

LEX LABORUM

BOLETÍN JURÍDICO SOCIAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA.

Nº7 | mayo 2025



SUMARIO:

INCAPACIDAD PERMANENTE Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS CONSECUENCIAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 2/2025 DE 29 DE ABRIL.

Jesús Gómez Esteban. Magistrado Sala Social del TSJ de Cataluña

LA VIOLENCIA SEXUAL. UN ANÁLISIS JURIDICO FEMINISTA.

Altamira Gonzalo Valgañón. Abogada y miembro de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

ANÁLISIS ACTUALIZADO SOBRE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.

Óscar López Bermejo. Magistrado especialista Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada

ANÁLISIS DEL PERMISO PARENTAL BAJO EL FLEXO DEL DERECHO EUROPEO

María Belmontes Saldaña. Magistrada especialista. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sede Valladolid

Nº7 mayo 2025

LEX LABORUM

Boletín Jurídico Social de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
ajfv@ajfv.es

COMITÉ EDITORIAL:

Susana María Molina Gutiérrez.
Óscar López Bermejo.
María del Pilar Giménez Pérez.
María José Hernández Vitoria

CONSEJO ASESOR:

Lourdes Arastey Sahun.
María Luz García Paredes.
Blanca Lozano Cutanda.
Andrés Martínez Arrieta.
Pascual Martínez Espín.
Juan Francisco Mestre Delgado.
José Luis Seoane Spiegelberg.

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook
Diseño: Fotografía.

ISSN: 2605-275X

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Exención de responsabilidad: “Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de estos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Asimismo, el Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoriano se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos”.

03

INCAPACIDAD PERMANENTE Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS CONSECUENCIAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 2/2025 DE 29 DE ABRIL

Jesús Gómez Esteban
Magistrado Sala Social del TSJ de Cataluña.

19

LA VIOLENCIA SEXUAL. UN ANÁLISIS JURÍDICO FEMINISTA.

Altamira Gonzalo Valgañón
Abogada y miembro de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

27

ANÁLISIS ACTUALIZADO SOBRE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Óscar López Bermejo,
Magistrado especialista Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada

32

ANÁLISIS DEL PERMISO PARENTAL BAJO EL FLEXO DEL DERECHO EUROPEO

María Belmontes Saldaña.
Magistrada especialista. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sede Valladolid

INCAPACIDAD PERMANENTE Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS CONSECUENCIAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 2/2025 DE 29 DE ABRIL

Jesús Gómez Esteban.
Magistrado Sala Social del TSJ de Cataluña.

1.- INTRODUCCIÓN

Las consecuencias tradicionales en el contrato de trabajo derivadas de la declaración en situación de incapacidad permanente-(IP en adelante) en sus distintos grados suponían su automática extinción sin mayor exigencia empresarial ni abono de indemnización (a diferencia de lo previsto en el art 52 a) del Estatuto de los Trabajadores-ET en adelante). Esa “*muer-te laboral*” impuesta al declarado en grado de IP tenía formalmente su reflejo en el propio art 49.1 e) del ET en el que, como supuestos de extinción del contrato de trabajo, equiparaba los supuestos de IP total, absoluta y gran invalidez, sin perjuicio de la suspensión por declaración con previsión de mejoría del art 48.2 ET, a la

propia muerte de la persona trabajadora. Dicha regulación, que pugnaba con normativa supranacional e incluso interna en materia de protección de personas con discapacidad, se vio directamente afectada por el dictado de la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto “Ca Na Negreta”, exigiendo del legislador nacional una adaptación respecto de las exigencias del derecho de la UE.

Dicha exigencia finalmente se ha visto plasmada en la publicación en fecha 30 de abril de 2025 de la Ley 2/2025 de 29 de abril que modifica tanto el Estatuto de los Trabajadores-ET en adelante en materia de extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente de las personas trabajadoras como la Ley

General de la Seguridad Social-LGSS en adelante.

El presente documento, partiendo de la regulación previa y su falta de ajuste al ordenamiento de la UE, tratará de examinar de forma crítica las modificaciones normativas derivadas de la Ley 2/2025 exponiendo puntos de previsible conflictividad en la práctica judicial.

2.- INCAPACIDAD PERMANENTE, AJUSTE RAZONABLE Y CARGA EXCESIVA. LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024, ASUNTO “Ca Na Negreta”.

La automaticidad extintiva del contrato de trabajo declarada la IP total, absoluta o gran invalidez (actualmente gran incapacidad) propia de la regulación tradicional interna pugnaba con textos normativos internacionales aplicables en España. Así la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en su art 2 al fijar distintas definiciones, incluye dentro de las posibles formas de discriminación por motivos de discapacidad la denegación de ajustes razonables. En especial la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en su art 5 vincula la realización de los ajustes razonables en las personas con discapacidad con la garantía del principio de igualdad de trato, exigiendo de los empresarios *“medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte*

en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

Nuestra propia regulación interna en el Real Decreto Legislativo 1/2013 ya definía el concepto “ajustes razonables” en su art 2 m), previendo los arts 35 y ss sus efectos en el derecho al trabajo.

Siendo la persona que percibe prestación de Seguridad Social por ser reconocida incapacidad permanente una “persona con discapacidad” en su definición legal, nuestra normativa evidenciaba siguiendo a Moreno Pueyo la coexistencia de *“dos regulaciones que responden a principios antagónicos: la que promueve la integración laboral de la persona afectada de discapacidad, comprendiendo en tal concepto al pensionista de incapacidad permanente total y la que parte de la base de que las limitaciones físicas padecidas por el trabajador afecto de incapacidad permanente total le expulsan del mercado laboral, por lo que procede reconocer una pensión vitalicia”.*

En dicho contexto y como antecedente a la STJUE de 18 de enero de 2024, la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto HR RAIL S.A. resolviendo una cuestión prejudicial con origen en Bélgica, interpretó el art 5 de la Directiva 2000/78 concluyendo que *“cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una dis-*

capacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como «ajuste razonable» a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78», si bien el apartado 45 puntualiza que “el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una «carga excesiva» para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. Todo ello condicionado al cambio de puesto de trabajo como ajuste razonable a que la persona trabajadora “disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario”.

2.1.- LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024, “Ca Na Negreta”.

La Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, cuestionando la compatibilidad de la normativa nacional con el artículo 5 de la Directiva 2000/78 planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE: 1) Si la Directiva 2000/78, en concreto su art 5, se oponía a una norma nacional que fija como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad de la persona trabajadora, por declararse IPTotal sin previsión de mejoría, sin prever de la empresa realizar “ajustes razonables” para mantener el empleo o justificar la carga excesiva de tal obligación. 2)

Si la extinción automática del contrato de trabajo en dichos supuestos “constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción”.

El TJUE examinando ambas cuestiones parte de la condición de “persona con discapacidad” del demandante tras su declaración en grado de IPTotal; igualmente parte de la facultad empresarial prevista en el art 49 ET de extinguir automáticamente el contrato de trabajo tras la declaración de IPTotal, destacando que instar el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social por el trabajador no supone haber consentido la extinción de dicho contrato.

La sentencia, reiterando lo concluido en el previo asunto HR RAIL S.A., valoró en el supuesto de hecho planteado como previo al reconocimiento judicial del grado de IPTotal el demandante había sido reubicado en otro puesto dentro de la empresa compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo, señalando su apartado 49 que “...asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta”.

Corolario de lo anterior, el TJUE concluyó que “... una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra,

en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva”, entendiéndose por ello que la normativa comunitaria y la Convención de la ONU se oponen a una normativa nacional que permite al empresario extinguir automáticamente el contrato de trabajo “...por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevinida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva”.

2.2.- CONSECUENCIAS NORMATIVAS DE LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024.

El dictado de la STJUE en el asunto “Ca Na Negreta” supuso de facto la derogación de la previsión normativa recogida en el art 49 del ET permitiendo la automática extinción del contrato de trabajo por la declaración en situación de IP de la persona trabajadora, equiparada al supuesto de su muerte. Diversos pronunciamientos judiciales (así, sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Vigo de 19 de enero de 2024 y STSJ de Murcia de 20 de febrero de 2024, recurso 457/2023)

entendieron la extinción automática del contrato de trabajo en tales supuestos como un propio despido, a declarar nulo por discriminación derivada de discapacidad.

La obligada adaptación del derecho interno a las exigencias impuestas por la doctrina del TJUE ha tenido como colofón la Ley 2/2025 de 29 de abril, tras un proceso de elaboración en el que se han venido exponiendo las deficiencias de los textos previos (así, Dictamen del Consejo Económico y Social de 26 de junio de 2024).

El legislador en su preámbulo, partiendo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 así como de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre, junto con la STJUE de 18 de enero de 2024 “Ca Na Negreta”, señala como finalidad de la reforma “*garantizar, de una manera más eficaz el derecho a la igualdad en el empleo de las personas con discapacidad en los términos establecidos en los artículos 9.2, 14, 35 y 49 de la Constitución Española y en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*”.

La modificación legislativa afecta a normas laborales recogidas en el ET así como a materia prestacional regulada en la LGSS. Respecto de las primeras, junto con una modificación de la previsión suspensiva del contrato de trabajo en los supuestos de declaración de IP con previsión de mejoría regulada en el art 48.2 del ET incluyendo en dicho periodo la espera entre la declaración de IP y la

adaptación o cambio de puesto de trabajo, la reforma incide directamente en las causas extintivas del contrato de trabajo previamente recogidas en el art 49.1 e) del ET y derivadas automáticamente de la declaración en grado de IP. El legislador mantiene en el apartado e) como causa extintiva del contrato la muerte de la persona trabajadora recogiendo en un nuevo apartado n) las consecuencias de la declaración en grado de IP total, absoluta y gran incapacidad (anterior gran invalidez), en el contrato de trabajo.

