

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1^{er} Trimestre 2016

nº 6

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ Las Prestaciones Familiares, ese 'pariente pobre' de la Seguridad Social

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ La protección legal por desempleo y sus niveles de protección

José Luis Monereo Pérez

- ✦ El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso

Gemma Fabregat Monfort

- ✦ El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal. A vueltas con la prescripción y la caducidad de las prestaciones de seguridad social

Isabel María Villar Cañada

- ✦ El accidente "en misión"

José Eduardo Pérez Madrid

- ✦ Incentivos al empleo, por cuenta propia y ajena, a través de entidades de Economía Social

Francisca María Ferrando García

- ✦ Balance de las reformas en materia de jubilación durante las dos legislaturas de la crisis económica

Francisco Miguel Ortiz González Conde

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ La responsabilidad civil empresarial por accidente laboral en el trabajo temporal. (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015. Rec. 1281/2014)

María José Caballero Pérez

- ✦ El alcance de la "garantía de no responsabilidad" ante el impago de cotizaciones sociales en caso de sucesión de empresas

Belén del Mar López Insua

- ✦ Sobre el dies a quo del plazo de prescripción para el reconocimiento del derecho a un tanto alzado por las lesiones permanentes no invalidantes (a propósito de la STS de 19 de febrero de 2015)

Helena Santor Salcedo

- ✦ El acceso a las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial a tenor de la reciente doctrina judicial (sentencia de 14 abril 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

José Sánchez Pérez

- ✦ Pensión de viudedad y matrimonio polígamo

Miguel Ángel Gómez Salado

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ La regulación legal comparada de la atención sanitaria al parto en Francia, Reino Unido y Alemania

Xosé Manuel Carril Vázquez

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y novedades bibliográficas

Belén del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ✦ Financiarización de la economía mundial y transformación en la calidad del empleo

Santos M. Ruesga, Laura Pérez Ortiz y Manuel Pérez Trujillo

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ RICARDO OYUELOS Y PÉREZ (1865-1943 c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico

José Luis Monereo Pérez



Ediciones
Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1^{er} Trimestre 2016

Nº 6

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU-1085-2014

ISSN: 2387-0370

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



[facebook.com/RevSegSoc](https://www.facebook.com/RevSegSoc)



[@RevSegSoc](https://twitter.com/RevSegSoc)



revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Impreso en España - Printed in Spain

PRESIDENTE:

Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez

Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida

José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel A. Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés

Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba
Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo

Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martín Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Alejandro Slocker Torres
Andrés Trillo García
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado

Juan Gorelli Hernández
Aranzatzu Vicente Palacio

Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL **11**

LAS PRESTACIONES FAMILIARES, ESE ‘PARIENTE POBRE’ DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... **13**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

ESTUDIOS DOCTRINALES **27**

LA PROTECCIÓN LEGAL POR DESEMPLEO Y SUS NIVELES DE PROTECCIÓN..... **29**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA.....29
2. EL ESTADO SOCIAL “ACTIVO” Y LA “ACTIVACIÓN” GARANTISTA DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DEL DESEMPLEO35
3. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA DE CONJUNTO SOBRE EL VIGENTE SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....49
4. BIBLIOGRAFÍA.....55

EL RECARGO POR ACCIDENTE DE TRABAJO EN LAS ENFERMEDADES CONSECUENCIA DEL ACOSO **69**

GEMMA FABREGAT MONFORT

1. INTRODUCCIÓN.....69
2. EL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL69
3. CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO73
4. ACOSO Y FIGURAS AFINES. DELIMITACIÓN79
5. LA SALUD DEL TRABAJADOR COMO INTERÉS JURÍDICO A PROTEGER FRENTE A UNA SITUACIÓN DE ACOSO81
6. LA AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD DEL TRABAJADOR EN UNA SITUACIÓN DE ACOSO: LA CALIFICACIÓN DE LA CONTINGENCIA COMO PROFESIONAL Y EL RECARGO DE PRESTACIONES EN ACCIDENTE DE TRABAJO83
7. A MODO DE CONCLUSIÓN87

EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. A VUELTAS CON LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL..... **89**

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA

1. INTRODUCCIÓN.....89
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA) DE 7 DE JULIO DE 201590
3. CONCLUSIÓN94

EL ACCIDENTE “EN MISIÓN” 95
JOSÉ EDUARDO PÉREZ MADRID

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A 2007 95
2. LA STS DE 6 DE MARZO DE 2007 Y LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA 98
3. CONCEPTUACIÓN Y REQUISITOS..... 101
4. DISTINCIÓN DE OTROS TIPOS DE ACCIDENTE 103
5. CONSIDERACIONES FINALES..... 107

INCENTIVOS AL EMPLEO, POR CUENTA PROPIA Y AJENA, A TRAVÉS DE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL 109
FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

1. INTRODUCCIÓN..... 110
2. AYUDAS AL EMPRENDIMIENTO Y AL AUTOEMPLEO A TRAVÉS DE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL..... 112
3. BREVE REFERENCIA A LAS AYUDAS A LA CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA EN ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL 131
4. CONCLUSIONES..... 134

BALANCE DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN DURANTE LAS DOS LEGISLATURAS DE LA CRISIS ECONÓMICA (2008-2015) AL HILO DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS 135
FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ CONDE

1. INTRODUCCIÓN..... 135
2. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE JUBILACIÓN 136
3. LA ORIENTACIÓN POLÍTICA DE LOS CONSEJOS EUROPEOS..... 138
4. LOS INFORMES DE LAS ESTRATEGIAS NACIONALES Y SUS EVALUACIONES EUROPEAS..... 143
5. LOS ESTUDIOS PROSPECTIVOS ANUALES SOBRE EL CRECIMIENTO EUROPEO Y LOS PROGRAMAS NACIONALES DE REFORMAS 146
6. LA IMPLANTACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN ESPAÑA .. 152
7. CONCLUSIONES..... 156
8. BIBLIOGRAFÍA..... 156

