidades de cada centro, incluyendo la diversidad de tejidos asociativos, de fórmulas de representación estudiantil, de tamaño y dispersión de los distintos campus, de nuevas reivindicaciones o el papel de las redes sociales y la digitalización. Precisamente, esta normativa podría ser una vacuna que permita canalizar institucionalmente el conflicto. La respuesta exige, por tanto, audacia.

VI. Bibliografía

- Barnes, S. H., Kaase, M., *Political action: mass participation in five western democracies*, Sage Publications, Beverly Hills, California, 1979.
- Cuerda Arnau, M. L., “La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia”, *InDret*, nº 2, 2022.
- Dahrendorf, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, RIALP, Madrid, 1962.
- Dopico Gómez-Aller, J., “El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 24-10, 2022, pp. 1-22.
- Jiménez Soto, I., “Del inexistente derecho de huelga de los estudiantes al paro académico”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 193, 2018, pp. 195-221.
- Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, 8ª edición.
- Torcal, M., Montero, J. R., Teorell, J., “La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 132, 2006, pp. 7-43.
- Vallés, J. M., *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2007.

DEBATE

La reforma del sistema de pensiones de 2021 a 2023. Un balance*

The reform of the pension system from 2021 to 2023. A balance

Enrique Devesa

IVIE. Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0001-9506-2527

Robert Meneu

Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0001-9902-1060

Rafael Doménech

BBVA Research y Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0001-8279-5617

doi: 10.20318/labos.2023.7944

Resumen: En este artículo se analizan las diferentes medidas adoptadas en estas reformas, así como las estimaciones disponibles de sus impactos previstos a 2050, tanto en los gastos como los ingresos. A partir de la situación de partida del sistema público de pensiones en España y del sistema contributivo de la Seguridad Social al cierre de 2022, con estas estimaciones disponibles se proyectan las diferentes sendas de ingresos y gastos del sistema contributivo de la Seguridad Social y de las pensiones totales, incluidas las no contributivas y clases pasivas. Nuestros resultados apuntan a que el déficit contributivo de la Seguridad Social oscilará entre un promedio desde 2023 hasta 2050 del 1,8% del PIB en el escenario más optimista y del 3,4% en otro en el que los incentivos a la jubilación demorada no dan lugar a la reducción del gasto en pensiones previsto por el Gobierno y la reforma del régimen especial de autónomos tiene unos efectos neutrales sobre el déficit en 2050. A estas estimaciones del déficit contributivo hay que añadir las necesidades de financiación del gasto en pensiones no contributivas y clases pasivas, que suponen aproximadamente un 1,7% del PIB en promedio hasta 2050.

Palabras clave: Pensiones, reformas, sostenibilidad, contributividad, eficiencia.

Números JEL: H22, H55.

Abstract: This article analyzes the different measures adopted from 2021 to 2023, as well as the available estimates of their expected impacts by 2050, both in expenses and revenues. Based on the starting situation of the public pension system in

*Los autores agradecen los comentarios de M.A. García, R. Doménech agradece la ayuda de los proyectos PID2020-116242RB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación de España (MCIN/AEI/10.13039/501100011033), GVPROMETEO2020-083 de la Generalitat Valenciana y TED2021 -132629B-I00 del MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y “European Union Next Generation EU/PRTR”.

Spain and of the Social Security contributory system at the end of 2022, with these available estimates, the different paths of income and expenses of the Social Security contributory system and of the total pensions, including non-contributory pensions and passive classes. Our results suggest that the Social Security contributory deficit will oscillate between an average from 2023 to 2050 of 1.8% of GDP in the most optimistic scenario and 3.4% in another in which the incentives for delayed retirement do not lead to a reduction in spending on pensions planned by the Government and the reform of the special regime for the self-employed has neutral effects on the deficit in 2050. To these estimates of the contributory deficit must be added the financing needs for spending on non-contributory pensions and passive classes, which account for approximately 1.7% of GDP on average until 2050.

Keywords: Pensions, reforms, sustainability, contributory, efficiency.

JEL numbers: H22, H55.

1. Introducción

Hasta las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020, el sistema de pensiones y prestaciones mantuvo cierto principio de separación de fuentes y transparencia de las cuentas. Desde entonces, dado el mayor volumen de transferencias del Estado, el déficit de la Seguridad Social ha dejado de ser un indicador comparable de su situación financiera.

Así, aunque en 2022 el déficit por operaciones no financieras de la Seguridad Social se situó en el 0,5% del PIB, el déficit contributivo, más fiable al no estar influido por las transferencias del Estado, se aproximó al 2% del PIB. Este resultado es la diferencia de unos ingresos contributivos del 10,6% del PIB (cotizaciones sociales sin cese de actividad, 10,5%, y otros ingresos, 0,1%) y unos gastos contributivos del 12,6% del PIB (pensiones contributivas sin mínimos, 10,9%, incapacidad temporal, 1%, prestaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de menor, 0,3%, y otros gastos, 0,4%). La discrepancia entre ambos déficits se debe fundamentalmente a la transferencia adicional del Estado, 1,4% del PIB, una de las medidas para reforzar los ingresos en la Ley 21/2021.

El Sistema de Seguridad Social también gestiona prestaciones no contributivas que se financian con transferencias del Estado. Estas prestaciones tienen un peso en el PIB del 1,1% e incluye los complementos a mínimo (0,5%), pensiones no contributivas (0,2%), ingreso mínimo vital (0,2%) y otras prestaciones (0,1%). El gasto en pensiones públicas se completa con el de Clases Pasivas (funcionarios anteriores a 2011), con un peso del 1,4% del PIB, financiado con aportaciones del Estado (1,3%) y con la cuota de derechos pasivos pagada por los funcionarios (0,1%).¹

De estas cifras, de cara a hacer un seguimiento de las reformas recientemente aprobadas, destaca la del gasto público en pensiones a efectos del informe de envejecimiento

¹ Una visión más agregada, en términos de contabilidad nacional, la aporta el subsector Fondos de la Seguridad Social (Sistema de Seguridad Social, SEPE y FOGASA), aunque no incluye Clases Pasivas. De acuerdo a la página web del Ministerio de Hacienda, la aportación del Estado vía cotizaciones fue del 0,17% del PIB a cargo de empleadores y 0,45% del PIB mediante cotizaciones imputadas (cálculo de los funcionarios en activo dentro del Régimen), por lo que su déficit sería del 0,78% PIB.

de la Comisión Europea (un total del 13,1% del PIB en 2022, repartido entre contributivas, 10,9%, no contributivas y complementos a mínimo, 0,7%, y clases pasivas, 1,4%).

La reforma de pensiones de 2021 eliminó el Índice de Revalorización de las Pensiones y el Factor de Sostenibilidad, aprobó la revalorización con el IPC promedio, introdujo el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI, que subía las cotizaciones 0,6 puntos hasta 2032), aprobó la financiación con cargo al Estado de un conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas, introdujo nuevos coeficientes reductores para la jubilación anticipada, aprobó incentivos a la jubilación demorada y que el Estado financie cualquier déficit presente y futuro de la Seguridad Social. Por su parte, la reforma del Régimen Especial de trabajadores Autónomos en 2022 tiene por objetivo acercar las bases de cotización a las rentas reales de los trabajadores autónomos.

La reforma de 2023 ha introducido un nuevo MEI, que aumenta gradualmente las cotizaciones desde 0,6 puntos en 2023 hasta 1,2 en 2029, sube las bases máximas de cotización, establece una cuota de solidaridad a las rentas del trabajo elevadas, permite temporalmente elegir el periodo de cálculo de la pensión inicial entre los últimos 25 años y los últimos 29 descartando los 24 meses peores, mejora las pensiones mínimas, las lagunas de cotización y el complemento por brecha de género, y plantea una evaluación en 2025: si las proyecciones apuntan a un desequilibrio y no se adoptan medidas compensatorias, el MEI aumentará automáticamente las cotizaciones a partir de 2026.