Junto con lo anterior y *“con la finalidad de adaptar la dinámica de la prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal y la efectividad de las pensiones de incapacidad permanente total y absoluta o de gran incapacidad a las nuevas situaciones derivadas de la referida modificación del artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”* se reforma el art 174 apartado 5 de la LGSS.

3.- LEY 2/2025 DE 29 DE ABRIL. EFECTOS LABORALES Y PRESTACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL.

3.1.- Ley 2/2025 de 29 de abril. Efectos de la declaración en grado de incapacidad permanente en el contrato de trabajo. Art 49.1 n) del ET.

La importancia del cambio legislativo acaecido tras la vigencia de la Ley 2/2025 en el redactado del art 49 del ET hace conveniente recordar su tenor literal.

Frente a la automática extinción del contrato de trabajo recogida en el previo art 49.1 e) en los supuestos de reconocimiento de grado de IP total, absoluta o gran invalidez-incapacidad, el nuevo apartado n) del art 49.1 dentro de las causas de extinción del contrato de trabajo prevé: *“n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora o cuando existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”*.

De una lectura inicial del precepto, varias son las consecuencias que pueden extraerse del nuevo redactado. La primera, siguiendo las exigencias regulatorias supranacionales y la doctrina del TJUE, el legislador mantiene la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por declaración de IP, si bien no de forma automática.

Dicha posibilidad viene condicionada por el cumplimiento de una serie de requisitos exigidos en un redactado en negativo, a saber:

- a) La extinción del contrato de trabajo será posible si no son realizables “ajustes razonables” que supongan “carga excesiva” para la empresa. El legislador

ha seguido la nomenclatura tradicional en la materia, siendo notoria la falta de seguridad jurídica para dotar de contenido tanto al ajuste razonable a realizar como a lo que se entenderá por carga excesiva, pese al intento del legislador de aclararlo.

b) Se condiciona la extinción del contrato a la inexistencia de un puesto de trabajo “vacante y disponible” como exigencias acumuladas. Lógicamente de nuevo siguiendo antecedentes judiciales el puesto de trabajo existente debe resultar acorde al perfil profesional de la persona trabajadora declarada en grado de IP (concepto de nuevo difuso que podría encontrar relación con el concepto de grupo profesional del art 22 del ET); junto con lo anterior, el puesto de trabajo a ofrecer debe ser compatible a la nueva situación (de salud y discapacidad por declaración de IP se entiende) de la persona trabajadora, cumpliendo exigencias mínimas en materia de seguridad y salud laboral.

c) Frente a la regulación general en materia de personas con discapacidad, así art 40 del RDLegislativo 1/2013 de 29 de noviembre, que impone como obligación empresarial la adopción de medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo, el nuevo art 49.1 n) condiciona con carácter prioritario a la voluntad de la persona trabajadora la

vigencia del contrato de trabajo pese a resultar posible el ajuste razonable sin carga excesiva para el empresario.

Ello deberá relacionarse con las consecuencias en materia prestacional de Seguridad Social por reconocimiento de IP modificadas por la propia Ley 2/2025 de 29 de abril.

El artículo 49.1 n), a los efectos de determinar la existencia de carga excesiva empresarial que justificaría la no exigencia de realización del ajuste razonable para mantener la relación laboral tras declaración de IP ofrece una serie de criterios a valorar “*particularmente*”; así: “*el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas*”.

Concretando aún más el concepto de “carga excesiva” respecto de empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadoras (siendo el tejido económico en España protagonizado por la pequeña y mediana empresa) el legislador considera carga excesiva a los efectos de exigir del empresario el ajuste razonable “*cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes*:

1.^a *La indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1.*

2.^a *Seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación*”.

Finalmente el legislador, siendo la voluntad de la persona trabajadora declarada en grado de IP elemento condicionante para la no extinción del contrato de trabajo, fija un plazo de 10 días naturales desde la notificación de la resolución declarando grado de IP para manifestar a la empresa la voluntad de mantener la relación laboral, exigiendo comunicación escrita. Expresada dicha voluntad de la persona trabajadora, el empleador dispone de 3 meses (a contar no desde la comunicación escrita de la persona trabajadora sino desde la notificación de la resolución declarando grado de IP) para realizar los ajustes razonables *“o el cambio de puesto de trabajo”*. Dicha distinción, amparada por lo antedicho en las exigencias de la doctrina del TJUE, parecería conllevar que el ajuste razonable exigible abarcaría tanto la adaptación del propio puesto de trabajo de la persona declarada en grado de IP como la exigencia de existir vacante disponible de cambio de puesto de trabajo.

En dicho plazo de 3 meses, de no existir puesto vacante disponible o resultar el ajuste una carga excesiva, la empresa comunicará a la persona trabajadora la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art 49.1 n), exigiendo forma escrita y motivada.

Una valoración inicial del cambio legislativo operado obliga a destacar diversos elementos que, sin ánimo de exhaustividad, aparecen como potencialmente conflictivos y susceptibles de generar liti-

giosidad judicial.

La indefinición del concepto “ajuste razonable” deriva de la propia normativa y doctrina judicial supranacional; sin embargo y a diferencia de lo que acontece con la “carga excesiva” empresarial el legislador no ofrece elementos siquiera mínimos a los efectos de concretar el tipo de ajuste exigible a la empresa y, en especial, su *“razonabilidad”*.

Debe tenerse en cuenta como condicionante que directamente afecta a la exigencia empresarial de realizar ajustes razonables respecto del declarado en grado de IP la exigencia legislativa de puesto de trabajo “vacante y disponible”. Nuevamente se vislumbran diversos problemas interpretativos en la acreditación de la ausencia de dicho puesto de trabajo. Realizando un trasunto de supuestos en los que la existencia de vacante disponible incide en la relación laboral (así, solicitudes de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria sin reserva de puesto de trabajo) cabrá plantearse si un puesto de trabajo vacante con contenido prestacional sustancialmente diferente al puesto de trabajo propio del declarado en IP (así trabajo a tiempo completo vs vacante disponible a tiempo parcial; vacante disponible pero en centro de trabajo distinto que suponga una movilidad geográfica...) puede considerarse vacante “disponible” a los efectos de exigir el ajuste razonable por el empresario y poder ser aceptado por la persona trabajadora.

Como previamente se señaló, la vacante disponible debe resultar acorde *“con*

el perfil profesional” se entiende previo de la persona trabajadora reconocida en grado de IP. Dicho concepto resulta más confuso en su contenido respecto del habitual “*grupo profesional*” recogido en el art 22 del ET y valorable a título de ejemplo en materia de clasificación profesional o movilidad funcional. Los límites del concepto “perfil profesional” de la persona trabajadora como límite configurador de la exigencia de “ajuste razonable” por parte del empresario que no suponga “carga excesiva” resulta especialmente complejo en su contenido para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y certeza en las relaciones laborales.

Siendo exigible dentro del “ajuste razonable” el cambio del puesto de trabajo, nuevamente la relación de dicho concepto con el de “perfil profesional” y “grupo profesional” aparece difuso.

Si bien el texto normativo trata de concretar el concepto de “carga excesiva”, de nuevo los parámetros ofrecidos (tamaño empresarial, recursos-situación económica-volumen de negocios total de la empresa...) resultan difíciles en su valoración y más aún si se relacionan con los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ajenos en su naturaleza y justificación (salvo el supuesto de ineptitud sobrevenida del art 52 a) del ET) al de una extinción contractual por situación de salud que ha supuesto la declaración en situación de IP.

Cabe añadir que los criterios a valorar para determinar la existencia de “carga excesiva” en el art 49.1 n) del ET difieren de los que ya señalaba el art 40 del tex-

to refundido 1/2013 de 29 de noviembre sobre derechos de las personas con discapacidad, en el que la propia organización de la empresa se valora más allá de la concreta situación económica.

Si bien tanto el RDLegislativo 1/2013, en relación con la STC 51/2021, imponen como obligación empresarial la realización de ajustes razonables que no supongan carga excesiva, el legislador en el art 49.1 n) ha dejado en todo caso, y siendo posible lo anterior, a la voluntad de la persona trabajadora la posibilidad de mantener o extinguir la relación laboral. Si bien ello responde a un criterio legislativo que permite al declarado en grado de IP, por ello persona con discapacidad legal, valorar la conveniencia no solo personal o profesional sino por motivos de salud de extinguir o no su contrato de trabajo, no puede desconocerse como se verá que dicha decisión supone consecuencias en materia prestacional contributiva de Seguridad Social (la extinción del contrato de trabajo supondrá el percibo de prestación económica por IP), habiendo en cualquier caso el legislador entendido la obligación de ajuste razonable empresarial como desligada de la expresión de voluntad de la persona trabajadora afectada, de ahí que el plazo de 3 meses previsto para la realización del ajuste razonable tenga como dies a quo la notificación de la resolución declarativa del grado de IP y no la manifestación escrita de la persona trabajadora manifestando su voluntad de extinguir o no extinguir el contrato de trabajo.

Finalmente y en los supuestos en los que la empresa no realice el ajuste razonable

exigible, no suponiendo éste carga excesiva o bien lo realice como mero trámite formal sin motivar la imposibilidad de ajuste razonable, cambio de puesto de trabajo o ausencia de vacante disponible, la consecuencia en aplicación de doctrina del TJUE en relación con el art 63 del RDLegislativo 1/2013 y de la regulación contenida en la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en especial en sus arts 4 y 26 será entender la extinción del contrato formalmente comunicada al amparo del art 49.1 n) como un propio despedido, a declarar nulo por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por discapacidad, con las importantes consecuencias legales derivadas de tal declaración máxime respecto de la readmisión de la persona trabajadora al tratarse de un supuesto de declarado en IP al que el art 49.1 n) ha reconocido la facultad de extinguir o no el contrato de trabajo realizado en forma el intento de ajuste razonable según su voluntad.

3.1.1.- La intervención de los servicios de prevención en la exigencia de “ajustes razonables” empresariales.