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 159

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL POR ACCIDENTE LABORAL EN EL TRABAJO TEMPORAL. (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2015. REC. 1281/2014)..... 161
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

1. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO 161
2. EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS INVOCADAS EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: TESIS CULPABILISTA *VERSUS* TESIS DE LA RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA 163
3. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO DERIVADA DE ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDADES PROFESIONAL 164
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LAS RELACIONES

LABORALES CONCERTADAS A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	167
5. CONCLUSIONES DE LA STS DE 4 DE MAYO DE 2015 EN RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DEUDORES DE SEGURIDAD	171
6. REFLEXIÓN FINAL	172
EL ALCANCE DE LA “GARANTÍA DE NO RESPONSABILIDAD” ANTE EL IMPAGO DE COTIZACIONES SOCIALES EN CASO DE SUCESIÓN DE EMPRESAS	175
<i>BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA</i>	
1. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO	175
2. ANÁLISIS AL PRONUNCIAMIENTO Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2015.....	177
SOBRE EL DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UN TANTO ALZADO POR LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES (A PROPÓSITO DE LA STS DE 19 DE FEBRERO DE 2015)	187
<i>HELENA SANTOR SALCEDO</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	188
2. LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES Y SU LIMITADO MARCO LEGAL	188
3. EL CONFLICTO INTERPRETATIVO SOBRE EL <i>DIES A QUO</i> DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 8 DE OCTUBRE DE 2103: HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS	190
4. LA DOCTRINA JUDICIAL DE CONTRASTE: EL DIAGNÓSTICO DE LA LESIÓN COMO HECHO CAUSANTE DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN	191
5. LA INTERPRETACIÓN HUMANITARIO-FINALISTA REALIZADA EN LA STS DE 19 DE FEBRERO DE 2015: LA INDETERMINACIÓN DEL <i>DIES A QUO</i> COMO MEDIO DE GARANTIZAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN INDEPENDIEMENTE DEL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE EL DIAGNÓSTICO.....	192
6. LA INTERPRETACIÓN DEL <i>DIES A QUO</i> DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EX ARTÍCULO 1969 CC: EL CRITERIO DEL CONOCIMIENTO POTENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE EJERCER LA ACCIÓN.....	194
7. CONCLUSIONES.....	197
EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL A TENOR DE LA RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL (SENTENCIA DE 14 ABRIL 2015 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA)	199
<i>JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ</i>	
1. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL.....	199
2. LA SENTENCIA, DE 14 ABRIL 2015, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (GRAN SALA) CASO LOURDES CACHALDORA FERNÁNDEZ CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS).....	202

3. CONCLUSIONES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN A TENOR DE LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	206
---	-----

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y MATRIMONIO POLÍGAMO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE 18 JUNIO DE 2015)..... 209

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

1. LA POLIGAMIA Y SUS CONSIDERACIONES INICIALES	209
2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO	211
3. DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: FUNDAMENTOS DE DERECHO	212
4. TRASCENDENCIA DEL FALLO Y CONCLUSIONES.....	214

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 215

LA REGULACIÓN LEGAL COMPARADA DE LA ATENCIÓN SANITARIA AL PARTO EN FRANCIA, REINO UNIDO Y ALEMANIA*..... 217

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

1. MODELOS DIFERENTES DE ATENCIÓN SANITARIA AL PARTO	217
2. FRANCIA	219
3. REINO UNIDO	225
4. ALEMANIA.....	230
5. EL DERECHO HUMANO DE LA MUJER EMBARAZADA A ELEGIR LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE DESEA SER MADRE Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS EN LA REGULACIÓN DE ESTA CUESTIÓN CUANDO SE TRATA DEL PARTO EN CASA, SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	232
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA	235

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 237

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. -LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 31-10-2015).....	239
2. -PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO.- LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-10-15).....	241
3. -CONVENIOS ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL.- ORDEN ESS/2119/2015, DE 8 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PLAZO EXCEPCIONAL PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PREVISTO EN LA ORDEN TAS/2865/2003, DE 13 DE OCTUBRE, POR PARTE DE LOS CÓNYUGES O PAREJAS DE HECHO DEL PERSONAL FUNCIONARIO O LABORAL DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO (BOE 15-10-2015)	244
4. -PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL SECTOR MARÍTIMO-PESQUERO.- LEY 47/2015, DE 21 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL SECTOR MARÍTIMO-PESQUERO (BOE 22-10-2015).....	244
5. -TRABAJADORES DEL MAR.- ORDEN PRE/2315/2015, DE 3 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA EL CONTENIDO DE LOS BOTIQUINES QUE DEBEN	

LLEVAR A BORDO LOS BUQUES SEGÚN LO ESTABLECIDO POR EL REAL DECRETO 258/1999, DE 12 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ESTABLECEN CONDICIONES MÍNIMAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA ASISTENCIA MÉDICA DE LOS TRABAJADORES DEL MAR (BOE 5-11-2015).....	246
6. -MINERÍA.- ORDEN ESS/2009/2015, DE 24 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2015 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN (BOE 2-10-2015).....	246
7. -RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECEN PLAZOS ESPECIALES PARA EL INGRESO DE LAS DIFERENCIAS RESULTANTES DE LA APLICACIÓN DE LA ORDEN ESS/2009/2015, DE 24 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2015 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN (BOE 16-10-2015).....	246
8. -PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.- REAL DECRETO 899/2015, DE 9 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN (BOE 10-10-2015).	247
9. -REAL DECRETO 901/2015, DE 9 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 843/2011, DE 17 DE JUNIO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS BÁSICOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE RECURSOS PARA DESARROLLAR LA ACTIVIDAD SANITARIA DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN (BOE 10-10-2015).....	247
10. -ORDEN ESS/2259/2015, DE 22 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN TIN/2504/2010, DE 20 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, EN LO REFERIDO A LA ACREDITACIÓN DE ENTIDADES ESPECIALIZADAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN, MEMORIA DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS Y AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAS EMPRESAS (BOE 30-10-2015).....	248
11. -REAL DECRETO 840/2015, DE 21 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE CONTROL DE LOS RIESGOS INHERENTES A LOS ACCIDENTES GRAVES EN LOS QUE INTERVENGAN SUSTANCIAS PELIGROSAS (BOE 20-10-2015).....	248
12. -RD 1087/2015, DE 4 DE DICIEMBRE, SOBRE PROCEDIMIENTO, CONDICIONES Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO DERIVADO DE SU INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 11-12-2015).....	249
13. -REAL DECRETO 1150/2015, DE 18 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1299/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SE ESTABLECEN CRITERIOS PARA SU NOTIFICACIÓN Y REGISTRO (BOE 19-12-2015)	249
14. -REAL DECRETO 1170/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, SOBRE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS PARA EL EJERCICIO 2016 (BOE 30-12-2015)	250