Tras estos cambios, el aumento previsto de las necesidades adicionales de financiación del sistema de pensiones de 2022 a 2050 por las reformas de 2021 a 2023 varía desde la previsión más optimista del Gobierno (5 décimas del PIB) a la más pesimista de A. de la Fuente (3,1 puntos del PIB), pasando por la estimación intermedia de la AIReF (1,1% del PIB).² Por lo tanto, tras las medidas adoptadas, el sistema es menos autosuficiente que antes y presenta unas mayores necesidades de financiación.

De cara a la evaluación de las medidas que se plantea para 2025, según las previsiones de la AIReF, el gasto público en pensiones subirá desde el 13,1% del PIB en 2022 al 16,2% en 2050, con un valor medio en el periodo 2022-2050 del 15,1%. Por otra parte, la estimación del efecto medio de las medidas de ingreso de la reforma de pensiones en el mismo periodo se cifra en el 1%. Dado que la regla de gasto establece unos límites del 15% del PIB para el gasto y del 1,7% para las medidas de ingresos, la desviación se situaría en el 0,8%, lo que obligaría a activar medidas de control del gasto o nuevos aumentos del tipo de cotización.

En la segunda sección evaluamos la situación del sistema público de pensiones en España y del sistema contributivo de la Seguridad Social al cierre de 2022, para conocer cuál es su situación de partida antes de analizar las proyecciones de gastos e ingresos tras las reformas del sistema de pensiones emprendidas entre 2021 y 2023. En la tercera sección se analizan las diferentes medidas adoptadas en estas reformas, así como las estimaciones disponibles de sus impactos previstos a 2050, tanto en los gastos como los ingresos. Utilizando estas estimaciones, la cuarta sección proyecta las diferentes sendas

² Véase el Cuadro 1 en de la Fuente (2023c) y AIReF (2023).

de ingresos y gastos, así como las necesidades adicionales de financiación del sistema contributivo de la Seguridad Social y de la suma de las pensiones no contributivas y clases pasivas. Estas necesidades de financiación proporcionan una estimación del esfuerzo que previsiblemente tendrá que hacer la sociedad española en el futuro para atender el aumento del gasto en pensiones. Por último, la quinta sección presenta las principales conclusiones de este artículo.

2. Situación del sistema de pensiones y de la Seguridad Social en 2022

Las pensiones son las prestaciones públicas que más recursos absorben, pero no son las únicas: incapacidad temporal, maternidad y paternidad, prestaciones por desempleo, ingreso mínimo vital y otras prestaciones familiares.³ El sistema que contiene todas las prestaciones y sus ingresos se denomina Fondos de la Seguridad Social (criterio de Contabilidad Nacional y protocolo de déficit excesivo en la Unión Europea), y está organizado en tres subsistemas con presupuestos propios: Sistema de Seguridad Social (pensiones, incapacidad temporal, prestación por maternidad, etc.), Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, responsable de las prestaciones por desempleo y formación) y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, que abona indemnizaciones a trabajadores en caso de insolvencia de la empresa).

Los Fondos de la Seguridad Social cuentan con dos fuentes principales de financiación: las cotizaciones sociales (por contingencias comunes pagadas por empleadores y empleados, accidentes de trabajo, desempleo, formación y FOGASA) y las transferencias del Estado. Hay varios regímenes de cotizaciones sociales: un régimen general y regímenes especiales (autónomos, trabajadores del mar y minería del carbón.). También se cotiza durante el tiempo que se cobra prestación por desempleo.

Mención aparte merece el Régimen de Clases Pasivas, que constituye un régimen especial que garantiza la protección frente a los riesgos de retiro (donde se incluye la incapacidad), muerte y supervivencia a través de pensiones para determinados colectivos de empleados públicos⁴, que hayan ingresado antes del uno de enero de 2011. Los afiliados cotizan a este régimen, pero no existe cotización a cargo del empleador, que se encarga de pagar la nómina total de las pensiones de sus beneficiarios.

Como muestra el gráfico 1, en 2022, las cotizaciones sociales totales (incluidas las realizadas por el Estado y las imputadas por clases pasivas) supusieron un 13,6% del PIB, de las cuales las cotizaciones sociales de los Fondos de la Seguridad Social alcan-

³ La dependencia no está incluida en la acción protectora de la Seguridad Social. Véase: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/12778>

⁴ Funcionarios de carrera de la Administración General del Estado, de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales que lo prevean, y, funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas (que no ingresen en cuerpos propios de estas Administraciones), Militares de carrera, de las Escalas de complemento, de tropa y marinería profesional y los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares.

zaron un 12,8% del PIB y, de ellas, las realizadas al Sistema de la Seguridad Social, un 10,6% del PIB.

Por el lado del gasto, las pensiones (contributivas, no contributivas y clases pasivas) alcanzaron en 2022 un 13,1%, las prestaciones por desempleo, un 1,6% y el resto de prestaciones, un 1,7%.

La diferencia en 2022 entre ingresos por cotizaciones totales (13,6% del PIB) y la suma del gasto en pensiones totales (13,1% del PIB), prestaciones y subsidios por desempleo y FOGASA (1,6% del PIB) y otras prestaciones contributivas y no contributivas (1,7% del PIB) fue de -2,9 puntos del PIB (Gráfico 1). A esta necesidad de financiación hay que sumar los gastos corrientes y de personal de la Seguridad Social, SEPE y FOGASA (otras 3 décimas del PIB) y restar los ingresos distintos de las cotizaciones y transferencias (una décima del PIB). Todo ello elevó a 3,1 puntos del PIB los recursos adicionales necesarios para financiar las pensiones, subsidios y prestaciones contributivas y no contributivas, que provinieron de transferencias del Estado y de déficit reconocido de los Fondos de la Seguridad Social (0,5% del PIB).

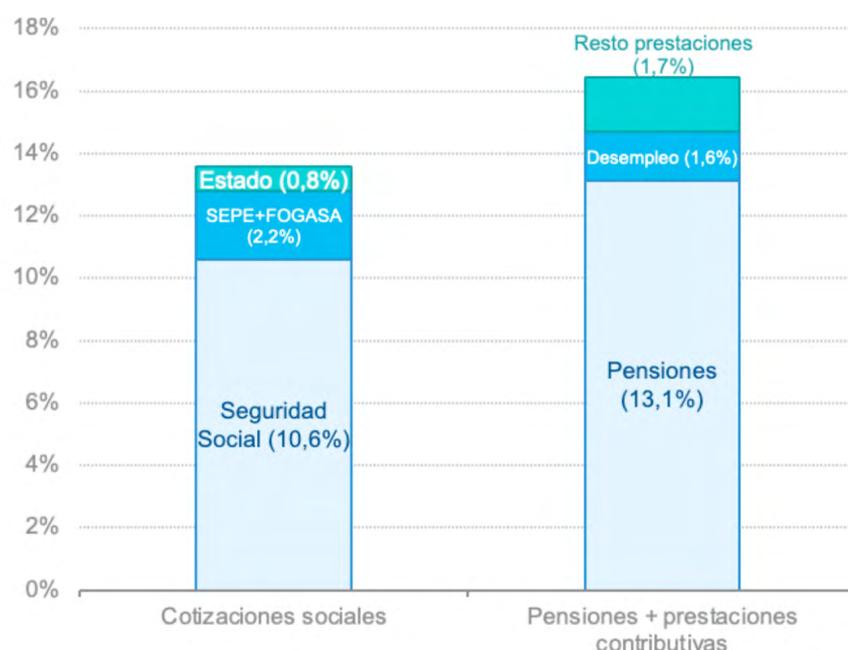


Gráfico 1. Distribución de los ingresos por cotizaciones sociales y del gasto en pensiones (incluidas no contributivas y clases pasivas), desempleo y resto de prestaciones, en 2022.

Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social e IGAE.

Hasta las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020, el Sistema de la Seguridad Social mantuvo el principio de separación de fuentes de financiación y, por tanto, de coherencia de las cuentas. Bajo este principio, en 2022, los gastos contributivos (con un total del 12,6% del PIB en 2022, repartido en pensiones contributivas, 10,9%, y otros gastos contributivos, 1,7%) se deberían financiar con cotizaciones sociales a la Seguridad Social de empresas y sus afiliados (10,5% del PIB en 2022) y otros ingresos contributivos (0,1% del PIB), resultando un déficit contributivo del 2% del PIB. Las prestaciones

universales y no contributivas (1,1% del PIB en 2022) se pagan con impuestos a través de transferencias del Estado.