Sin duda una de las novedades más relevantes en la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por declaración en grado de IP, condicionada al ajuste razonable o cambio del puesto de trabajo que no suponga carga excesiva empresarial es el papel protagonista otorgado a los servicios de prevención.

No existiendo mención alguna en el preámbulo de la reforma, el apartado final del art 49.1 n) dispone que: “Los servicios de prevención determinarán,

de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”.

En una aproximación inicial y como la doctrina ya ha señalado (así, Guillermo García González), el legislador parece otorgar un papel principal y decisorio a los servicios de prevención en materias tan nucleares para la configuración del nuevo art 49.1 n) como la determinación del “alcance y características” de las medidas de ajuste (incluyendo aspectos como la formación) y la identificación de los “puestos de trabajo compatibles” con la situación de la persona trabajadora declarada en grado de IP, en relación con la exigencia de puesto de trabajo “vacante disponible” para la realización del ajuste razonable y la necesidad de respetar el perfil profesional y estado de salud de la persona trabajadora. Siendo legalmente deudor de la salud profesional de las personas trabajadoras el empresario y la función de los servicios de prevención de naturaleza técnica y auxiliar, el aparentemente contundente texto normativo parece otorgar al servicio de prevención “determinando” como decisión propia las medidas de ajustes razonable un ámbito decisorio propio de la empresa, sin perjuicio de fundamentar ésta en un previo informe de los servicios de prevención.

Lo anterior en un contexto en el que la propia doctrina del TS (por todas STS de 23 de febrero de 2022, recurso 3259/2020), interpretando la causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del art 52 a) del ET, ha declarado que la mera conclusión de no aptitud por el servicio de prevención empresarial no justifica necesariamente dicha extinción del contrato, debiendo el empresario justificar los requisitos legales exigibles (incluyendo el intento de ajuste razonable sin carga excesiva, por todas con análisis de normativa y doctrina judicial interna y supranacional STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2025, recurso 3687/2024).

En el papel preponderante otorgado a los servicios de prevención el legislador no ha valorado la distinta organización de los mismos por parte de la empresa (externos, internos...); añadido a lo anterior, se atribuye a un servicio de prevención, auxiliar en materia de seguridad y salud laboral, conocimientos y decisiones más propias del poder de dirección y organización empresarial (identificación de puestos de trabajo compatibles, debiendo ser “vacantes disponibles”; aparente exigencia de consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención del propio servicio de prevención y no de la empresa...), configuración legal cuestionable al suponer finalmente la decisión de extinguir el contrato de trabajo tras declaración de IP por no ser posible el ajuste razonable una medida estrictamente empresarial.

3.2.- Ley 2/2025 de 29 de abril. Efectos en materia prestacional de Seguridad Social. Art 174.5 LGSS.

Si bien la STJUE de 18 de enero de 2024, respondiendo al contenido de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, ninguna referencia hizo a las posibles consecuencias en materia prestacional de Seguridad Social de la no extinción automática del contrato de trabajo por la mera declaración de grado de IP, el legislador en la Ley 2/2025 de 29 de abril ha modificado, con importante impacto pese a la escasa atención doctrinal recibida, el art 174.5 de la LGSS. Y ello según su preámbulo “*con la finalidad de adaptar la dinámica de la prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal y la efectividad de las pensiones de incapacidad permanente total y absoluta o de gran incapacidad a las nuevas situaciones derivadas de la referida modificación del artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

El propio legislador, como la Disposición Final tercera de la Ley 2/2025 recoge, asume el carácter en principio transitorio de la reforma al corresponder al Gobierno en el plazo de seis meses presentar un proyecto de ley modificando la regulación en materia de compatibilidad entre el trabajo y la prestación económica por declaración de grado de IP, según recomendaciones del Pacto de Toledo y dentro del marco del diálogo social.

3.2.1.- La STS de 11 de abril de 2024. RUCD 197/2023.

Como antecedente de la reforma del art 174.5 de la LGSS sin duda resulta de especial interés la doctrina jurisprudencial, modificando la anterior, iniciada con la STS de 11 de abril de 2024. El supuesto

de hecho de la misma parte de una persona beneficiaria de gran invalidez-gran incapacidad por sentencia, con previo reconocimiento administrativo de IPTotal que en ejecución de dicha sentencia el INSS alegó la incompatibilidad entre el percibo de su salario como vendedor de la ONCE y la prestación económica de la GI, condicionando al cese en el trabajo dicho percibo. Estimada la pretensión de compatibilidad instada por el beneficiario en incidente de ejecución, el mismo fue revocado por STSJ de Andalucía de 26 de octubre de 2022, denegando el despacho de ejecución interesado.

Siendo objeto del recurso de casación en consecuencia si, reconocida GI existiría compatibilidad con el ejercicio de su actividad laboral y, con ello, con el percibo de salario, como sentencia de contraste se aportó la dictada por la Sala Social del TSJ de Cataluña el 30 de enero de 2022, recurso 1152/2021, si bien en ésta la compatibilidad se reconoció respecto de una prestación de IPAbsoluta, no GI, negando el TS relevancia a dicha cuestión para apreciar contradicción.

El TS, recordando su doctrina tradicional al menos desde la STS de 30 de enero de 2008, RCU 480/2007 modifica la misma entendiendo que el art 198.2 LGSS debe interpretarse en el sentido de que *“los trabajos compatibles con las prestaciones de incapacidad allí determinadas (Incapacidad Permanente Absoluta -IPA- y Gran Invalidez -GI-) autorizados por dicha norma son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir los re-*

siduales, mínimos y limitados y, en manera alguna, los que constituyen los propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social”. Dicho art 198.2 LGSS ha sido modificado únicamente en su terminología por la Ley 2/2025, denominando a la anterior gran invalidez como gran incapacidad.

Resulta de relevancia destacar los motivos por los que el TS modifica su anterior doctrina ante su posible proyección a otras situaciones. Junto con una alegada interpretación literal del art 198.2 LGSS entendiendo como actividades compatibles únicamente las labores o tareas marginales y una interpretación sistemática que en el art 198.1 LGSS que, respecto de la IPTotal permite, el percibo de la prestación económica con el “salario” mientras que en los supuestos de IPAbsoluta y GI la compatibilidad lo es con actividades sean o no “lucrativas”, la Sala apela al modo de financiación del sistema de prestaciones contributivo de Seguridad Social mediante cotizaciones de las personas trabajadoras y los empresarios junto con transferencias de los presupuestos generales del Estado valorando que *“...tal normativa debe ser interpretada, por tanto, en función del diseño constitucional y legal del sistema y conforme a los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero”*.

Siendo la prestación económica por IP un sustitutivo de las rentas por trabajo, el TS llega a la conclusión de que *“si no existe esa pérdida de rentas del tra-*

bajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurre situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad”, señalando como argumento la posible prestación laboral por una persona beneficiaria de prestación económica por IPAbsoluta o GI a los que se reconociera compatibilidad con un trabajo alta en sistema de Seguridad social y remunerado frente a trabajadores desempleados que igualmente pudieran percibir prestación por desempleo entendiéndose tal situación “contraria a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social; y, también, al principio de solidaridad que impregna e informa la concepción constitucional y legal de la Seguridad Social”.

Con especial proyección en otros ámbitos la sentencia hace referencia a la posible incidencia en la adaptación de los puestos de trabajo en personas con grado de IP reconocido de los cambios tecnológicos (cabría añadir en un momento inicial de la implementación de los sistemas de IA) concluyendo que: *“no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no*

existían”, señalando la sentencia la necesidad de un cambio global en los criterios exigidos para lucrar prestación de incapacidad permanente, entendiéndose que ésta no procede si las ayudas técnicas permiten un trabajo remunerado y compatible con la situación funcional que dio lugar a la IPAbsoluta y la GI.

La aplicación de dicho argumento como justificativo de la incompatibilidad de prestación económica de incapacidad permanente con el trabajo remunerado, argumento con posibilidad de ser extendido a los supuestos de reconocimiento de IPTotal de realizarse el “ajuste razonable” en especial dentro del mismo grupo profesional o profesión habitual de la actividad laboral resulta determinante, sin duda tomado en consideración por el legislador en la reforma del art 174.5 LGSS.

3.2.2.- El nuevo art 174.5 LGSS. Posibles desajustes con el Derecho de la UE y doctrina del TJUE.

La nueva regulación del art 49.1 n) del ET, siendo exigido tras declararse el grado de IP total, absoluta o gran invalidez-incapacidad el ajuste razonable que permita la adaptación o cambio de puesto de trabajo sin extinguir de forma automática el contrato de trabajo ha tenido un reflejo normativo en la modificación del art 174.5 de la LGSS.

Al respecto cabe indicar que la Ley 7/2024 de 20 de diciembre, siguiendo la interpretación de la STS de 11 de abril de 2024, modificó el art 198.2 de la LGSS respecto de los efectos en la prestación económica por IPAbsoluta o GI reconocida en las

rentas por trabajo, señalando que: *“En el supuesto de que el pensionista realice un trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen de la seguridad social, la entidad gestora suspenderá el pago de la pensión. La entidad gestora reanudará el pago de la misma cuando se produzca el cese en el trabajo o actividad. Todo ello sin perjuicio de la eventual revisión del grado de incapacidad permanente.*

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, el complemento de gran incapacidad destinado a que la persona beneficiaria pueda remunerar a la persona que le atienda no se suspenderá por la realización de un trabajo incompatible con la pensión”.

El legislador, promulgada la Ley 2/2025, no ha modificado el art 198 de la LGSS más allá de su terminología, precepto directamente relacionado con el art 174.5 LGSS. Por ello, y en términos interpretados por la STS de 11 de abril de 2024, nuestro derecho admite por su propia naturaleza y alcance la compatibilidad del percibo de prestación económica por IPTotal (definida como imposibilidad para realización de tareas propias de la profesión habitual) con *“el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”*; en el supuesto de IPAbsoluta y GI, con la nueva doctrina del TS interpretando el art 198.2 LGSS, no se permitiría la compatibilización de la prestación económica por IPAbsoluta y GI con el trabajo, salvo que el mismo fuera residual o marginal sin alta en la

Seguridad Social.