15. -RESOLUCIÓN 4B0/38198/2015, DE 21 DE DICIEMBRE, DEL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, POR LA QUE SE ACTUALIZA EL ANEXO 1 DE LA RESOLUCIÓN 4B0/38008/2014, DE 15 DE ENERO, SOBRE CARTERA DE SERVICIOS DE ASISTENCIA SANITARIA DEL ISFAS (BOE 30-12-2015) 250

16. -REAL DECRETO 1169/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, SOBRE REVALORIZACIÓN Y COMPLEMENTOS DE PENSIONES DE CLASES PASIVAS PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-12-2015) 251

17. -RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 25 DE JUNIO DE 2013, SOBRE RETRIBUCIONES EN LOS CASOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL, PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EN EL ÁMBITO TERRITORIAL GESTIONADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA (BOE 31-12-2015) 251

18. -RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 25 DE JUNIO DE 2013, SOBRE RETRIBUCIONES EN LOS CASOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES (BOE 31-12-2015) 252

19. -EMPLEO.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE EMPLEO (BOE 24-10-15)..... 252

20. -ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (BOE 24-10-15)..... 252

21. -TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.- LEY 43/2015, DE 9 DE OCTUBRE, DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL (BOE 10-10-15) 253

22. -ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (BOE 2-10-15) 254

23. -ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (BOE 31-10-15)..... 254

24. -SECTOR PÚBLICO. RÉGIMEN JURÍDICO.- LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (BOE 2-10-15)..... 254

25. -REAL DECRETO 1171/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE FIJA EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA 2016 (BOE 30-12-15) 254

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **257**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL..... 259

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) 259

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 262

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 263

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)..... 263

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 263

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	266
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES	276
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA	277
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)	277
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	278
1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	278
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	279
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)	280
4. RECENSIONES	280
ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL	283
FINANCIARIZACIÓN DE LA ECONOMÍA MUNDIAL Y TRANSFORMACIÓN EN LA CALIDAD DEL EMPLEO	285
<i>SANTOS M. RUESGA</i>	
<i>LAURA PÉREZ ORTIZ</i>	
<i>MANUEL PÉREZ TRUJILLO</i>	
1. DEFINIENDO FINANCIARIZACIÓN	286
2. EL CONTEXTO DE LA FINANCIARIZACIÓN	286
3. FINANCIARIZACIÓN Y EMPLEO	290
4. UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA A LA RELACIÓN FINANCIARIZACIÓN-EMPLEO	295
5. REFLEXIONES FINALES	298
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	299
CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	303
RICARDO OYUELOS Y PÉREZ (1865-1943 C.): POLÍTICA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL SOCIALISMO JURÍDICO	305
<i>JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ</i>	

Editorial

Laborem

Las prestaciones familiares, ese ‘pariente pobre’ de la Seguridad Social

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

«Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»

(Artículo. 39.1 de la
Constitución Española)

«La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»

(Artículo 16.3 de la Declaración
Universal de los Derechos
Humanos)

«Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social»

(Artículo 33.1 de la Carta de
Derechos Fundamentales de la
Unión Europea)

Las grandes Declaraciones y Cartas de Derechos y las propias Constituciones de los Estados más avanzados de la Unión Europea realzan la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección social de la familia. Para llevar a cabo estos mandatos los poderes públicos han de adoptar un punto de vista integral; una política de protección familiar, como institución que abarca a un conjunto de personas, que comprenda –para ser creíble y efectiva– medidas sociales (laborales, de Seguridad Social, de Asistencia Social...), económicas, fiscales, de vivienda y de carácter jurídico en un sentido omnicompreensivo. En este cuadro más amplio, el sistema de Seguridad Social ha tratado de asumir esta tarea, pero ha de hacerlo atendiendo a los cambios que se han producido respecto a la concepción de la familia y a la “diversidad” y “pluralización” de las familias y, por tanto, atendiendo a la necesidad de articular distintas políticas –en plural– familiares en orden a su protección dentro de la lógica de la Seguridad Social. Es necesario advertir, ya inicialmente, que estos

textos fundamentales no definen un modelo específico de familia que ha de ser protegida y una simple aproximación a la realidad social muestra que existen diversos “modelos” de familia que obedecen a la emergencia de nuevas realidades familiares que sobrepasan la definición de la “familia tradicional”, decididamente en crisis. Esto remite al concepto de familia protegida. Estos instrumentos fundamentales no deberían impedir realizar una interpretación amnicomprensiva de lo que se entienda por familia en cada momento histórico en el marco de la comunidad jurídica. Así, resulta hartamente significativo que nuestro Tribunal Constitucional haya sentado desde hace tiempo la doctrina de que “la Constitución no protege solo a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como *realidad social*, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja” (STC 47/1993). La indefinición constitucional sobre el tipo y modelo de familia que ha de ser protegida permite hacer una llamada a las cambiantes conformaciones de la institución familiar en sociedades en continua transformación de sus agregados sociales.