La reforma de las pensiones de 2021 confirmó la enmienda al principio de separación de fuentes al financiar un conjunto de gastos, los llamados gastos impropios, mediante transferencias del Estado, sin una metodología que permita objetivar su contenido. Por otro lado, permite utilizar cotizaciones sociales por desempleo del SEPE para el pago de pensiones por parte de la Seguridad Social.

Todos estos cambios de perímetro dificultan el diagnóstico de los ingresos, gastos y déficit de la Seguridad Social, que, a modo de resumen, en 2022 tuvo un desfase reconocido entre ingresos y gastos por operaciones no financieras del 0,5% del PIB, a pesar de recibir unas transferencias del Estado equivalentes al 2,8% del PIB.

También dificulta el análisis de las proyecciones, porque oficialmente ni la AIREF ni la Comisión Europea proporcionan estimaciones que nos permitan obtener un déficit del sistema de pensiones contributivas sin realizar hipótesis adicionales. Por un lado, la AIREF y la Comisión Europea proyectan gasto en pensiones totales, que se pagan con una parte de las cotizaciones sociales, transferencias del Estado y presupuesto de Hacienda. Por otro lado, proyectan cotizaciones sociales, con las que se deberían pagar pensiones y prestaciones contributivas, incluidas desempleo.

Ante estas dificultades, en este artículo se propone como medida de las necesidades adicionales de financiación del sistema de pensiones la suma del déficit contributivo de la Seguridad Social (2,0% del PIB al cierre de 2022), el gasto de clases pasivas (1,3%, neto de cotizaciones de afiliados a este régimen) y las pensiones no contributivas y complemento a mínimos (0,7%), todo ello equivalente al 4,1% del PIB.⁵

El sistema contributivo de la Seguridad Social empezó a incurrir en un déficit creciente desde el año 2012, como puede observarse en Gráfico 2. Este déficit tuvo al principio razones cíclicas, pero, en realidad, su crecimiento se debe a factores estructurales. En 2019, antes de la pandemia y con una tasa de desempleo por debajo de su promedio de las últimas décadas, el déficit contributivo ya era del 1,6% del PIB. Los factores estructurales son consecuencia del aumento de la esperanza de vida, de la jubilación de la generación del *baby boom* en los próximos años, y de que las nuevas pensiones entran en el sistema con un desequilibrio actuarial, como han señalado Domínguez et al. (2011), Moraga y Ramos (2020) y el Instituto de Actuarios Españoles (2020). Por ejemplo, según los cálculos de Domínguez et al. (2011), antes de la reforma de 2011, el desequilibrio del sistema suponía que por cada euro de cotización se adquirirían derechos de pensiones por 1,44 euros, ambas cantidades en valor presente. Los cálculos del Instituto de Actuarios elevan este desequilibrio al 60% de media. Por su parte, Moraga y Ramos (2020) calculan que, utilizando la Muestra Continua de Vidas Laborales de 2017, las nuevas pensiones recibirían 1,74 euros de prestación por cada euro de cotización, situando los percentiles 25 y 75 de la distribución en 1,25 y 2,03 euros, respectivamente.

⁵ Devesa et al. (2022) ofrecen una explicación detallada del cálculo del saldo contributivo del Sistema de Seguridad Social.

Durante años este déficit actuarial no fue un problema para el sistema contributivo porque el bono demográfico era favorable, es decir, el número de nuevos cotizantes que entraban al mercado laboral era superior que el de jubilados que lo abandonaban, sobre todo en la década previa a la Gran Recesión, gracias al significativo aumento de la inmigración. La situación era similar a un esquema de Ponzi o juego piramidal, que no puede mantenerse indefinidamente.

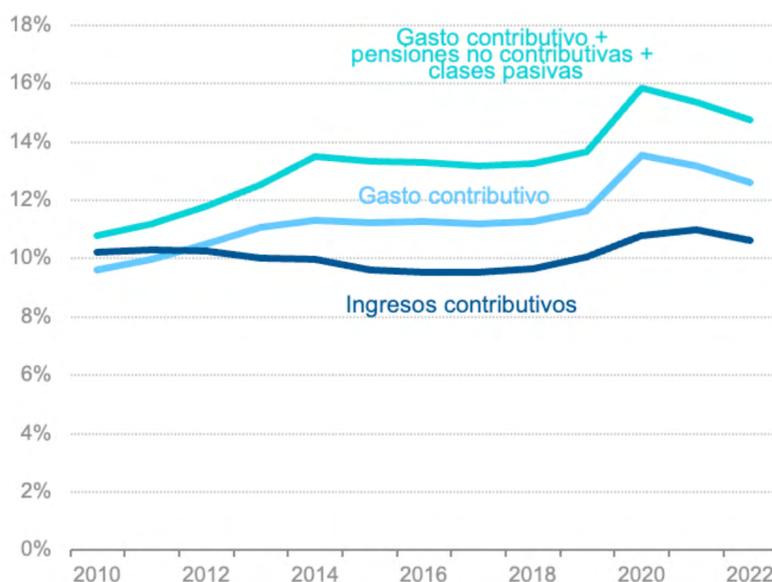


Gráfico 2. **Ingresos y gastos contributivos de la Seguridad Social, y pensiones no contributivas y clases pasivas.**
Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social, IGAE y AIReF.

3. Las medidas adoptadas en las reformas de 2021 a 2023

La reforma del 2021 (Ley 21/2021) eliminó el Índice de Revalorización de las Pensiones y el Factor de Sostenibilidad de la Ley 23/2013,⁶ aprobó la revalorización de las pensiones con el IPC, introdujo el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), que subía las cotizaciones 0,6 puntos hasta 2032 (2 décimas del PIB) y su evaluación a partir de ese año, aprobó la financiación con cargo al Estado de un conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas, introdujo nuevos coeficientes reductores para la jubilación anticipada e incentivos a la jubilación demorada (aumento del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora de 4 puntos por año de retraso de la jubilación o posibilidad de sustituirlo por un pago único), y aprobó que el Estado financie cualquier déficit presente y futuro de la Seguridad Social.

⁶ La Reforma de 2011 aprobó un Factor de Sostenibilidad para 2027 en función de la esperanza de vida, que la Ley 23/2013 adelantó a 2019, aunque no llegó a aplicarse. Con dicha reforma, la pensión inicial a la edad ordinaria de jubilación era automáticamente modulada por la variación de la esperanza de vida, aunque su efecto podía evitarse retrasando la jubilación.

En 2022 se realizó la reforma del Régimen Especial de trabajadores Autónomos, que se desplegará gradualmente hasta 2032, con revisiones cada tres años, con el objetivo de acercar las bases de cotización a las rentas reales de los trabajadores autónomos.

Por último, la reforma de 2023 (Real Decreto-ley 2/2023) ha modificado el MEI de 2021, introduciendo un nuevo mecanismo que aumenta gradualmente las cotizaciones desde 0,6 puntos en 2023 hasta 1,2 en 2029; introduce una subida gradual de las bases máximas de cotización a la Seguridad Social entre 2024 y 2050 de acuerdo a la inflación más 1,2 puntos porcentuales, junto con una subida real de las pensiones máximas de sólo 0,115 puntos porcentuales entre 2025 y 2050; establece una cuota de solidaridad a las rentas del trabajo que superen la base máxima de cotización, con coeficientes diferentes según tres tramos de exceso de la base máxima y que se aplicará gradualmente en el tiempo empezando con valores entre 0,92% y 1,17% en 2025 y terminando entre 5,5% y 7% en 2045; posibilita la elección del periodo de cálculo de la base reguladora entre los últimos 25 años y los últimos 29 eliminando los 24 meses peores, a lo largo de un periodo transitorio entre 2026 y 2037 (esta doble opción irá desapareciendo entre 2041 y 2044, quedando únicamente la segunda); aumenta gradualmente las pensiones mínimas y las no contributivas (la mínima de jubilación con cónyuge a cargo debe situarse en el 60% de la renta mediana de un hogar con dos adultos en 2027); y mejora el tratamiento de las lagunas de cotización y el complemento de brecha de género. Esta reforma también propone la evaluación en 2025 de las reformas realizadas. Si las proyecciones apuntan a un desequilibrio y no se adoptan medidas compensatorias de ingresos o gastos, automáticamente el MEI aumentará, si no se llega a otro acuerdo, las cotizaciones a partir de 2026 para corregir gradualmente cada año la quinta parte del desequilibrio existente.