En dicho contexto normativo el nuevo art 174.5 LGSS a los efectos que ahora interesa dispone: *“En aquellos casos en los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.n) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran incapacidad no determine la extinción de la relación laboral, por llevar a cabo la empresa la adaptación razonable, necesaria y adecuada del puesto de trabajo a la nueva situación de incapacidad declarada o por haber destinado a otro puesto a la persona trabajadora, la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198”.*

Del redactado del precepto en una aproximación inicial caben destacar varios aspectos. Frente a lo dispuesto en el art 198 LGSS al que remite, el legislador no ha establecido en el art 174.5 LGSS al imponer la suspensión el abono de la prestación económica por IP (lógicamente el grado de IP mantendría su reconocimiento administrativo) una distinción de ser posible el ajuste razonable en el mismo u otro puesto de trabajo entre supuestos de reconocimiento de los grados de IPAbsoluta y GI (a los que el cambio doctrinal del TS se refiere) respecto del grado de IPTotal.

En segundo lugar, permitiendo el art 198.1 la compatibilidad entre la presta-

ción económica por IPTotal con el salario por realizar actividad laboral compatible tanto en la misma empresa (que sería la obligada a realizar el “ajuste razonable”) como en otra distinta siempre que “las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, siendo lógicamente las funciones a realizar por la persona trabajadora a la que el grado de IPTotal ha sido reconocido y a la que se adapta o cambia su puesto de trabajo como ajuste razonable distintas en su contenido y adaptadas a su perfil profesional en terminología del art 49.1 n) y su nueva situación de salud, existiría una aparente contradicción de imponerse en todo caso la suspensión de la prestación económica derivada del grado de IPTotal respecto de la persona trabajadora que no viera extinguido su contrato de trabajo consecuencia del ajuste razonable.

Si bien por lo antedicho el legislador, al señalar en el art 49.1 n) los requisitos a valorar respecto del ajuste razonable que no suponga carga excesiva para el empresario no ha hecho referencia al concepto tradicional de grupo profesional sino a los de puesto de trabajo “vacante y disponible” así como al de “perfil profesional”, del nuevo art 174.5 en relación con el art 198 LGSS parecería deducirse que la suspensión de la prestación económica de la IPTotal alcanzaría a todo supuesto de ajuste razonable que permitiera mantener el vínculo laboral en la empresa, incluyendo el posible cambio de puesto de trabajo en la empresa que supusiera realizar tareas de otro grupo profesional (de admitirse, ante la parquedad del nuevo art 49.1 n) dicha posibilidad).

Así si, en la situación actual no modificada por el art 198.1 LGSS, una persona con prestación económica por IPTotal reconocida mantiene el percibo de la misma de iniciar una nueva actividad laboral que caracteriza otra profesión habitual en otra empresa, si entendemos ésta como situación de salud compatible con las tareas propias y esenciales de otro grupo profesional o profesión habitual, no resultaría adecuado (en menor medida al tratarse de un supuesto de discapacidad en el concepto legal) que a la persona trabajadora reconocida IPTotal y que no extingue su contrato de trabajo en la misma empresa por realizarse el ajuste razonable en el mismo u otro puesto de trabajo le fuera necesariamente suspendida la prestación económica por IPTotal en todo caso, y con independencia de que el ajuste se realizara en puestos de trabajo, el que desarrollaba u otro distinto, dentro de su grupo profesional o si el ajuste se realizara en puesto de trabajo de grupo profesional distinto adecuado a su perfil profesional. En este último caso, en otra empresa y mantenida la redacción del art 198.1 LGSS en su vigencia, no existiría duda de la compatibilidad prestación económica derivada de IPTotal-salario, no existiendo lógica alguna para que dicha compatibilidad no se produjera de realizarse el ajuste razonable por la propia empresa en la que se desarrolló la actividad respecto de la que el grado de IPTotal fue reconocido.

Para finalizar el presente análisis, y muestra de los frecuentes encontronazos entre la regulación interna en materia de derecho del trabajo y seguridad social en el ámbito del reconocimiento

de situaciones y prestaciones de incapacidad permanente que suponen legalmente una discapacidad con nuestro derecho supranacional, cabe destacar la reciente cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por auto de 10 de marzo de 2025, recurso 2587/2024, de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña.

El supuesto de hecho enjuiciado es el de una persona trabajadora, con categoría de policía local al que en el año 2018 le fue reconocido grado de IPTotal, iniciando segunda actividad en diciembre de 2020 con tareas de oficina y atención ciudadana, excluyendo tareas que requirieran esfuerzo físico. En dicha segunda actividad, derivado del no percibo de pluses vinculados a la nocturnidad y trabajo en festivos, el salario resultaba menor que el percibido como policía local.

Por el INSS se presentó demanda entendiendo incompatible el percibo de prestación económica por IPTotal con el salario del ejercicio de la segunda actividad, reclamando una suma próxima a los 42.000 euros como prestación indebidamente percibida.

Estimada la demanda del INSS en la sentencia de instancia y recurrida en suplicación por la persona trabajadora beneficiaria de la prestación, el TSJ de Cataluña plantea al TJUE cuestión prejudicial formulando las siguientes preguntas: “1º) *¿Los artículos 3.1 -c) y 3.3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000...deben interpretarse en el sentido de que aquella Directiva resulta de aplicación a un supuesto en que a un policía local, al que se le ha*

reconocido una pensión de incapacidad permanente total por sufrir una discapacidad física, y que ha pasado al régimen de segunda actividad en el que realiza tareas administrativas y de atención ciudadana distintas de las que dieron lugar a la declaración de invalidez, se le exige cesar en su empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión?

2º) *¿El artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un policía local en régimen de segunda actividad, al cual se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total, debe extinguir su relación de empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión, cuando aquel ya ha pasado a desempeñar funciones distintas a las que dieron lugar a la declaración de invalidez y ha sufrido una disminución de salario por ello?”.*

En el planteamiento de la cuestión prejudicial se valora tanto la normativa interna en materia de compatibilidad de prestaciones por IP y salario como la doctrina del TS, así STS de 26 de abril de 2017 recurso 3050/2015 respecto de la incompatibilidad del percibo de IPTotal y segunda actividad, en relación con los art 2.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en especial

su art 5 respecto de las exigencias ya examinadas de “ajustes razonables” sin “carga excesiva” del empleador, haciendo igualmente mención a la Convención de Nueva York de 2006 de los derechos de las personas con discapacidad.

En espera del pronunciamiento del TJUE dando respuesta a la nueva cuestión prejudicial planteada, y como se indica en la misma, no pueden desconocerse pronunciamientos previos relacionados con la Directiva 2000/78 como la STJUE de 19 de septiembre de 2018 (C-312/17, apartado 30) respecto de la no cobertura de la Directiva respecto de regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 157 TFUE, apartado 2 (sentencias de 6 de diciembre de 2012, Dittrich y otros, C-124/11, C-125/11 y C-143/11, EU:C:2012:771, apartado 31, y de 2 de junio de 2016, C, C-122/15, EU:C:2016:391, apartado 20) y, en especial, las ya examinadas SSTJUE valorando la extinción del contrato de trabajo por razón de discapacidad: 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20 y 18 de enero de 2024, Ca na Negreta S.A, C-631/22.

Por ello, y siguiendo la conclusión de Beltrán de Heredia Ruiz *“aunque la reforma era necesaria, creo que es insuficiente. Existen elementos muy importantes exigidos por el Derecho de la Unión que no han sido atendidos y que, como todo parece indicar (salvo sorpresa mayúscula en la resolución de la cuestión prejudicial planteada), tendrán que ser nuevamente reformulados legislativamente”*.

LA VIOLENCIA SEXUAL. UN ANALISIS JURIDICO FEMINISTA.

Altamira Gonzalo Valgañón

Abogada y miembro de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

La violencia sexual es una de las muchas manifestaciones que tiene la violencia de género, ya que, como los datos estadísticos demuestran, se ejerce desproporcionadamente por los varones sobre las mujeres.

Pero la violencia sexual no siempre se ha considerado de esta manera. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, aunque en la Exposición de Motivos considera como tal la violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, el objeto de la Ley, definido en el artículo 1, se limita a la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres que sean o hayan sido sus parejas, dejando fuera del ámbito de la misma el resto de manifestaciones que tiene la violencia machista.

La ratificación por el Estado español del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que conocemos como Convenio de Estambul, ratificación que tuvo lugar el 18 de marzo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, siendo éste el primer

instrumento jurídico europeo de carácter vinculante para los Estados que lo ratifiquen en materia de lucha contra la violencia sobre la mujer, amplía conceptualmente qué conductas considera como constitutivas de violencia de género. Así, caracteriza como tal «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

Al ampliar respecto a nuestra Ley Integral el elenco de manifestaciones de conductas violentas que sufren las mujeres y considerarlas constitutivas de violencia de género, implicó que todos los Estados, pero en concreto España, las tuviera que incorporar y conceptualizar como violencia de género en el ordenamiento jurídico interno. Lo que se llevó a cabo mediante la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, conocida como la ley del “solo sí es sí.”

La tramitación de esta última ley dio lugar a intensos debates, en parte por su contenido y en parte, también, porque aquellos fueron precedidos por acontecimientos sociales relevantes, como fue en el año 2017 el “Me Too”, que visibilizó el acoso y la violencia sexual que sufren las mujeres o los hechos y posterior juicio, conocido como el de la manada de Pamplona, entre otros. Estas campañas que tuvieron lugar con ocasión de los acontecimientos anteriores, pusieron de manifiesto la preocupación social existente por el deficitario tratamiento social y judicial de la violencia sexual y el descontento tuvo su máximo exponente en las masivas manifestaciones del 8M que se hicieron en muchas ciudades.