Cuando se habla de protección social a la familia parece que se alude o se hace casi siempre en relación a dos grandes medidas, aquellas que se dirigen a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y aquellas otras que pretenden atender o paliar el exceso de gastos que suponen las cargas familiares, considerando como estas las decir tener hijos a cargo. La protección social pública se articula en torno a fórmulas muy heterogéneas y complejas en su articulación. Unas están dentro del sistema de seguridad social y otras fuera. A su vez las que están dentro del Sistema de Seguridad Social pueden distinguirse aquellas que se consideran como las propias “prestaciones familiares” (directas¹ e indirectas, según que la “carga económica familiar” sea o no el objeto neurálgico de la protección conferida a la familia) y aquellas otras que directa o indirectamente están relacionadas con la familia. La Seguridad Social trata de proteger a la familia en diversos ámbitos y a través de distintas técnicas, y a menudo haciendo reclamo de una noción de familia variable e instrumental (“estipulativo”) en función de la finalidad específica pretendida y de las prestaciones que se dispensan. El conjunto de las prestaciones familiares ha tenido tradicionalmente un espacio residual en el sistema de Seguridad, pero en los últimos años se ha prestado una mayor atención a las mismas del cual es exponente la proliferación legislativa (RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad y reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social; el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, regulador de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; La LO 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social...). Ello sin perjuicio de las manifiestas insuficiencias que se aprecian, sobre todo en términos de calidad o intensidad de la protección dispensada.

¹ El art. 42.1 (Acción protectora del sistema de la Seguridad Social) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que “La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: (...) d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva”. Cfr. Capítulo XV. Protección a la familia del Título II. CAPÍTULO I. Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, del TÍTULO VI. Prestaciones no contributivas.

SEGURIDAD SOCIAL	Prestaciones Familiares	No económicas	Consideración de períodos no cotizados como de cotización efectiva
		Económicas	Por nacimiento o adopción de hijos
			Por hijo o menor acogido a cargo
	Otras prestaciones relacionadas con la familia	Maternidad	
		Paternidad	
		Cuidado de hijo enfermo grave	
		Riesgo durante el embarazo	
		Riesgos durante la lactancia natural	
		Supervivencia (viudedad, orfandad y favor familiares)	
		Desempleo asistencial	
	Singularidades en el encuadramiento de los trabajadores familiares		
	Bonificaciones y/o reducciones en la cotización		
	Complementos a las pensiones	Mínimos de las pensiones	
Por contribución demográfica			
Ficciones en la cotización: por parto, por cuidados a hijos o familiares.			

Junto a ellas y fuera de la Seguridad Social pueden observarse también medidas de atención a la familia:

a) En el terreno de la fiscalidad (singularmente en el IRPF).

BENEFICIOS FISCALES	IRPF
	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
	Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
	Impuesto especial sobre determinados medios de Transporte
	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
	Impuesto sobre Sociedades

b) En el ámbito de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN LABORAL	Permisos por: maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, cuidados de hijo enfermo grave, reducción de jornada, excedencias.
	Ayudas en materia de empleo

c) Otras medidas.

FAMILIAS NUMEROSAS Y MONOPARENTALES	Reconocimiento y beneficios establecidos para las familias numerosas
	Tratamiento singular de las familias monoparentales en las prestaciones de Seguridad Social y en su fiscalidad
SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA	Prestaciones sociales del sistema público de servicios sociales a familias
	Ayudas a familias en situación de dependencia
OTRAS AYUDAS PÚBLICAS	Ayudas en caso de impago de pensiones en situaciones de separación o divorcio
	Becas y ayudas
	Ayudas en materia de vivienda
	Ayudas a los afectados por virus de la hepatitis C o VIH
	Actividades de cultura, deporte o turismo para familias

Este complejo y amplio cuadro de prestaciones en favor de la familia resulta de difícil conocimiento para los interesados y además tiene una compleja articulación por la concurrencia de múltiples administraciones en su dispensación con dispares intereses y posibilidades. Y así puede verse que las prestaciones que giran en torno a la familia pueden ser reconocidas y gestionadas por:

ESTADO					
MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL		SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD	MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	OTROS MINISTERIOS	
Legislación Social Básica (permisos, excedencias, familias numerosas, etc.)	Seguridad Social (maternidad, paternidad, prestaciones familiares, etc.)	Movimientos Asociativos, Plan concertado de Servicios Sociales, etc.	Beneficios fiscales	Becas (M. Educación, Cultura y Deporte), Plan Estatal de Viviendas (Ministerio de Fomento)	
COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS					
Consejerías de Familia, Servicios Sociales, de Bienestar Social, ...					
Servicios Sociales Autonómicos	Beneficios fiscales autonómicos	Familias Numerosas. Títulos	Programas de orientación, mediación, violencia familiar		
DIPUTACIONES Y AYUNTAMIENTOS					
Programas de apoyo a familias	Servicios de Atención a la infancia	Centros de Servicios Sociales	Comedores Escolares		

Es necesario destacar que el Sistema de Seguridad Social contiene, casi desde sus orígenes en los Seguros Sociales, una rama de protección social, aunque incompleta y muy deficiente, a diferencia de otras experiencias como la francesa, que presupone el entendimiento de la familia como una contingencia social. Esto es, como un evento incierto y aleatorio desde un punto de vista personal, no así social, determinante de situaciones de necesidad a proteger mediante prestaciones específicas orientadas a proporcionar rentas suplementarias para afrontar las «cargas familiares». No es ajena a esta idea la teorización que en aquella época se hizo del llamado «salario familiar» (o «salario alimenticio»), prontamente abandonada y sustituida precisamente por esta prestación social. El respaldo constitucional de estas prestaciones se encuentra hoy día en el artículo 39 CE, que encomienda a los Poderes públicos «la protección social, económica y jurídica de la familia». Así, al margen de las obligaciones privadas que el Código Civil impone a los padres, respecto al cuidado y protección de los hijos, o a los cónyuges respecto al socorro mutuo, o al derecho de alimentos entre parientes, así como de los eventuales fondos o ayudas previstas en las empresas para la «acción social» destinada a contribuir al sostenimiento de las «cargas familiares», la Seguridad Social –en conjunción con otras medidas quizás de mayor calado, como las «ayudas fiscales»– extiende el ámbito de la acción solidaria a este ámbito privado.