4. Proyecciones de ingresos y gastos tras las reformas

El Cuadro 1 resume la variación proyectada del gasto, ingresos y déficit a 2050 en puntos del PIB como consecuencia de las reformas de 2021 a 2023. Las estimaciones más optimistas son las realizadas por el Gobierno, con un incremento del gasto de 2,3 puntos del PIB y de los ingresos de 1,8 puntos, de manera que el déficit aumentaría sólo 5 décimas de 2023 a 2050. Debe tenerse en cuenta que su escenario macroeconómico es optimista, con un promedio del crecimiento potencial del PIB de 2022 a 2050 del 1,6%, partiendo del 1,2% en 2022 y convergiendo al 2,0% en 2050.⁷ La disminución esperada del crecimiento de la población ocupada (0,3% anual de media hasta 2050), se ve más que compensada por el crecimiento de la productividad (1,3% de media), también con un perfil creciente.

El ahorro estimado por el Gobierno por los incentivos al retraso de la jubilación (1,6 puntos del PIB) parece excesivo y no se han presentado cálculos que lo justifiquen. El retraso de un año de todos los jubilados de 2022 de ese año a 2050 proporcionaría un

⁷ Véase el Cuadro 4.1 de la Actualización del Programa de Estabilidad 2023-2026, Gobierno de España (2023).

ahorro de 0,5 puntos del PIB, a lo que hay que quitar el coste del incentivo (aumento del 4% de la pensión). Para llegar a 1,6 puntos se necesitaría que el mismo número de jubilados de 2022 retrasara tres años su jubilación y no tener en cuenta el coste del incentivo a la jubilación demorada. Respecto a la reforma del régimen de autónomos, parece no tener en cuenta que si se recauda más dará derecho a prestaciones (no sólo de jubilación) más elevadas, aumentando el gasto, salvo que la reforma no tenga efectos neutrales sobre los autónomos, como se anunció en un principio.

Por su parte, la AIREF (2023) proyecta que las reformas introducidas en los dos últimos años aportarán un total de 1,3 puntos de PIB adicionales de ingresos, mientras que los gastos aumentarán 2,4 puntos del PIB.⁸ Por consiguiente, estima que el saldo neto de las reformas es un incremento del déficit a 2050 de 1,1 puntos del PIB.

De la Fuente (2023a, 2023b y 2023c) presenta las proyecciones más pesimistas. Las principales diferencias con el Gobierno radican en el menor ahorro estimado por los incentivos a la jubilación demorada netos del coste de los incentivos (0,1 puntos de PIB frente a los 1,6 del Gobierno) y los menores ingresos netos por cotizaciones de autónomos (1 décima del PIB frente a 7 del Gobierno). Con estos cálculos, el incremento del déficit proyectado de 2023 a 2050 es de 3,1 puntos del PIB.

Estos incrementos de las necesidades de financiación del sistema de pensiones a 2050 tras las reformas de 2021 a 2022 se suman a las ya existentes en 2022 y al aumento que se producirá en 2023 por la revalorización de las pensiones, con el IPC de 2022, del 8,5%.

	Gobierno	AIREF	de la Fuente	BdE
Variación del gasto	2.3	2.4	4.8	
Revalorización con inflación	2.8	2.7	2.7	2.7
Eliminación Factor de Sostenibilidad	0.8	0.8	0.8	0.8
Incentivos a jubilación demorada	-1.6	-0.8	-0.4	0.0
Coste por incentivos a la jubilación demorada			0.5	
Aumento pensiones RETA			0.7	
Años para computo pensión inicial	0.2	0.0	0.2	-
Crecimiento pensión máxima	0.1	-0.4	0.1	0.0
Aumento mínimas, lagunas, brecha de género	0.1		0.3	-
Variación ingresos	1.8	1.3	1.7	1.4
Mecanismo Equidad Intergeneracional	0.5	0.4	0.4	0.5
Reforma autónomos	0.7	0.5	0.8	0.5
Aumento bases máximas	0.5	0.4	0.4	0.3
Tasa de Solidaridad	0.1	0.1	0.1	0.1
Variación del déficit	0.5	1.1	3.1	

Cuadro 1. **Variación proyectada del gasto, ingresos y déficit del sistema de pensiones a 2050 en puntos del PIB por las reformas de 2021 a 2023.**

Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social, IGAE, de la Fuente (2023c), Gobierno de España (2023), AIREF (2023), y Gavilán (2023).

⁸ Devesa y Meneu (2023) llegan a resultados similares para la mayor parte de las medidas de ingresos (no evalúan los efectos de la reforma de autónomos) y estiman que al final del periodo transitorio podrían aumentar 0,41 pp por el MEI, 0,42 pp por el destope y 0,12 pp por la cotización de solidaridad.

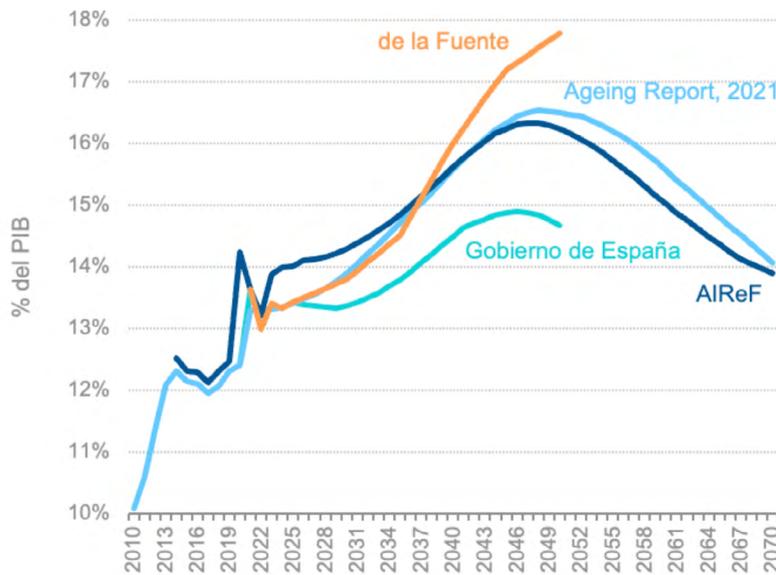


Gráfico 3. Proyección del gasto total en pensiones (incluidas no contributivas y clases pasivas).

Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social, IGAE, de la Fuente (2023c), Gobierno de España (2023), AIReF (2023), y Comisión Europea (2021).

Gráfico 4. Proyección del gasto contributivo más pensiones no contributivas y clases pasivas y de las cotizaciones a la Seguridad Social, 2010-2050.

Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social, IGAE, de la Fuente (2023c), Gobierno de España (2023), y AIReF (2023).