Quisiera con este artículo llamar la atención sobre la magnitud de la violencia sexual que sufren, fundamentalmente, las mujeres y sobre la insuficiente respuesta social y judicial.

Históricamente, la libertad sexual no ha sido objeto de protección penal. Hasta la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, la rúbrica de los delitos sexuales era la de “delitos contra la honestidad”, pasando a ser desde la entrada en vigor de esta ley “delitos contra la libertad sexual”.

Que hasta el año 1989, bien entrada la democracia, el bien jurídico protegido por la regulación de los delitos sexuales fuera la honestidad de las personas, significaba muchas cosas; entre otras, que con la sanción de estas conductas se protegía el honor del esposo o el del

padre de familia, o el control de la paternidad, pero nunca la libertad sexual de la persona agredida sexualmente, fundamentalmente las mujeres, porque, antes de la aprobación de la ley en el año 1989, los hombres no podían ser sujetos pasivos del delito de violación, al considerarse ésta únicamente la penetración por vía vaginal.

Por este desamparo hacia las mujeres, se han hecho muchas críticas al derecho penal desde el feminismo jurídico. Sobre todo, se han criticado los siguientes aspectos: **1)** La deficiente regulación que tenía de los delitos que con mayor frecuencia eran víctimas las mujeres (los delitos sexuales, los delitos relativos a la prostitución y la cuasi impunidad del proxenetismo); **2)** La insuficiencia de tipos penales que protegieran a las mujeres y **3)** la irregular aplicación por los Tribunales de algunos delitos de los que son víctimas fundamentalmente las mujeres. En definitiva, se ha criticado la falta de perspectiva de género de la norma, y, consecuentemente, de su aplicación.

Desde el primer Código Penal, que es del año 1822, la regulación de los delitos sexuales ha tenido un contenido fuertemente patriarcal. El delito de adulterio, que solo podían cometer las mujeres, es de ese mismo año 1822, fue suprimido en el año 1932 durante la II República y reintroducido nuevamente por el Código Penal del año 1944 hasta que, finalmente, fue derogado el 26 de mayo de 1978. El delito de uxoricidio, prerrogativa de los varones para matar a su esposa si ésta le había sido infiel, con pena únicamente de destierro, estuvo vigente desde la noche de los tiempos hasta que se aprobó

la Ley 79/1961, de 23 de diciembre.

En definitiva, el tratamiento que el Código Penal ha dado a las mujeres como delincuentes y como víctimas de los delitos respondía a la concepción social que se tenía de las mujeres como seres subordinados al varón y carentes de derechos. Como afirma Catherine Mackinnon: “el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”. Ellos hacían e interpretaban el Derecho, lógicamente, conforme a sus intereses.

CIFRAS CONOCIDAS DE LA VIOLENCIA SEXUAL

La macroencuesta del Ministerio de Igualdad 2019¹ arroja algunas cifras alarmantes sobre la realidad de los ataques sexuales a mujeres:

- El 6,5% de las mujeres de más de 16 años (1.322.052) han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida por parte de alguna persona con la que no mantienen ni han mantenido relación de pareja.
- El 2.2% del total de mujeres de 16 o más años han sido violadas alguna vez en sus vidas.
- El 99.6% sufrieron la agresión por parte de un varón.
- En el 21.6% de las mujeres que sufrieron violencia sexual fuera de la pareja, el agresor fue un familiar; el 49% un amigo o

conocido y el 39.1%, el agresor fue un hombre desconocido.

Solo el 8% de las mujeres que sufrieron violencia sexual fuera de la pareja, denunciaron. A la pregunta al resto de mujeres de por qué no denunciaron, el 35.4% respondió que porque era una niña; el 20.8% por el temor a no ser creída; en los casos de violación, el 40.3% respondió que por vergüenza.

Amnistía Internacional² ofrece estos datos sobre la incidencia de la violencia sexual:

- 1) “14 violaciones y 55 agresiones sexuales son denunciadas al día en España (*Ministerio Interior, 2024*).
- 2) Un 57,9% de mujeres entre 18 y 35 años que concertaron citas a través de aplicaciones se sintieron presionadas para mantener relaciones sexuales; casi un 30% de las mujeres del mismo rango etario afirmó que, a pesar de haber manifestado ellas dolor físico y deseo de parar, su pareja sexual continuó con la práctica sexual no deseada y un 21% de las mujeres fue forzada a mantener una relación sexual con violencia (*Federación de Mujeres Jóvenes, 2023*).
- 3) El 70,3% de víctimas adolescentes de violencia de género no denuncia ni tiene intención de hacerlo (*Fundación Anar, 2023*).

¹ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

² [https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/8-datos-sobre-violencia-sexual/#:~:text=M%C3%A1s%20de%202%2C8%20millones,una%20ocasi%C3%B3n%20\(Macroencuesta%202019\).](https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/8-datos-sobre-violencia-sexual/#:~:text=M%C3%A1s%20de%202%2C8%20millones,una%20ocasi%C3%B3n%20(Macroencuesta%202019).)

Más de 2,8 millones de niñas y mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida (Macroencuesta 2019).

- 4) El 86% de las mujeres que han sufrido violencia sexual de su pareja actual afirman que ha sucedido en más de una ocasión (Macroencuesta 2019).
- 5) Casi el 90% de las víctimas de delitos sexuales contra la libertad sexual son mujeres y niñas (Ministerio Interior, 2023).
- 6) Y el 95% de los responsables de estos delitos contra la libertad sexual son hombres (Ministerio Interior, 2023).
- 7) Las mujeres con discapacidad sufren porcentualmente una mayor violencia sexual o física por parte de sus parejas, 20,7% frente al 13,8% del resto de mujeres (Macroencuesta 2019).
- 8) Las mujeres nacidas en el extranjero y residentes en España sufren una mayor violencia física y/o sexual por parte de sus parejas que las mujeres nacidas en España: un 24,7% frente al 12,7% (Macroencuesta, 2019).
- 9) Se estima que sólo un 21,7% de las mujeres que sufren alguna forma de violencia por parte de sus parejas lo denuncia, y más de la mitad de las que denunciaron declaran que la policía mostró escaso interés e hizo poco por

resolver su caso (Macroencuesta 2019)".

Con el fin de aportar algún dato más para una mejor aproximación al conocimiento de la realidad sobre el número de agresiones sexuales y cuantas de ellas se ponen en conocimiento policial o judicial, añadiré los datos que el día 21/03/2024 publicó el diario El País, al dar cuenta de parte de un estudio llevado a cabo por la Universidad de Barcelona, con una encuesta hecha en 70 centros educativos a más de 4.000 menores, que arroja unas cifras muy elevadas:

El 21.25% de las adolescentes (chicas de 14 a 17 años) afirma haber sufrido violencia sexual verbal o física en el último año.

El 12.6% habían sufrido victimización sexual con contacto físico

El 18.3% afirman haber sufrido victimización sexual electrónica (ya sea a través de solicitudes sexuales o preguntas indeseadas o por grooming (que un adulto le manipule a través de internet para que envíe material pornográfico etc.).

Estas cifras tan elevadas de ataques sexuales que muestran todos los estudios que se han aproximado al conocimiento del problema, se compadecen muy mal con el escaso número de denuncias que se interponen, si las comparamos con las cifras de las denuncias por violencia de género en el seno de la relación de pareja o ex pareja. Y ello nos puede dar la impresión de que nos encontramos ante un ilícito penal en el que la sensación de impunidad es alta.

NUMERO DE DENUNCIAS ANUALES POR VIOLENCIA SEXUAL

En todo el Estado español (según el INE), el número de denuncias que se interpusieron por violencia sexual en los años 2010, 2020 y 2023³, fueron las siguientes:

Año 2010:	8771	(fueron 134105 por violencia de género)
Año 2020:	12769	(fueron 150785 por violencia de género)
Año 2021:	17016	(fueron 162848 por violencia de género)
Año 2022:	19013	(fueron 182065 por violencia de género)
Año 2023:	21580	(fueron 199166 por violencia de género)

Respecto al año 2024, las cifras publicadas son del Ministerio del Interior, según el que, entre enero y diciembre de ese año, se formularon 21159 denuncias, de las que 5206 fueron por agresión sexual y 15953 por el resto de delitos contra la libertad sexual.

Se puede observar que, tanto unas como otras denuncias, aumentan año a año, pero las denuncias por violencia sexual apenas alcanzan el 10% de las por violencia de género, cuando las encuestas reflejan una incidencia elevada de la violencia sexual. Pero queda de manifiesto la enorme diferencia que existe entre el número de denuncias interpuestas por violencia en el seno de la relación de pareja y por violencia sexual. En ello tiene que ver, en mi modesta opinión, las políticas públicas llevadas a cabo en el caso de la violencia de género, que han dado

como resultado que casi tres millones de mujeres desde la aprobación de la Ley Integral han puesto su confianza en el sistema judicial para salir de su problema y encontrar protección. Con la violencia sexual debería operarse de forma similar, no por dar más trabajo a la Justicia, sino por conseguir que ese número muy importante de mujeres, confíe y pueda encontrar la reparación y la paz a las que tiene derecho.

La macroencuesta del Ministerio de Igualdad arroja algo de luz acerca de las causas del bajísimo índice de denuncias en la materia que nos ocupa y llama la atención el alto índice, en los casos de violación, de mujeres que contestan que no lo hicieron por vergüenza. Lo que significa que socialmente se ha trasladado la responsabilidad digamos moral del acto ilícito sobre la víctima, que es el colmo de la injusticia. Otra respuesta frecuente que hace reflexionar es aquella que dice que no denunció por temor a no ser creída, causa que no disuade para denunciar ante otros delitos, como puede ser el de hurto o robo.