Es así que la familia se considera de esta forma como una realidad socioeconómica objeto de protección, y las obligaciones privadas esencialmente atribuidas al «cabeza de familia» pasan a socializarse, esto es, a ser asumidas por el conjunto de la comunidad. Desde esta óptica la familia no se contempla tanto en el sentido tradicional e individualizado de unidad de convivencia generada por lazos de parentesco, sino desde su consideración como un bien social digno de protección por los Poderes públicos. El fundamento constitucional de la protección de la familia no entra necesariamente en contradicción con otras razones –sociales y económicas– que contribuyen a seguir aceptando –con mayor o menor acierto– que resulta útil mantener y fomentar tal protección. La protección a la familia cuenta con una honda tradición en las legislaciones sociales europeas, que han visto cómo se superaba la vieja consideración mutualista como riesgo familiar para pasar a un entendimiento más moderno como complejo de situaciones de necesidad. No obstante, su alcance y nivel de protección resultan muy diferentes en cada una de ellas, ocupando uno de los escalones más bajo la española –el origen se sitúa en el subsidio familiar para los trabajadores por cuenta ajena por la Ley de 18 de julio de 1938, que contemplaba prestaciones básicas y complementarias (subsidijs, premios y pluses) de cierto alcance, gestionado por el extinto INP–. En nuestro país la evolución de la protección familiar ha estado condicionada por la ideología del régimen político que la vio nacer, lo que puede explicar algunos de los cambios normativos, si bien desde la LSS de 1966 la regulación ha permanecido sustancialmente inmodificada hasta el año 2000, con la salvedad de la reforma universalizadora de la protección producida por la Ley 26/1990. Pero, en todo caso, más llamativo que esta inmovilidad normativa –que se ha puesto de relieve igualmente en la continuidad de la Ley de Protección de Familias Numerosas de 1971, por completo obsoleta social y normativamente, hasta el 2003–, en un cuarto de siglo, es la escasísima cuantía prestacional que ha venido padeciendo en este mismo período.

Dicha constatación evidencia nítidamente que, al margen de los discursos oficiales, esta rama no es ninguna prioridad. Esta congelación, cuando no sencillamente regresión, que experimenta este ámbito de protección en nuestro país, sin que las reformas de 1990 y 2000 puedan hacer variar el juicio global, no responde tanto a la permanente presión que supone la contención del gasto social –el máximo recorte se produjo con la reforma operada por la Ley 26/1985, que suprimió la práctica totalidad de las prestaciones de protección a la familia–, sino también y sobre todo al convencimiento de que la protección de la familia, cualquiera que sea su modalidad, se alcanza más eficazmente por otras vías, como otras son las vías para alcanzar la conciliación de la vida laboral y familiar que presupone el derecho a vivir en familia. El favor por las ayudas fiscales, el recurso a medidas de carácter laboral para conciliar la vida laboral y familiar, la apuesta por servicios de guardería..., entre otras muchas vías, así lo pondrían de manifiesto. Exponente de este carácter marginal es el dato normativo de que no hubo ninguna referencia específica en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La situación no mejora cuando una de las ayudas más criticadas, pero bienvenidas en su momento, la introducida por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, conocida coloquialmente como «cheque bebé» y consistente en la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo, fue suprimida con efectos de 1 de enero de 2011 por el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para reducir el déficit público. En conjunto, una dispersa, obsoleta e ineficaz situación que tampoco ha mejorado significativamente con las reformas introducidas en las prestaciones no directamente económicas del cuidado de familiares, con la modificación del art. 237 LGSS. Seguiremos, pues, con la asignatura pendiente.

La vigente regulación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social permite extraer para el régimen básico de prestaciones un conjunto encadenado de rasgos configuradores (Monereo, Molina y Quesada):

- Pese a la tímida ampliación a otros familiares (art. 237 LGSS en relación con los arts. 46.3 del ET y 29.4 de la Ley 30/1984, para los funcionarios), la protección abarca todavía un ámbito familiar limitado, pues atiende básicamente a la atención y cuidado de los hijos a cargo del beneficiario.
- Carácter matizadamente progresivo y redistributivo, ya que las cuantías –ayuda familiar y prestación por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos– son uniformes para todos los beneficiarios en el supuesto general –hijo a cargo menor de dieciocho años, sin más–, pero se transforman en variables cuando concurren determinados criterios que evidencian mayores situaciones de necesidad para la unidad familiar –número de hijos a cargo y grado de minusvalía del sujeto causante–.
- Su carácter *asistencial* más que *universal*, ya que se reducen a la mínima expresión las prestaciones contributivas y se refuerzan las prestaciones no contributivas a favor de todos los residentes legales, pero sigue siendo determinante la acreditación de la situación de necesidad –salvo la prestación por parto o adopción múltiple–.
- Su carácter *marginal*, ya que se trata de prestaciones de muy escasa incidencia en las economías familiares; de ahí su intrascendencia práctica, que no se ha visto ni tan siquiera paliada –quizás, en algún aspecto, incluso al contrario– por la reforma introducida en 2003. De ahí que urja o bien su revisión y adecuación correspondiente a fin de que la protección dispensada sea efectiva, o bien su sustitución por otras medidas en las que la ayuda familiar vaya dirigida a la prestación de servicios sociales quizá más útiles a la familia y más coherentes con el momento actual.
- Su carácter *subjetivamente especializado o selectivo*, ya que las reformas recientes tienden a reducir su carácter de ayuda indiscriminada en atención a las cargas derivadas de la atención y cuidado de los hijos menores, al ser una medida más dirigida a las personas con minusvalía.
- La totalidad de las asignaciones económicas por hijo a cargo tiene *naturaleza no contributiva*; de ahí que en la modalidad contributiva ya no se contemple ninguna prestación económica directa y específica.
- Sigue adoleciendo de *una función estrechamente protectora* de una situación de necesidad incentivadora o de fomento de la familia.
- Se aplica en todos los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social – reforma introducida por el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público–.