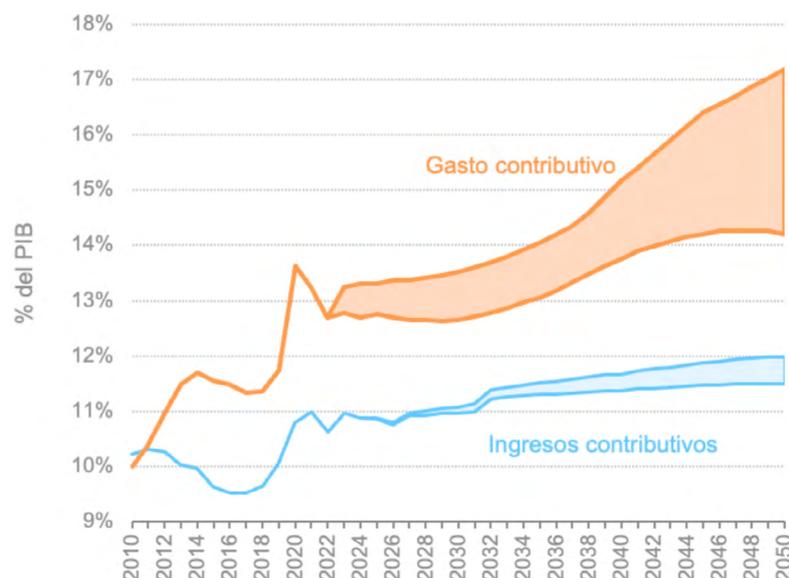
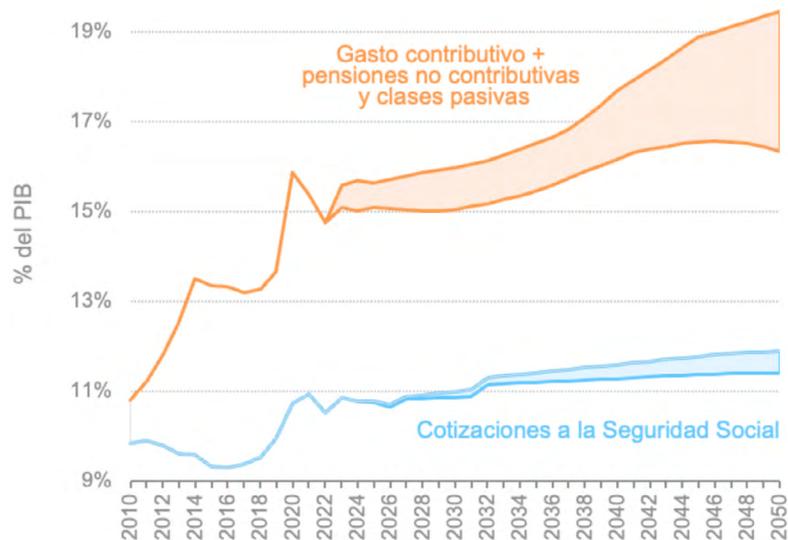


Gráfico 5. Proyección del gasto contributivo y de las cotizaciones a la Seguridad Social, 2010-2050.

Fuente: elaboración propia a partir de Seguridad Social, IGAE, de la Fuente (2023c), Gobierno de España (2023), y AIReF (2023).

En el Gráfico 3 se proyecta el gasto total en pensiones (contributivas, no contributivas y clases pasivas) utilizando las hipótesis de la AIREF, con las medidas adoptadas entre 2021 y 2023. También incluyen las proyecciones de la Comisión Europea (2021), una vez eliminado el Índice de Revalorización de las Pensiones y el Factor de Sostenibilidad, las de la actualización del Programa de Estabilidad 2023-2026 (Gobierno de España, 2023) y las de la Fuente (2023c). La más optimista es la del Gobierno de España, con un gasto máximo del 14,9% del PIB en 2026. Por el contrario, de la Fuente proyecta un gasto máximo del 17,7% en 2050. Las proyecciones de la AIREF se quedan a medio camino, aunque hasta 2036 su proyección de gasto es la mayor de todas.

En el Gráfico 4 se proyectan los ingresos contributivos de la Seguridad Social, y la suma de los gastos contributivos, más pensiones no contributivas y clases pasivas. El escenario central de ingresos se construye a partir del escenario de cotizaciones sociales totales de la AIREF. En primer lugar, se detraen los efectos sobre las cotizaciones totales de las reformas aprobadas (hasta un 1,3% del PIB en 2050). En segundo lugar, se multiplican las cotizaciones sociales totales por la relación observada entre ingresos contributivos y cotizaciones sociales en 2022 (0,775, muy similar al observado en promedio desde 2010). En tercer lugar, se suman los efectos de las reformas sobre las cotizaciones sociales estimadas por la AIREF. Sobre este escenario central se suman los ingresos adicionales proyectados por el Gobierno y se detraen los menores ingresos proyectados por de la Fuente (2023c). El resultado es una horquilla de ingresos contributivos de la Seguridad Social en 2050 entre el 11,4% y el 11,9% del PIB, que son las cinco décimas de diferencia en las proyecciones de ingresos del Cuadro 1.

Por lo que respecta a los gastos contributivos más la suma de las pensiones no contributivas y clases pasivas, a las proyecciones del gasto en pensiones del Gráfico 3 se suman el porcentaje del PIB que representan la diferencia entre gastos contributivos y pensiones contributivas de 2022, que se supone que se mantiene invariable a lo largo del periodo de proyección en el 1,67% del PIB. Este supuesto representa probablemente una cota inferior al resto de gastos contributivos sobre PIB en el horizonte de proyección, puesto que muestran una tendencia creciente desde el 0,7% de 2010, que se supone que no continuará de 2022 en adelante. Dado el envejecimiento de la población activa, resulta probable que la incapacidad temporal siga en aumento en las próximas décadas, tal y como ya ha ocurrido en la última. Como se observa en el Gráfico 4, la proyección de gasto contributivo más pensiones no contributivas y clases pasivas oscila entre el 16,6% del Gobierno en 2046 y el 19,5% de la Fuente en 2050 (utilizando como escenario base el del *Ageing Report 2021*).

En el escenario más optimista del Gobierno, la diferencia entre ingresos por cotizaciones y gasto en pensiones aumenta del 4,1% del PIB en 2022 al 4,8% en 2046. En el otro extremo, con las proyecciones de mayor gasto y menores ingresos estimadas por de la Fuente (2023c), esta diferencia aumentaría del 4,1% del PIB en 2022 al 7,7% en 2050.

Puesto que la AIREF proporciona también proyecciones del gasto en pensiones contributivas, se puede proyectar el gasto contributivo de la Seguridad Social dados los distintos escenarios de gasto total en pensiones.⁹ De la misma manera, a partir de las proyecciones de cotizaciones sociales se pueden obtener las proyecciones de ingresos contributivos a la Seguridad Social. El resultado se ha representado en el Gráfico 5. En el escenario más optimista del Gobierno (mayores ingresos y menor gasto), el déficit contributivo iría disminuyendo del 2,0% del PIB en 2022 al 1,3% en 2032 para luego aumentar hasta el 2,3% en 2046. En el escenario más pesimista (con los ingresos de la AIREF y el gasto de de la Fuente (2023c), el déficit contributivo aumentaría desde el 2,0% del PIB en 2022 al 5,6% de 2050.

Un aspecto relevante es que estas proyecciones no tienen en cuenta los efectos negativos sobre el empleo y el PIB de aumentar las cotizaciones sociales. Según las estimaciones de Boscá, Doménech y Ferri (2023), el aumento de cotizaciones con la finalidad de recaudar ex-post un punto de PIB reduce en 6 décimas el PIB a largo plazo y en un 1% el empleo equivalente a tiempo completo. Esto ocurre porque, salvo en el caso del RETA, los aumentos previstos de cotizaciones a la Seguridad Social no darán derecho a un aumento proporcional de la pensión futura. Por lo tanto, las reformas realizadas reducirán la contributividad del sistema, y los aumentos de las cotizaciones dejan de ser consideradas como un incremento del salario diferido y pasan a ser un impuesto al trabajo, que aumenta los costes salariales en detrimento del empleo y de la actividad económica. Como señala Disney (2004), los sistemas públicos de pensiones contienen tanto un componente actuarial como uno redistributivo. El primero está próximo a un sistema de ahorro, mientras que el segundo es un impuesto sobre el empleo.