NUMERO DE PERSONAS CONDENADAS

Para analizar este indicador, así como el referido a la duración de las penas, analizaré los datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial de los últimos cuatro años.

Reseño el dato del sexo de las personas condenadas, para ver la enorme diferencia entre varones y mujeres y para ver la tendencia al aumento del porcentaje de

³ Se toman estos años para ver la evolución durante un tramo amplio y para conocer los datos del último año publicados.

mujeres condenadas por estos delitos.

Año	Total	Varones	Mujeres
2023	2867	2787 (97.2%)	80
2022	3201	3104 (97%)	56
2021	3196	3128 (97.9%)	68
2020	2374	2318 (97.6%)	56

Es curioso observar cómo se mantiene prácticamente invariable el porcentaje de varones condenados cada año, aproximadamente el 97% de las personas condenadas. El 3% restante, son mujeres.

Si ponemos en relación el número de denuncias efectuadas cada año con el número de personas condenadas cada uno de esos años, aunque no exista una relación directa, porque las denuncias de un año pueden resolverse en el año siguiente y en una sola sentencia puede haber más de un condenado, pero suponiendo que solo fuera un condenado por sentencia, el porcentaje de sentencias condenatorias en relación con las denuncias es muy bajo; así, por ejemplo, en el año 2023, sería del 13,38% y un porcentaje similar se obtiene para el resto de los años analizados. Ello significa que existe un bajo índice de sentencias condenatorias.

DURACIÓN DE LAS PENAS DE PRIVACION DE LIBERTAD

Los datos que se indican proceden de la estadística anual del Consejo General del Poder Judicial y, como en el caso anterior, son los referidos a los últimos 4 años publicados.

Año	condena de 0-2 años	de 2-5 años	más de 5 años
2023	1911 (66.65%)	443	480
2022	2074 (64.8%)	495	564
2021	2051 (64.2%)	561	647
2020	1573 (66.25%)	395	460

Los porcentajes están calculados sobre el total de personas condenadas de la tabla precedente. La mayoría de las condenas de privación de libertad, el 65,48% de media de los cuatro años, tiene una duración inferior a dos años, lo que significa que la persona condenada, si no hay concurrencia con otra condena, no entrará en prisión. Desde el feminismo llamémosle clásico, con el que me identifico, no se ha reivindicado un endurecimiento de las penas para los delitos sexuales y en general para

aquellos delitos de los que fundamentalmente son víctimas las mujeres, pero, conocedoras de la duración media de las penas privativas de libertad que muestran los datos estadísticos, no comparíamos la reducción de las penas que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, previó para algunos delitos sexuales, con las consecuencias previstas en la legislación penal para quien hubiera sido condenado con mayor pena que la contemplada en la nueva ley. Afortunadamente, la situación quedó repuesta al menos con efectos de futuro mediante la aprobación de la LO 4/2023, de 27 de abril.

Los indicadores y los datos anteriores muestran una situación en la que se producen muy escasas denuncias por delitos sexuales, a la vista de los resultados de las encuestas, que ofrecen un elevado índice de violencia sexual.

También reflejan los datos de los últimos cuatro años publicados un índice bajo de sentencias condenatorias, en relación con el ya escaso número de denuncias, pues en los años analizados, la ratio es de alrededor del 13%.

En relación con estas tasas de condena, el GREVIO, grupo de personas expertas en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, creado por el Convenio de Estambul para controlar el cumplimiento del mismo por parte de los estados ratificantes, en su primer informe sobre España⁴, emitido el año 2020, tras reconocer importantes avances en nuestro país en la lucha con-

tra la violencia de género, advertía, entre otras cuestiones, la siguiente:

“La duración de los procedimientos penales. La exclusión del uso de pruebas forenses reunidas sin orden judicial, así como la existencia de estándares de suficiencia probatoria excesivamente altos en los juicios entorno a los fenómenos de violación, que pueden fácilmente dar lugar a la revictimización de las víctimas y a bajas tasas de condena”.

En el segundo informe del GREVIO sobre España⁵, emitido en el año 2024, el organismo hace un llamamiento a todos los operadores jurídicos, en relación al grave problema de la violencia sexual:

“157. A pesar de estos avances, GREVIO considera que la plena aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 tiene el potencial de reducir significativamente el nivel de impunidad de la violencia sexual, desencadenando un aumento de las denuncias y una mayor eficacia en la investigación y persecución de la violencia sexual. Para que la ley se traduzca en un cambio efectivo en la forma de abordar la violencia sexual y en cambios para las víctimas en los procedimientos judiciales, GREVIO subraya la importancia de llevar a cabo una importante labor de sensibilización entre los jueces y otros profesionales del derecho sobre el nuevo enfoque relativo al consentimiento libremente otorgado y la necesidad de alejarse de los mitos sobre la violación y otros estereotipos.”

Y, respecto a las actuales tasas de condena, el organismo indica:

“c. 28. 2. 29. Tasas de condena GREVIO anima a las autoridades españolas a: a. adoptar rápidamente medidas legisla-

⁴ [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-con](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/2020/09/Informe-primero-2020.pdf)

⁵ [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/2024/09/Informe-segundo-2024.pdf)

tivas y de otro tipo para aplicar plenamente las disposiciones de la Ley Orgánica 10/2022 de Libertad Sexual y garantizar que los autores de violencia sexual respondan plenamente de sus actos; b. garantizar que los tribunales especializados en violencia de género y otros órganos judiciales especializados dispongan de los recursos necesarios para poder investigar y enjuiciar adecuadamente todas las formas de violencia sexual. (párrafo 158) Evaluación y gestión de riesgos (artículo 51)”.

Alejarse de los mitos sobre la violación, como propone el GREVIO, requiere liberarse de los viejos prejuicios machistas según los cuales esperamos diferentes respuestas ante un ataque sexual según se trate de un hombre o una mujer, por ejemplo. Requiere abandonar viejos patrones y estereotipos que nos impiden analizar bajo el prisma de la igualdad unos hechos, unas pruebas o una norma. Exige lo que conocemos como juzgar con perspectiva de género o de equidad, lo que, por otro lado, es una obligación legal que se deriva de normas nacionales e internacionales.

ANÁLISIS ACTUALIZADO SOBRE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Óscar López Bermejo

Magistrado especialista Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada.

I. Introducción.

Con este artículo se quiere destacar los avances que en materia de derechos laborales y de protección a la seguridad social se han conseguido para esta relación laboral especial. Y se resalta precisamente por ser una profesión feminizada -y migrante- de manera abrumadora; en concreto, las mujeres suponen el 95% de las personas que realizan estos servicios, según datos de la Seguridad Social en 2023.

Por lo tanto, los logros obtenidos cumplen un doble fin, como son mejorar las condiciones de este tipo de empleados y, al mismo tiempo, acabar con la precariedad de las mujeres como trabajadoras casi exclusivas de este sector.

Precisamente estos progresos, que examinamos en pasajes posteriores, se han obtenido casi siempre gracias a los pronunciamientos judiciales, apareciendo el legislador en una fase posterior con su consagración, a través de leyes que plasman lo ya conquistado en sede judicial.

II. Registro de jornada.

- 1) Al hilo de este punto, es de actualidad la respuesta dada por la STJUE 19 de diciembre de 2024 (C-531/23) a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco -en adelante Sala de lo Social TSJPV-.
- 2) Para una mejor comprensión de lo que queremos trasladar, resulta necesario contextualizar los términos del litigio en cuestión. Así, existe una relación laboral especial del tipo analizado, a la cual se le pone fin por ejercer la empleadora la facultad de despido, ante lo que reacciona la trabajadora, acumulando a su acción de impugnación de despido la de reclamación de cantidad por horas extraordinarias -en adelante HE-.
- 3) En primera instancia, por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao reconoce la improcedencia

del despido, pero desestima reclamación de HE por ausencia de prueba de la demandante y porque “no pueden concluirse probadas por la sola falta de aportación por los demandados en el litigio principal de los registros horarios del tiempo de trabajo realizado por la trabajadora, dado que el Real Decreto 1620/2011 exime a determinados empleadores, entre los que se encuentran los hogares familiares, de la obligación de registrar el tiempo de trabajo efectivo realizado por sus empleados.”. Alcanza tal decisión en aplicación del art. 3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar -en adelante RD 1620/2011-, al disponer este precepto en su apartado 3º que el empleador se encuentra eximido de la obligación de registro para determinar la HE; en concreto establece la letra del citado precepto que “3. El régimen de las horas extraordinarias será el establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, salvo lo previsto en su apartado 5”.

4) Contra la anterior decisión la trabajadora recurre en suplicación, y la Sala de lo Social del TSJPV plantea el choque del art. 9.3 RD 1620/2011 con los arts. 3 a 5 de la Directiva 2003/88, sobre ordenación del tiempo de

trabajo. La cuestión prejudicial formulada es la siguiente: “¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma reglamentaria como el artículo 9.3 del Real Decreto 1620/2011, que exime a la parte empleadora de la obligación de registrar la jornada de la trabajadora?”.

5) La STJUE 19 de diciembre de 2024 (C-531/23) responde que el precepto nacional es contrario a la noma de la UE. Esto es, los arts. 3 y 5 de la Directiva 2003/88 se refieren respectivamente al descanso diario y semanal; en ambos establecen que los “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias” para garantizar un periodo mínimo de descanso diario y semanal, por lo que una herramienta será el registro de jornada, y no se puede negar a la trabajadora sometida a esta relación laboral especial.

6) Ante tal pronunciamiento del TJUE surge el siguiente interrogante: ¿Cómo resolverá ahora el TSJ del PV?. A tenor de la claridad del pronunciamiento del TJUE parece evidente, pero quedamos a la espera.

7) En todo caso, se respira una voluntad de homogeneizar y reconocer a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar un mismo tratamiento que a la relación común sometida al Estatuto de los Trabajadores.