Centrándonos en este ámbito de las medidas de Seguridad Social, quizás el problema mayor que han tenido que hacer frente las prestaciones familiares es su “*mala prensa*” o por un erróneo sentido peyorativo que ha girado en torno a las mismas. Su recuerdo a las viejas políticas familiares del anterior régimen político es quizás la causa por la que a partir de los años 80 le fueron llevando a su postergación y cuasi *olvido*. En realidad la visión que parece que se tenía de las prestaciones familiares no era otra que aquella que proclamaba la Ley de 13 de julio de 1938, de Subsidios Familiares,

“Es consigna rigurosa de nuestra Revolución elevar y fortalecer la familia en su tradición cristiana, sociedad natural perfecta y cimienta de la Nación. En cumplimiento de la anterior misión ha de otorgarse al trabajador –sin perjuicio del salario justo y remunerador de su esfuerzo –la cantidad de bienes indispensables para que aunque su prole sea numerosa –y así lo exige la Patria– no se rompa el equilibrio económico de su hogar y llegue la miseria, obligando a la madre a buscar en la fábrica o taller un salario con el que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándola de su función suprema e insustituible que es la de preparar sus hijos, arma y base de la Nación, en su doble aspecto espiritual y material. Para conseguir esta protección económica, se estima como medio más hábil y eficaz y menos complicado y oneroso el Régimen de Subsidios Familiares, que la declaración III del Fuero del Trabajo prometía y que esta Ley cumple” (Exposición de Motivos).

Para comprender la situación actual y las propuestas o ideas de futuro que se vienen planteando desde diversos frentes como el “*Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017*”, aprobado por el Consejo de Ministros del 14 de mayo de 2015, parece oportuno hacer un breve recordatorio de cómo nuestro sistema de Seguridad Social se ha ocupado de la protección a la Familia.

Nuestro sistema parte de dotar protección a la familia, básicamente, en atención a la situación de necesidad a cubrir. Por un lado, a la familia se le protege de una forma indirecta cuando la situación a necesidad atender es la pérdida o defecto de ingresos, que puede venir motivada por la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de hijo enfermo grave; o bien la supervivencia de determinados familiares al sujeto causante como la viudedad, orfandad y favor familiares. También la situación familiar se toma en consideración para facilitar la cobertura de carreras de seguro, incremento de las prestaciones económicas causadas en atención a la familia (complementos a mínimos de las pensiones, incremento de su cuantía, acceso a subsidios de desempleo, cuantía de las prestaciones económicas de desempleo...). En estos casos, que podríamos decir de protección indirecta, no debe olvidarse –por su trascendencia– que el sujeto causante es el trabajador (el sujeto afiliado y en alta en Seguridad Social) y que el beneficiario, unas veces es el sujeto causante y otras el familiar (en el caso de las prestaciones ligadas al hecho causante de la muerte).

Por su parte la protección directa a la familia se hacía –inicialmente– sobre la base de atender o pretender cubrir el exceso de gastos que suponen las cargas familiares, considerando como tales tener hijos o cónyuge a cargo, así como el contraer matrimonio y el nacimiento de hijos. Para reparar este exceso de gastos se establecieron unas prestaciones de pago periódico (asignación por cada hijo y asignación por esposa o marido incapacitado) y otras de pago único (al contraer matrimonio y al nacimiento de cada hijo)². Un punto de

² Arts. 167 a 171 del Decreto 907/1966, 21 abril, texto articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social. Su desarrollo reglamentario se llevó a cabo por Orden de 28-12-1966, con modificaciones posteriores elevando la cuantía de las prestaciones por Decreto 55/1971, de 9 enero. La Ley 193/1963, de 28 diciembre, de Bases de la Seguridad Social, Base 11, además previa la revisión del sistema de protección a las familias numerosas, estableciendo desgravaciones fiscales, bonificaciones en matrículas en centros docentes, becas, derecho preferente a la formación profesional, reducciones en los transportes, créditos sociales, prioridad en la adjudicación de viviendas construidas por el Estado y cualesquiera otra similares de tipo social que contribuyan a su protección. Además preveía: una protección especial a familias con hijos subnormales; preferencia formativa a los huérfanos menores de 18 años de trabajadores (...)

inflexión lo marcaría la Ley 26/1985, 31 julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad Social, cuyo artículo quinto bajo la rúbrica “*Reordenación de prestaciones económicas*” vendría a establecer que las prestaciones económicas de protección a la familia, “*comprenderían exclusivamente las asignaciones periódicas por hijos a cargo, legal o reglamentariamente establecidas*”, indicando que se establecería una nueva cuantía de la asignación económica mensual con los recursos económicos que se liberaran, pudiendo destinarse ese incremento a determinados colectivos. Y este será el inicio de la asistencialización de la protección familiar, ya que el RD 2364/1985, de 18 de diciembre, de desarrollo de dicho precepto estableció un complemento por hijo a cargo a la prestación familiar destinado exclusivamente a los pensionistas con pensiones mínimas, a los perceptores de prestaciones económicas de subsidio por desempleo y a los desempleados que hubieren agotado las prestaciones económicas por desempleo y solo estuvieren disfrutando de las prestaciones médico farmacéuticas, manteniéndose para el resto de beneficiarios de la protección familiar la misma cuantía que existía antes de la reforma³. La protección familiar seguiría así hasta 1990, que con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, vendría a darle una nueva configuración, claramente no contributiva –respecto a las prestaciones económicas– que básicamente en su diseño es la que ha llegado hasta ahora⁴. Su desarrollo reglamentario se llevaría a cabo por RD 356/1991, de 15 de marzo, que estaría vigente⁵ hasta la aprobación y entrada en vigor del RD 1335/2005, de 11 de noviembre. El texto refundido de la LGSS de 1994⁶ distinguirá claramente los dos niveles en que se mueven las “*Prestaciones Familiares por hijo a cargo*”, el contributivo, mediante la consideración como cotizado efectivamente determinado período de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijo; y el no contributivo la asignación económica por hijo a cargo. Tras diversas reformas, tanto en el nivel contributivo (ampliación de los supuestos en que se pueden computar períodos de cotización ficticia por

murtos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en acciones formativas por todo tipo de centros e instituciones públicas; y al convocatoria anual de premios nacionales y provinciales de natalidad.