Siguiendo a Boscá, Doménech y Ferri (2023), en el Gráfico 6 se ha representado la relación entre el tipo implícito de cotizaciones sociales y la tasa de empleo en 2019 para los 27 países de UE. Este tipo implícito se define como el cociente del total de la recaudación por las cotizaciones obligatorias a empresas y trabajadores sobre la remuneración de los asalariados, y está corregido de las aportaciones a los sistemas nacionales de salud.¹⁰

⁹ En particular, la proyección de máximo gasto contributivo multiplica el gasto en pensiones contributivas por la ratio de gasto total en pensiones de de la Fuente (2023c) sobre el de la AIREF. A la cantidad resultante se suma la diferencia entre gastos contributivos y pensiones contributivas de 2022, que se supone que se mantiene invariable a lo largo del periodo de proyección en el 1,67% del PIB. Para obtener la proyección de mínimo gasto contributivo se procede igual, pero utilizando la proyección de gasto total en pensiones del Gobierno de España (2023). Por su parte, los ingresos contributivos se calculan sumando a los escenarios de cotizaciones sociales a la Seguridad Social, la diferencia entre ingresos contributivos y cotizaciones sociales de 2022, que se supone que se mantiene invariable a lo largo del periodo de proyección en el 0,1% del PIB, aunque dependerá de la cuantía que alcancen los intereses del Fondo de Reserva por las aportaciones del MEI.

¹⁰ Por el principio de separación de fuentes aplicado en España, para homogeneizar la comparación internacional, de las cotizaciones se han excluido las contribuciones a sistemas de sanidad cuando la información disponible lo permite. En el caso de Polonia, Eslovaquia, Francia y Alemania los datos proporcionados por la Comisión Europea no posibilitan esta corrección, por lo que se ha realizado mediante la regresión de las tasas de desempleo sobre el tipo implícito de las cotizaciones sociales y una variable artificial que toma el valor 1 para estos cuatro países y 0 para el resto. El tipo implícito de las cotizaciones sociales de estos cuatro países en el Gráfico 6 está corregido por el coeficiente estimado de esta variable artificial.

El coeficiente que determina la pendiente de la recta de regresión estimada es estadísticamente significativo (al 99,97%) e implica que cada punto de aumento de las cotizaciones sociales está asociado a una disminución de 0,51 puntos porcentuales de la tasa de empleo. España era el cuarto país tanto con mayores cotizaciones sociales como con menor tasa de empleo.

Además de partir de un nivel elevado, las reformas realizadas apuestan por aumentar todavía más las cotizaciones sociales, por lo que la comparación relativa de España respecto a otros países europeos será todavía más desfavorable. Si la cláusula de salvaguarda del Mecanismo de Equidad Intergeneracional se activara en los próximos años, el aumento de cotizaciones sociales sería aún mayor.

Adicionalmente, los aumentos de las cotizaciones sociales aprobados alteran significativamente la equidad intra e intergeneracional. Por lo que respecta a la intrageneracional, la AIREF ha estimado cómo quedaría la imposición total sobre las rentas del trabajo después de las reformas de pensiones. La simulación aparece representada en el Gráfico 7 y muestra claramente, tal y como han señalado Anghel, Puente y Ramos (2023), que se aumentan los tipos efectivos de cotización, entre 8 y 10 puntos, para los salarios altos (por el incremento de la base de máxima de cotización y la tasa de solidaridad), a partir de los 60 mil euros, con significativos efectos redistributivos entre los trabajadores actuales.

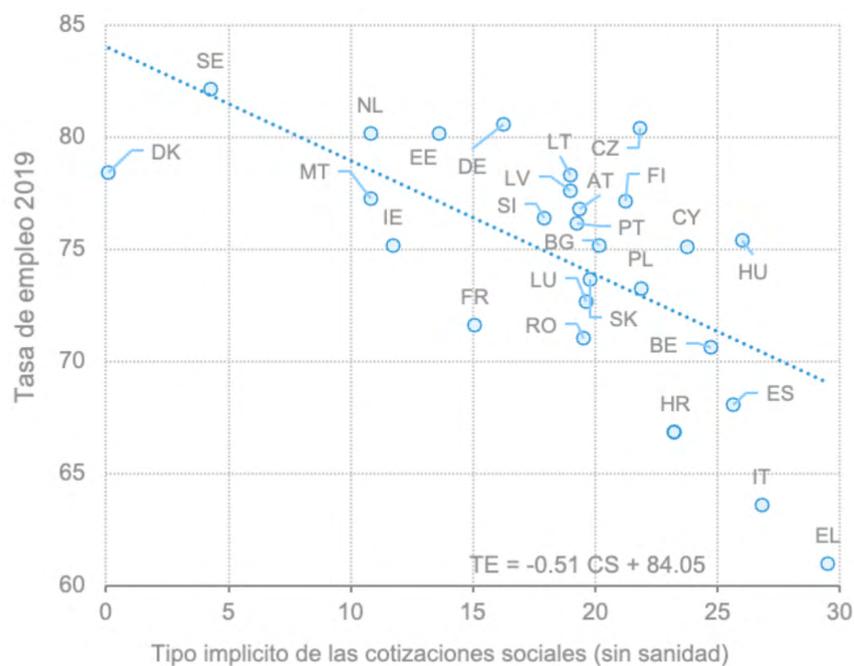


Gráfico 6. **Relación entre las tasas de empleo y el tipo efectivo en las cotizaciones sociales.**

Fuente: elaboración propia a partir de Boscá, Doménech y Ferri (2023).

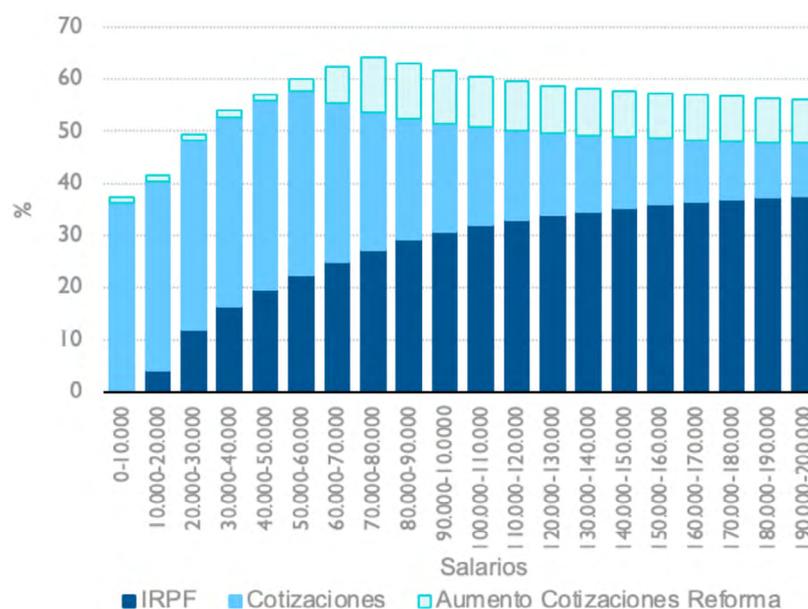


Gráfico 7. **Imposición total sobre las rentas del trabajo después de las reformas de pensiones.**
Fuente: elaboración propia a partir de AIReF.

En cuanto a la redistribución intergeneracional, las reformas aumentarán el flujo de renta de las generaciones más jóvenes en activo, hacia las generaciones mayores jubiladas. Este resultado se debe a que aumenta el gasto en pensiones, que se financiará con mayores cotizaciones sociales y más impuestos generales. Devesa y Doménech (2023) analizan la redistribución intergeneracional del sistema público de pensiones desde distintas perspectivas, mostrando que en España está entre las más elevadas de la UE.

Una manera de representar gráficamente esta redistribución intergeneracional es la que se muestra en el Gráfico 8, utilizando datos del *Ageing Report* de la Comisión Europea (2021). La redistribución entre generaciones en un sistema de reparto depende básicamente de la tasa de prestación (es decir, la pensión media de los jubilados sobre el salario medio de los cotizantes) y de la tasa de dependencia (es decir, cuántas personas forman parte de la población potencialmente jubilada sobre la población en edad de trabajar)¹¹. En el eje horizontal del Gráfico 8 se muestra que la tasa de prestación en 2019 es la tercera más elevada de la UE. En el eje vertical se muestra el aumento estimado del gasto en pensiones de 2019 a 2050 (en puntos porcentuales del PIB), como consecuencia del incremento previsto de la tasa de dependencia, de haberse mantenido las características del sistema en 2019. España sería después de Italia el país con mayor aumento del gasto en pensiones, como consecuencia del envejecimiento de su población.