III.- Prevención de riesgos laborales.

- 1) 1º Como novedad hay que resaltar el Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, donde se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar -en adelante RD 893/2024-. Antes estábamos una relación laboral especial ajena a los deberes de prevención que deben cumplir los empleados.
- 2) Como deberes implantados se encuentran el de realizar evaluación de riesgos y adopción de medidas de prevención -art. 3 RD 893/2024-, facilitar equipos de trabajo y equipos de protección individual -art. 4 RD 893/2024-, el de organizar la actividad preventiva -art. 7 RD 893/2024- y el derecho a reconocimiento médico -art. 8 RD 893/2024-.
- 3) Dicho lo anterior, este mismo texto legal también señala en su Disposición Adicional 1ª que la Administración prestacional deberá crear una herramienta gratuita de evaluación de riesgos, en el plazo de 10 meses desde la publicación del RD, para que los empleadores puedan cumplir los deberes de los arts. 3 a 5, cuando la actividad preventiva sea personal.
- 4) Resulta llamativo que en la Disposición Adicional 4ª del mismo RD 893/2024 se prevé la no

aplicación del recargo del art 164 LGSS a las personas trabajadoras que prestan servicios en el ámbito del servicio del hogar familiar.

Reflexionando sobre la razón de ser de esta decisión legislativa, por una parte creemos que se trata de una exención que incluso se puede sostener razonable por el impacto causante a una relación laboral donde el factor humano es más destacado y estamos ante empleador con naturaleza diferente a la común, y que no tiene los recursos de un empresario clásico. Pero por otro lado, el resultado interpretativo de la STJUE 19 de diciembre de 2024 (C-531/23) -sobre registro de jornada- y la STJUE 24 de febrero de 2022 (C-389/20) -sobre reconocimiento a desempleo para esta relación laboral especial- parece conducir, si aplicamos un criterio finalista, a que este tipo de trabajadores deben recibir un mismo tratamiento que los sometidos al régimen laboral común, por lo que parece cuestionable la exclusión prevista en el precepto.

IV.- Cotización y desempleo.

- 1) La ausencia del derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se encuentra ya superada tras la STJUE 24 de febrero de 2022 (C-389/20) la cual, contestando a la cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vigo, reconoce que la normativa nacional que excluye para es tipo

de empleados el derecho a cotizar -y reconocer- por desempleo es contraria a la Directiva 79/7 y, por ello, deben tener derecho a la prestación.

- 2) Es conocido que el anterior pronunciamiento judicial provocó la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Destacamos al respecto que con tal renovación legislativa se suprime el art. 251 d) LGSS e introduce una nueva situación legal de desempleo -art 267.1 LGSS- para este tipo de personas trabajadoras.
- 3) Pero el problema se ha generado ahora entorno al periodo de cotización de los 360 días para acceder a prestación. Así, el Real Decreto-ley 16/2022 obliga a cotizar por desempleo desde 1 de octubre de 2022. Ahora surge un interrogante: ¿Qué sucede antes de esta fecha?
- 4) Tal situación ya ha dado lugar a litigios con las entidades gestoras de la Seguridad Social, citando por relevante la solución dada por la STSJ de Madrid nº 1109/2023 de 7 de diciembre (recurso 501/2023). Se trata de un supuesto donde se extingue relación laboral el 30 de mayo de 2022 y la trabajadora insta la prestación contributiva por desempleo, constando en su vida laboral como dada de alta

en este régimen especial desde febrero de 2017. La respuesta del Servicio Público de Empleo a tal petición es que la trabajadora no cumple el presupuesto del periodo de cotización de los 360 días para acceder a prestación.

- 5) Ante este debate, la STSJ de Madrid es consciente de que el art. 165.2 de la Ley General de la Seguridad Social supone un obstáculo legal, cuando dispone que “para las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados periodos de cotización, sólo serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ella en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”. Pero la Sala de Suplicación madrileña sortea este escollo atendiendo a la esencia doctrinal contenida en la STJUE 24 de febrero de 2022 (C-389/20), y razona que “la falta de cotización por la contingencia de desempleo de las empleadas del hogar en razón de los servicios prestados antes del 1 de octubre de 2022, no obedeció a su voluntad, ni a la de sus empleadores, sino a una disposición legal que contravino tanto el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, como los arts. 14 de la Constitución y 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los arts. 2.1, 3, 6 y 14.1 de la Ley Orgánica de

Igualdad . La exclusión de las empleadas de hogar de la protección por desempleo operó como un factor de discriminación basado en el sexo, del que se derivan de manera directa y exclusiva las consecuencias adversas a efectos del acceso a la prestación que reivindica la demandante.” .

Y en base a ello, entiende el TSJ de Madrid que nuevo nuestra legislación es contraria a toda la normativa nacional y de la UE, por lo que concluye se debe extender la computación del periodo de cotización a tiempos más pasados al previsto por el legislador, para así alcanzar la trabajadora el derecho a la prestación por desempleo.

V.- Reflexiones.

- 1) Todo lo anterior supone una consolidación y mejoras en los derechos y condiciones de las personas trabajadores sometidas a la relación laboral especial de trabajo en el hogar.
- 2) No obstante, al mismo tiempo ha supuesto la elevación de costes y aumento de cumplimientos de deberes para empleadores personas física provocan varias reacciones:
 - Empleo sumergido.
 - Infracotización.
 - Descenso de personas contratadas en esta relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Fuente sindicato USO (<https://www.uso.es/la-afiliacion-de-trabajadoras-del-hogar-lleva-seis-anos>).

ANÁLISIS DEL PERMISO PARENTAL BAJO EL FLEXO DEL DERECHO EUROPEO

María Belmontes Saldaña

Magistrada especialista. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sede Valladolid

“La Justicia reconoce por primera vez el derecho al permiso parental retribuido de ocho semanas.”; “Bruselas expedienta a España por no retribuir el permiso parental de las ocho semanas.” Raro es el día en el que no aparece alguna noticia que menciona el “permiso parental”, pero, ¿cuál es este permiso? ¿Dónde se encuentra regulado? ¿Es lo mismo que el tradicional permiso de paternidad?

El concepto “permiso parental” aparece en la normativa europea, y actualmente está regulado en 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.

Esta Directiva tiene como objetivo mejorar la conciliación entre la vida laboral y familiar de los progenitores y cuidadores en la Unión Europea, promoviendo la igualdad de género en el mercado de trabajo y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y familiares dependientes, así como dar respuesta a una realidad social concreta: eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carre-

ras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes. Sus disposiciones giran en torno a 4 medidas principales, que son las siguientes:

Permiso de paternidad:

- Se establece un mínimo de 10 días laborables de permiso de paternidad, retribuidos al menos al nivel de la baja por enfermedad.
- Este derecho se otorga al padre o al segundo progenitor tras el nacimiento del hijo.

Permiso parental:

- Se garantiza un mínimo de 4 meses por progenitor, de los cuales dos meses son intransferibles.
- La retribución de este permiso queda a criterio de los Estados miembros, aunque se fomenta que sea adecuada para garantizar su uso.

Permiso para cuidadores:

- Se reconoce un mínimo de 5 días al año para trabajadores que necesiten cuidar a un familiar o persona que conviva con ellos y requiera asistencia por motivos

de salud.

Modalidades de trabajo flexible:

- Se otorga a los progenitores y cuidadores el derecho a solicitar flexibilidad en la jornada, el teletrabajo o la reducción de jornada para facilitar la conciliación.
- Los Estados miembros pueden establecer condiciones y limitaciones según las necesidades del empleador.

Vemos, por tanto, que la norma distingue entre el permiso de paternidad, el permiso para cuidadores y el permiso parental. Centrándonos en este último, viene desarrollado en el artículo 5 de la Directiva, que establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de **cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años.**

A continuación, a fin de asegurar un adecuado reparto de tareas entre los progenitores, determina que **dos de los meses de permiso parental no podrán ser transferidos.**

La Directiva también establece que los Estados miembros podrán determinar el plazo de preaviso necesario para solicitarlo y que su concesión se podrá supeditar a un período de trabajo o a una antigüedad que no podrá exceder de un año, precisando que cuando existan sucesivos contratos de duración determinada con el mismo empleador, deberá tenerse en

cuenta la suma de todos ellos para el cálculo del período de trabajo.

Hasta aquí todo claro, pero, ¿se trata de un permiso remunerado? La respuesta la encontramos en el artículo 8, donde se recoge que los Estados miembros garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de **los dos meses intransferibles, recibirán una remuneración o una prestación económica.** Es decir, la norma europea no prevé que los cuatro meses de permiso sean remunerados, sino únicamente los dos meses cuyo disfrute no podrá ser transferido al otro progenitor. La Directiva es una norma de mínimos, por lo que su contenido podrá ser mejorado en la legislación interna, pero nunca podrá reducir los derechos existentes establecidos en la legislación de la Unión.

Este principio viene expresamente recogido en la propia Directiva cuando recuerda que la misma establece requisitos mínimos, ofreciendo así a los Estados miembros la posibilidad de introducir o de mantener disposiciones más favorables a los trabajadores. Y puntualiza que permitir que uno de los progenitores transfiera al otro más de dos meses de los cuatro de permiso parental previstos en la presente Directiva no constituye una disposición más favorable para el trabajador (Considerando 46).

¿Qué se entiende por remuneración? Aquí la norma utiliza un concepto amplio y deja a la libre decisión de cada Estado miembro (o de los interlocutores sociales) la concreción de prestación económica, si bien deberá hacerse de manera que se facilite el que ambos progenito-

res puedan disfrutar el permiso parental. Otorga, no obstante, unas pautas a la hora de determinar el nivel de la remuneración o prestación económica, debiendo tratarse de un nivel “adecuado”, recordando a los Estados miembros que disfrutar el permiso parental conlleva a menudo pérdidas de ingresos para la familia y que el perceptor principal de ingresos de una familia solo va a poder acogerse a su derecho de disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno (Considerando 31).