La Ley 25/1971, de 19 de junio, vino a regular la protección a las familias numerosas.

³ La cuantía de la prestación por hijo a cargo era de 250 pesetas y el complemento de 1.050 pesetas.

⁴ La Exposición de Motivos de la Ley venía a decir que: “*Por otra parte, la Ley modifica sustancialmente las prestaciones familiares por hijos a cargo, del Sistema de la Seguridad Social, al establecer una modalidad no contributiva de estas prestaciones, que alcanza a todos aquellos ciudadanos, hasta ahora excluidos de ellas, por no estar comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social. Asimismo, y dentro de la modalidad contributiva, se extiende el derecho a estas prestaciones al Régimen Especial de Autónomos que, hasta ahora, no recibía prestaciones periódicas por hijo. Con todo ello, se universaliza el derecho a las asignaciones económicas por hijo a cargo.*”

La generalización de las prestaciones por hijos a favor de todos los ciudadanos se conjuga con un criterio redistributivo, que se concreta en el establecimiento de unos niveles máximos de ingresos para acceder a dichas prestaciones; al mismo tiempo se procede a una elevación de la cuantía de las asignaciones, multiplicando por doce sus importes actuales, y se fija una mayor cuantía para las correspondientes por hijos con un grado de minusvalía no inferior al treinta por ciento.

La Ley establece unas nuevas prestaciones por hijos a cargo, mayores de dieciocho años y con una minusvalía no inferior al sesenta y cinco por ciento, grado que les hace depender totalmente de sus padres. Estas prestaciones, de mayor importe que las anteriormente señaladas, no se condicionan al nivel de ingresos de los beneficiarios.

Otra novedad importante, entre las prestaciones por hijo a cargo, es la equiparación del tiempo de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijo, a periodo de cotización efectiva a la Seguridad Social, de forma que los trabajadores, que hagan uso del derecho a la citada excedencia, no vean interrumpida su carrera de seguro, completándose así la protección dispensada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁵ Modificado en su articulado por RR.DD 6/1993, de 8 enero y 2319/1993, de 29 de diciembre.

⁶ Modificado por Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

excedencia para el cuidado de hijos o familiares); o en el nivel no contributivo, con la incorporación de otros supuestos que se han considerado merecedores de protección, básicamente retomando prestaciones que habían sido deshechadas, como prestaciones de pago único por nacimiento o adopción de hijo o por parto o adopción múltiple⁷, debido a la baja o nula natalidad de nuestro país, llegamos a la situación actual en que las prestaciones denominadas familiares presentan dos modalidades:

A) Contributiva:

De carácter no económico y que consiste en la ficción de tener por cotizados a efectos de prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, determinados períodos de tiempo por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares

B) No Contributiva

Prestaciones económicas de pago periódico o único.

- Por hijo o menor acogido o a cargo.
- Por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- Por parto o adopción múltiple

Son estas las Prestaciones Familiares que podríamos calificarlas como “propias” o directas. Por otro lado téngase en cuenta que a diferencias de las anteriormente señaladas, aquí el sujeto causante es el hijo y el beneficiario es el progenitor.

Quizás una de las primeras impresiones que se obtiene de todo lo noticiado es que nuestro sistema de Seguridad Social, que es básicamente contributivo, en orden a la protección familiar se ha construido y en parte así se mantiene, sobre la base de la familia que podríamos denominar tradicional, de un matrimonio duradero con hijos. Que además tiene la rémora de que es la mujer la que preponderantemente tiene el papel o rol de atender al cuidado de los hijos y/o de otros familiares y que probablemente no trabaja. Y bajo este punto de partida también se organizan las medidas de protección a la familia que podríamos denominar indirectas, como los incrementos o complementos de pensiones o subsidios, la pensión de viudedad, favor familiares, etc.

El problema es que la situación actual no es la misma que en 1967 cuando nuestro sistema de Seguridad Social empezó a caminar, pues:

- a) El matrimonio ni es, ni se considera ya indisoluble.
- b) El matrimonio no es la única forma de familia. Hoy a que contar con matrimonios del mismo sexo, familias monoparentales por voluntad propia o de forma involuntaria (fallecimiento, divorcios, separaciones,...), uniones de hecho formales e informales; nuevas familias procedentes de matrimonios disueltos o separados,..., etcétera.

⁷ Ver RD 1368/2000, de 19 julio y Ley 35/2007, de 15 de noviembre. También debe tenerse en cuenta la incidencia de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Familias Numerosas y La Orden FOM/3887/2006, de 28 noviembre.

- c) Las nuevas formas de maternidad y/o paternidad. Ya no podemos mantener que está sea la derivada de la gestación propia o la adopción, sino que habrá que atender a la maternidad por gestación.
- d) La incorporación masiva de la mujer al trabajo.
- e) El descenso alarmante de la natalidad que tiene múltiples motivos pero uno de ellos a destacar: la valoración de las ventajas e inconvenientes que presenta tener hijos (por los costes que ello comporta, por las limitaciones profesionales que lleva aparejada una crianza responsable, etc.) y frente al que es muy difícil responder.
- f) Etcétera.