Sin embargo, como hemos visto anteriormente, las reformas de 2021 a 2023 aumentarán el gasto en pensiones en las próximas décadas respecto al sistema vigente en

¹¹ La redistribución entre generaciones también depende de la tasa de cobertura (cuántas personas reciben pensión sobre la población de mayor edad), de la tasa de empleo de la población en edad de trabajar y de otros recursos dedicados a financiar pensiones, como impuestos.

2019, por lo que la redistribución intergeneracional no sólo será más elevada que la de la mayoría de países de la UE, sino que además aumentará respecto a la prevista antes de estas reformas.

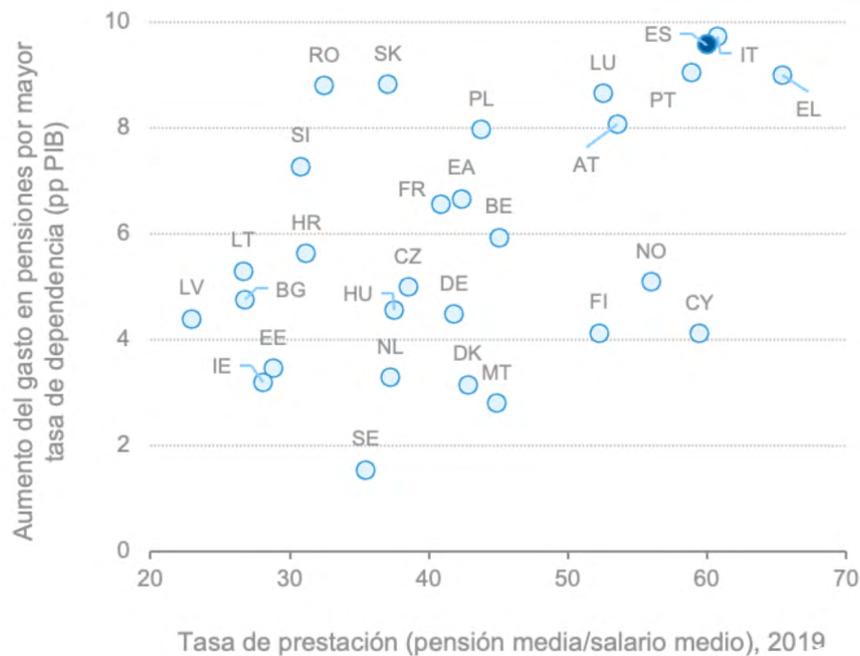


Gráfico 8. Tasa de prestación en 2019 y aumento del gasto en pensiones (pp del PIB) debido al incremento de la tasa de dependencia hasta 2050.

Fuente: elaboración propia a partir de Comisión Europea (2021).

5. Conclusiones

En este artículo hemos analizado las diferentes medidas adoptadas en estas reformas, así como las estimaciones disponibles de sus impactos previstos a 2050, tanto en los gastos como los ingresos. A partir de la situación de partida del sistema público de pensiones en España y del sistema contributivo de la Seguridad Social al cierre de 2022, con un déficit del 2% del PIB, con estas estimaciones disponibles se proyectan las diferentes sendas de ingresos y gastos del sistema contributivo de la Seguridad Social y de las pensiones totales, incluidas las no contributivas y clases pasivas. Nuestros resultados apuntan a que el déficit contributivo de la Seguridad Social oscilará entre un promedio desde 2023 hasta 2050 del 1,8% del PIB en el escenario más optimista y del 3,4% en otro en el que, por un lado, los incentivos a la jubilación demorada no dan lugar a la reducción del gasto en pensiones previsto por el Gobierno y, por otro lado, la reforma del régimen especial de autónomos tiene unos efectos neutrales sobre el déficit. A estas estimaciones del déficit contributivo hay que añadir las necesidades de financiación del gasto en pensiones no contributivas y clases pasivas, que aproximadamente supondrán un 1,7% del PIB en promedio hasta 2050.

Tras las medidas adoptadas, el sistema será más generoso, pero menos contributivo y autosuficiente, presenta un mayor déficit estructural, elimina ajustes vinculados al aumento de la esperanza de vida, da lugar a una mayor redistribución intra e intergeneracionalmente, y aumenta los costes laborales, lo que supone un lastre sobre el empleo, el crecimiento económico y la convergencia con las sociedades europeas más avanzadas.

Al reducir su autosuficiencia, el sistema depende en mayor medida de las transferencias del Estado. Este último aspecto no es menor, puesto que reduce la transparencia sobre el verdadero coste de financiación del sistema de pensiones y termina trasladando a la sociedad una imagen distorsionada de su coste de oportunidad y del menor margen para otras políticas públicas. De mantener estas reformas sin cambios, lo que parece poco probable dado el riesgo elevado de que aumente el déficit del sistema, cuando menos sería deseable que se realizara un doble ejercicio de transparencia. En primer lugar, evaluar en tiempo real los ingresos y gastos contributivos, junto con el gasto de las pensiones no contributivas y clases pasivas, para dar a conocer las necesidades de financiación que la sociedad debe afrontar mediante impuestos. Esto ayuda a presentar a la sociedad un análisis equilibrado de los costes, riesgos y beneficios de las reformas. En segundo lugar, informar a los pensionistas del déficit actuarial de su pensión, para poner en valor el esfuerzo que realiza la sociedad para financiar unas pensiones por encima de las contribuciones realizadas, y la redistribución que realiza el sistema. Estos dos avances mejoran la pedagogía y educación sobre el sistema de pensiones, y facilita que la sociedad comprenda la necesidad de introducir futuros cambios paramétricos, necesarios para lograr que sea más autosuficiente, eficiente y equitativo.

Referencias bibliográficas

- AIReF (2023): *Opinión sobre la sostenibilidad de las Administraciones Públicas a largo plazo: la incidencia de la demografía*. <http://t.ly/8SSPZ>
- Anghel, B., S. Puente y R. Ramos (2023): “Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobado en 2023.” Banco de España. *Boletín Económico 2023/T2* Artículo 07.
- BOE (2021): «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». <https://www.boe.es/boe/dias/2021/12/29/pdfs/BOE-A-2021-21652.pdf>.
- BOE (2023): «Real-Decreto-ley, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones». <http://bit.ly/3TqMl5g>
- Boscá, J.E., R. Doménech y J. Ferri (2023): “Efectos sobre el empleo y el PIB del aumento de las cotizaciones sociales,” en Instituto de Estudios Económicos, *La subida*

- de las cotizaciones sociales. Análisis y consecuencias en la economía española*, 57-68. <http://t.ly/zqG6U>
- Comisión Europea (2021): “Ageing Report 2021 Country fiche Spain.” <http://bit.ly/42pxmeN>
- De la Fuente, A. (2023a): “Los efectos presupuestarios de la reforma de pensiones de 2021-23: i) Las medidas del Real Decreto-ley 2/2023.” *Estudios sobre la Economía Española*, 2023-09. FEDEA, <https://bit.ly/40stoRX>
- De la Fuente, A. (2023b): “Los efectos presupuestarios de la reforma de pensiones de 2021-23: ii) Incentivos a la demora de la jubilación y nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos.” *Estudios sobre la Economía Española* no. 2023-11. FEDEA. <https://bit.ly/3mZJHI6>
- De la Fuente, A. (2023c): “Los efectos presupuestarios de la reforma de pensiones de 2021-23: iii) impacto total y la cláusula de salvaguarda del MEI.” *Estudios sobre la Economía Española* 2023/13. FEDEA. <http://t.ly/cNup>
- Devesa, E. y R. Doménech (2023): “Demografía y pensiones: Análisis de los efectos redistributivos,” *Cuadernos Económicos de ICE*, 105, 2023/I, 197-219. <http://t.ly/SaJ2>
- Devesa, E. y R. Meneu (2023): “Una valoración financiero-actuarial de la reforma de las pensiones 2021-2023 ” en Instituto de Estudios Económicos, *La subida de las cotizaciones sociales. Análisis y consecuencias en la economía española*, 69-78. <http://t.ly/zqG6U>
- Disney, R. (2004): “Are contributions to public pension programmes a tax on employment?” *Economic Policy*, 19(39), 268-311. <https://bit.ly/3lsgtRe>
- Domínguez, I., E. Devesa, M. Devesa, B. Encinas, R. Meneu y A. Nagore (2011): “¿Necesitan los futuros jubilados complementar su pensión? Análisis de las reformas necesarias y sus efectos sobre la decisión de los ciudadanos”. Fundación Edad & Vida. <https://goo.gl/4Ml5cf>
- Gavilán, A. (2023): “El Sistema Público de Pensiones y los Principales Retos del Envejecimiento Poblacional.” XI Fórum Previsión Colectiva BBVA.
- Gobierno de España (2023): *Actualización del Programa de Estabilidad 2023-2026*.
- IGAE (2023): “Contabilidad nacional. Serie anual. Operaciones no financieras del subsector Administración Central.” <http://t.ly/MFLE>
- Instituto de Actuarios Españoles (2020): “Factor de Equidad Actuarial del Sistema Contributivo de Pensiones de Jubilación Español.” <http://bit.ly/3WThKPz>.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2023): “Real Decreto-ley de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Memoria abreviada del análisis de impacto normativo.”
- Moraga, M., y R. Ramos (2020): “Una estimación del rendimiento financiero del Sistema de Pensiones.” *Boletín Económico*, Artículos Analíticos, 3/2020. Banco de España. bit.ly/35mKY0y