Bien, la Directiva reconoce el derecho a un permiso parental de, al menos, 4 meses a disfrutar hasta que el hijo cumpla 8 años, de los cuales dos meses son intransferibles y remunerados. Nos encontramos con la siguiente cuestión: ¿puede un trabajador solicitar la concesión de este permiso invocando directamente esta Directiva ante su empleador?

La respuesta es negativa, con algún matiz que veremos más adelante. Así, a diferencia de lo que sucede con los Reglamentos, que pueden ser aplicados directamente, las Directivas precisan de una **norma de transposición** al derecho interno, ya que fijan unos **mínimos obligatorios**, pero dejando margen a los Estados miembros para decidir los detalles de su aplicación dentro de su legislación.

En nuestro derecho interno, la transposición de la Directiva de conciliación se llevó a cabo en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que modificó el Estatuto de los Trabajadores, en concreto a través de la introducción del artículo 48 bis, que entró en vigor el 30 de junio de 2023.

En el mismo se reconoce el derecho a un permiso parental intransferible de ocho semanas de duración, hasta el momento en que el menor cumpla 8 años. Nada más. Ni una mención a la remuneración del permiso, que como ya hemos visto, es un requisito obligatorio impuesto por Europa. El Considerando 29 de la Directiva despeja cualquier duda que pudiera surgir al respecto: *“Para incentivar más a los trabajadores que sean progenitores, en particular a los hombres, a que se acojan a los permisos contemplados en la presente Directiva, **debe concederse a los trabajadores el derecho a percibir una prestación económica adecuada durante el permiso.**”*

Pero es que el propio Real Decreto-ley 5/2023 puntualiza en la Disposición Final 8ª lo siguiente: *“El libro segundo traspone parcialmente 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; **salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental**”.*

¿Qué pasa entonces? ¿Podemos aplicar en una sentencia la Directiva 2019/1158 invocando el **principio básico de efecto directo** argumentando que la transposición nacional es incorrecta?

En principio no. Vayamos por partes. En la sentencia Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa (sentencia de 5 febrero de 1963), el Tribunal de Justicia consagra el efecto directo del De-

recho de la Unión Europea. Esto significa que el Derecho de la UE no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. Por consiguiente, estos pueden aprovechar dichos derechos e invocar directamente el Derecho de la UE ante los tribunales nacionales y europeos, independientemente de que existan textos en el Derecho nacional.

Sin embargo, a diferencia de los reglamentos, que son directamente aplicables en los Estados miembros (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y, por tanto, tienen un efecto directo, las directivas no lo poseen, pues los Estados miembros deben transponerlas a sus respectivos Derechos internos. Por lo tanto, si los particulares quieren hacer valer ante los tribunales nacionales los derechos reconocidos en una directiva, deberán invocar las medidas nacionales de transposición.

No obstante, excepcionalmente, en casos en los que la directiva no se ha transpuesto, o lo haya sido pero de forma incorrecta (como ha sucedido con el permiso parental), la jurisprudencia europea viene reconociendo un **“efecto directo vertical ascendente”**, que supone que los particulares pueden invocar directamente la norma europea frente al Estado incumplidor. Ahora bien, este efecto directo solo opera frente a la administración (efecto directo vertical), no en las relaciones entre particulares, o entre un trabajador y un empresario que no sea administración (efecto directo horizontal). Y la administración no puede exigir a los particulares una obligación en base a una directiva que no ha incorporado de

forma adecuada a su ordenamiento interno, por lo que la jurisprudencia viene rechazando el efecto directo vertical descendente (véase sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979).

Ahora bien, para que pueda operar el efecto directo de las directivas, es preciso que se cumplan dos requisitos: que la disposición sea incondicional y suficientemente clara y precisa y que haya transcurrido el plazo de transposición (sentencia van Duyn contra Home Office, de 4 de diciembre de 1974). En nuestro caso se cumplen ambos: por un lado, la obligación de que los dos meses intransferibles del permiso parental sean remunerados, es una previsión clara y precisa, que no da lugar a interpretaciones o discusiones. En segundo lugar, según el artículo 20.1 de la Directiva, el plazo de transposición finaliza el día 2 de agosto de 2022, si bien la regulación relativa a la remuneración de las **dos últimas semanas** de los dos meses intransferibles del permiso parental, podrá entrar en vigor, a más tardar, el 2 de agosto de 2024. Dicha fecha ya ha pasado sin que, a día de hoy, el artículo 48 bis ET diga nada al respecto. Por tanto, un particular podrá invocar la Directiva 2019/1158 frente a la administración para solicitar la retribución de las 8 semanas de permiso parental.

Otro concepto interesante es qué ha de entenderse por “Estado” o por “administración” cuando hablamos del efecto directo vertical ascendente. Así, en la sentencia Marshall de 26 de febrero de 1986 (FJ 49), el Tribunal ya había declarado —y en la sentencia Foster, lo repite (FJ 17)— que las Directivas se pueden

invocar frente al Estado “cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario”.

Asimismo, se entiende que este concepto ha de incluir a todas las entidades que ejercen las funciones correspondientes al poder legislativo y el judicial, a los órganos de Gobierno y las Administraciones Públicas Territoriales, tanto a nivel central como regional o local. Asimismo, estarían incluidos los organismos autónomos adscritos a los diferentes Ministerios y las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Por otra parte, la sentencia Marshall califica de administración a estos efectos a autoridades públicas encargadas de garantizar los servicios de sanidad pública. En España, tal sería pues el caso, entre otros, de las entidades gestoras de la Seguridad Social –INSS, IMSERSO...–.

También estaría incluido el sector empresarial en manos del Estado (o empresas públicas), pues en el caso concreto de la sentencia Foster (sentencia de 12 de julio de 1990), BGC (British Gas Corporation) era claramente una empresa pública, encargada de desarrollar y de mantener, en régimen de monopolio, un sistema de distribución del gas en Gran Bretaña.

Resumiendo. Cualquier trabajador/funcionario podrá invocar la Directiva 2019/1158 para solicitar la retribución de las 8 semanas del permiso parental ante la empleadora cuando esta sea

administración en los términos ya expuestos, por lo que será competente para conocer del asunto el orden contencioso-administrativo.

A día de hoy ya hay dos sentencias que reconocen el derecho al permiso parental retribuido. La primera, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Barcelona de 28 de noviembre de 2024 (recurso 332/2024) estima el recurso contra el Ayuntamiento de Barcelona y reconoce al actor el abono de la cuantía correspondiente a los días de disfrute efectivo de permiso parental por importe de 4.000 euros, aplicando el efecto directo de las directivas no transpuestas o incorporadas erróneamente.

Encontramos una interesante explicación sobre qué ha de entenderse por Estado en el Fundamento de Derecho Tercero, pues la magistrada razona que los justiciables pueden invocar disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva no solo frente a un Estado miembro y a todos los órganos de su Administración, sino también frente a organismos o entidades sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con las que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares (sentencia de 6 de septiembre de 2018, Hampshire, C17/17, EU:C:2018:674, apartado 54 y jurisprudencia citada). Recordando que también pueden asimilarse al Estado los organismos o entidades a los que una autoridad ha encomendado ejercer una misión de interés público y que han sido dotados de facultades exorbitantes a tal fin (sentencias de 10 de octubre de 2017, Fa-

rell, C413/15, EU:C:2017:745, apartado 34, y de 6 de septiembre de 2018, Hampshire, C17/17, EU:C:2018:674, apartado 55) (apartado 48).

La segunda sentencia que lo reconoce es la del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Cuenca (recurso 380/2024), que estima el recurso de la solicitante (esta vez frente al Servicio de Salud de Castilla La Mancha) y le reconoce el derecho a ser indemnizada por los daños morales derivados de la privación del permiso, es decir, el salario que hubiera percibido en las cuatro semanas correspondientes al permiso que había solicitado.

Y nosotros, en el orden social, ¿tenemos alguna forma de poder aplicar dicha Directiva? Ya hemos visto que el TJUE rechaza el efecto directo horizontal, por lo que no podríamos acudir a esta vía. ¿Y aplicando el **principio de interpretación conforme**? Este principio hace referencia a un criterio hermenéutico según el cual, de entre los varios sentidos posibles atribuidos a una disposición nacional, el intérprete ha de excluir aquél o aquéllos que no se acomoden a una disposición de la UE. Se trata de un principio de creación jurisprudencial que ya viene reflejado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, asunto Sabine Von Colson y E. Kamann y más concretamente, en la sentencia Marleasing (13 de noviembre de 1990), donde el TJCE declaró que al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la fi-

nalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (apartado 8).

Ahora bien, el principio de interpretación conforme no autoriza una interpretación *contra legem*. Únicamente opera cuando la disposición interna sea susceptible de tener diversas interpretaciones y no todas ellas conformes al Derecho de la UE, en cuyo caso deberán descartarse todas las interpretaciones contrarias al derecho europeo que se pudieran dar a la normativa interna. Sin embargo, si la ley nacional es clara y terminantemente contraria a la norma europea, no cabe interpretación alguna y eso es lo que sucede en el caso estudiado, pues la Directiva recoge que 8 semanas serán retribuidas y la norma nacional no, por lo que hay una clara confrontación con la disposición europea que no puede ser salvada aplicando el principio de interpretación conforme.

Tal y como se informa en el comunicado de prensa de la página Web de la Unión Europea, el 16 de noviembre de 2023 la Comisión Europea decidió llevar a **Bélgica, Irlanda y España** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no haber notificado las medidas nacionales de plena transposición de los derechos de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. A día de hoy, el Gobierno se enfrenta a una sanción económica de nueve millones de euros por no estar cumpliendo con la retribución de este permiso parental de ocho semanas. Veremos qué pasa.