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN. *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones jurídico-laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Doi: 10.20318/labos.2023.7945

El propio título de la obra ya evidencia un contenido fresco, innovador e interesante. Como expresa el profesor Mercader Uguina –firmante del prólogo– el interés de la autora en esta materia se refleja en el contenido de la monografía que ahora se reseña y que pretende dar respuesta a muchas de las interrogantes que en este ámbito se suscitan. En el primer capítulo, se lleva a cabo una concreción más que oportuna del objeto de estudio de la investigación, “los efectos jurídico-laborales de los sistemas automatizados de reconocimiento de emociones”. A modo introductorio se ofrece un acercamiento al reconocimiento automático de emociones y se centra el interés en la incidencia de este tipo de sistemas tecnológicos en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

El segundo capítulo comienza con un estudio de los datos biométricos que constituyen el punto de partida de la investigación. En este sentido se aborda su origen histórico y se presenta un recorrido desde los primeros sistemas de reconocimiento de huellas dactilares hasta el reconocimiento facial como consecuencia del desarrollo tecnológico. A este respecto, se analiza el marco jurídico aplicable a los sistemas de tratamiento biométrico; como datos personales estarían cubiertos por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 y, como datos no personales, por el Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018. A continuación, se plantea la legitimación del empresario para tratar datos biométricos de las personas trabajadoras y las obligaciones que le corresponden en

referencia al uso de la huella dactilar como sistema de registro de jornada, el reconocimiento facial como medida de seguridad frente a riesgos de gravedad o el tratamiento del sonido de forma aislada (sin videovigilancia). Y, finalmente, los derechos de las personas trabajadoras en materia de protección de datos personales y su previsión en normas convencionales.

En el tercer capítulo, la autora nos aproxima a los sistemas de reconocimiento de emociones y su proyección en el ámbito laboral. Para ello, nos introduce en el complejo mundo de las emociones y los sistemas de control de emociones que se presentan como avance significativo, frente a los sistemas tradicionales conocidos, el empleo de tecnologías como los algoritmos y la inteligencia artificial (IA). Esta preocupación por los nuevos métodos de control de las emociones de las personas trabajadoras y la incidencia en sus derechos fundamentales en el ámbito laboral lleva a la autora a desglosar la estructura de los sistemas de reconocimiento de emociones.

El cuarto capítulo está dedicado a la tipología de sistemas de reconocimiento de emociones. En este capítulo se principia con la regulación de los sistemas de IA en el que se ofrecen varias experiencias positivas respecto al uso de herramientas de control de emociones, pero también inconvenientes, por la intromisión en los espacios de intimidad personal. La autora reconoce que, a través de los sistemas de reconocimiento de emociones, se efectúa un tratamiento de datos personales. Por tales razones, se lleva a cabo un análisis jurídico conjunto entre el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 y la propuesta de Ley de Inteligencia Artificial. En definitiva, el propósito es ofrecer una visión objetiva sobre los sistemas de reconocimiento de emociones basados en datos biométricos en función del nivel de riesgo (permitidos y prohibidos).

Como cierre a este capítulo, se plantean sistemas de reconocimiento de emociones menos invasivos, los denominados “robots software” y que pueden diferenciar en robots RPA (Automatización Robótica de Procesos) y los conocidos como Chatbot.

En el quinto capítulo se ahonda en las causas de legitimación empresarial para adoptar e implementar sistemas de reconocimiento de emociones. Una de las razones puede ser la calidad y productividad, es decir, ofrecer un mejor servicio al cliente y, a su vez, suponer un incremento de la productividad de la plantilla. Pero, también, la integración de personas con discapacidad o razones de seguridad del centro de trabajo frente a actos ilícitos de los empleados y terceras personas. Y con mayor detenimiento, muestra las características de los sistemas de reconocimiento de emociones en el habla, el reconocimiento facial de emociones, la monitorización de las conversaciones escritas a través de emails y/o chats y las emociones de las personas trabajadoras a través de sus movimientos.

En el sexto capítulo tiene lugar una exposición de las principales obligaciones empresariales respecto a la utilización de algoritmos e IA en sistemas de reconocimiento de emociones. De este modo, se examina el deber de transparencia e información previa, la intervención humana en tratamientos automatizados, la evaluación de impacto cuando exista alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, la intervención del delegado de protección de datos, el proceso de auditoría interna, la observancia del principio de protección de datos desde el diseño, así como la afectación de estos sistemas a la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

El séptimo capítulo constituye el cierre de la obra y está dedicado al análisis de los fallos del sistema. Y ello porque la tecnología de reconocimiento de emociones que

recoge información biométrica no es ajena a la existencia de errores. A este respecto, se plantea en el ámbito de las emociones una problemática singular, la relativa a los falsos positivos y falsos negativos que plantearían un incorrecto perfilamiento de la persona trabajadora, con las consecuencias que de ello podría derivar. Además, la seguridad informática de este tipo de sistemas de reconocimiento biométrico también ocupa un espacio de interés. Así, la empresa deberá observar con cautela la implementación de cuantas medidas técnicas y organizativas fueran necesarias; todo ello a fin de cumplir con el principio de privacidad desde el diseño y por defecto.

La obra que aquí se reseña constituye una apuesta investigadora arriesgada porque entremezcla materias técnicas y complejas como son la seguridad y salud en el trabajo o la protección de datos personales en el terreno de las relaciones laborales. Pero es que, a mayor abundamiento, profundiza en los nuevos métodos de control que surgen fruto al albur del proceso de transformación tecnológica que afectan a las relaciones laborales y que pueden incidir negativamente en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras para hacer propuestas novedosas. La profesora Muñoz Ruiz nos regala una monografía sugerente y evocadora que invita a la reflexión respecto de una temática que preocupa y mucho, esto es, la confrontación entre tecnología y derechos de las personas trabajadoras. En definitiva, una manifestación de amplitud del poder empresarial de control a través de la utilización de sistemas de reconocimiento de emociones. Una cuestión que, a la espera de los avances normativos pendientes, la autora adelanta que tendrá una trascendencia jurídico-laboral importante teniendo en cuenta los retos que deben afrontar las relaciones laborales en el futuro.

En definitiva, una monografía de gran interés para la doctrina iuslaboralista y, en especial, para quienes se adentran en el estudio del denominado “Derecho del Trabajo Digital”. Una gran oportunidad para reflexionar y seguir contribuyendo al debate sobre la intromisión tecnológica en los derechos fundamentales de las personas

trabajadoras y aportando soluciones en el camino de la superación de problemáticas como las analizadas en esta monografía.

Arturo Montesdeoca Suárez
Personal Investigador en Formación
(ACIISI). (ULPGC)
arturo.montesdeoca@ulpgc.es