¿Y cómo se actúa desde la Seguridad Social⁸? Se comprobará fácilmente que la respuesta de la Seguridad –no obstante ciertos progresos al respecto– continúa siendo de configurar a esta rama de protección como de carácter residual y deficiente calidad protectora. Un factor explicativo de ello –y que aquí no se puede entrar por razones de espacio– tiene que ver con la instrumentalización retórica de este ámbito de protección y con el accidentado proceso de construcción y desarrollo de la protección familiar en la Seguridad Social de nuestro país. Si podría decirse que existe una convicción bastante generalizada de que sería necesaria una reforma integral de la protección familiar que afronte la solución a los problemas planteadas por los cambios de las estructuras familiares y otorgando prestaciones dignas a la diversidad de situaciones de necesidad que se aprecian en la realidad social. Por lo demás, la protección conferida por la Seguridad debe insertarse en una política de familia integral, no aislada de las restantes medidas que deben ser adoptadas en otros planos y desde otros ámbitos (económico, fiscal, educativo, etc.). Pero todo sistema de protección social pública exige de recursos económico y es harto significativo que España destina a la protección social un gasto en términos de conjunto inferior a la media europea y desde luego sensiblemente inferior a los países europeos de referencia comparables con el nuestro por el nivel de desarrollo.

En efecto, la Seguridad Social simplemente ofreciendo:

- a) Una ridícula prestación económica por hijo a cargo, pero limitada por los ingresos de la unidad familiar que no pueden superar los 11.576,83 euros año (para 2016)⁹ y cuya cuantía en el mejor de los casos alcanzará los 291 euros al año, o lo que es lo mismo 24,25 euros al mes¹⁰. Cantidad que si la comparamos con los países de nuestro entorno resulta vergonzante.

⁸ Otra ayuda económica directa a las familias es la denominada “paga de los 100 euros al mes”, si bien se trata de una ayuda fiscal limitada a las madres con trabajo remunerado.

⁹ Salvo que se tenga la condición de familia numerosa en cuyo caso será de 17.423,84 euros/año, incrementándose 2.822,18 euros por cada hijo a partir del cuarto, este incluido.

¹⁰ Salvo que el menor tenga una discapacidad en cuyo caso: a) si es menor de edad y la discapacidad alcanza el 33% será de 1.000 euros al año; b) si es mayor de 18 y la discapacidad es igual o superior al 65% será de 4.414,80 euros al año; y si supera el 75% se elevará a 6.622,80 euros. Esta cantidad se han mantenido congelada desde el año 2000. Si comparásemos la situación a 1971 del SMI vigente en aquella fecha y el actual con las prestaciones familiares por cónyuge e hijo a cargo podríamos ver fácilmente que una familia integrada por los cónyuges y un hijo percibían 650 (400 pesetas por cónyuge y 250 pesetas por hijo pesetas), lo que representaba un 13,88 del SMI (o del 5,34% si solo percibía prestación por hijo) por protección familiar y ahora perciben solamente 24,25 euros mensuales lo que representa un 3,7% del SMI mensual.

PRESTACIONES ECONÓMICAS POR HIJO A CARGO EN LA UE (EUROS/MES) ¹¹				
PAÍS	PRIMER HIJO	SEGUNDO HIJO	TERCER HIJO	CUARTO HIJO
Luxemburgo	216	286	393	484
Francia	<i>Sist. APJE</i>	153	357	542
Bélgica	112	208	290	290
Alemania	184	184	190	215
Austria	131	144	202	217
Suecia	118	135	169	232
Chipre	37	50	194	321
Finlandia	104	115	147	168
Irlanda	130	130	130	130
Dinamarca	129	129	129	129
Reino Unido	107	71	71	71
Países Bajos	78	78	78	78
Hungría	41	49	72	54
Malta	45	45	45	45
Estonia	10	10	77	77
Italia	22	34	50	65
Grecia	8	25	55	67
Portugal	34	34	34	34
Croacia	33	33	33	33
Eslovenia	26	29	35	35
España	24,25	24,25	24,25	24,25
Eslovaquia	24	24	24	24
Polonia	24	24	24	24
República	22	22	22	22
Bulgaria	20	27	20	20
Rumanía	18	18	18	18
Lituania	19	19	16	16
Letonia	11	11	11	11

- b) Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple, que oscila entre cuatro veces el SMI (para 2 hijos nacidos o adoptados), 8 veces el SMI (para 3 hijos nacidos o adoptados) y 12 veces el SMI (para 4 o más hijos nacidos o adoptados).
- c) Una prestación económica de pago único por parto o adopción en supuestos de familias numerosas, monoparentales y madres discapacitadas, por importe de 1.000 euros con límite de ingresos para su acceso.

Como antes se indicó el Consejo de Ministros aprobó en fecha 14 de mayo de 2015 un Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017¹². Los principios y objetivos del Plan son:

¹¹ Fuente: Informe sobre “La protección social de la Familia en España en 2015”, Instituto de Política Familiar. www.ipfe.org, los datos de los países de la UE son a 2014.

¹² El Plan puede consultarse en www.msssi.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.

Véanse también propuestas interesantes sobre medidas favorecedoras de la familia en www.ipfe.org, “La protección Social de la Familia en España”, 2015; también el estudio de MEIL LANDWERLIN, G. (dir.): “Hacia un nuevo modelo (...)”

1. Desarrollar los principios rectores que deberán regir las actuaciones en materia de familia.
2. Avanzar en la protección social, jurídica y económica de las familias.
3. Afrontar los retos sociodemográficos relacionados con el envejecimiento y la baja natalidad. Apoyar la maternidad.
4. Garantizar la sostenibilidad y cohesión social mediante el apoyo a las familias.
5. Favorecer la solidaridad intergeneracional e intrafamiliar.
6. Ayudar a construir una sociedad amable con las familias.
7. Ofrecer apoyo preferente a familias que se encuentren en situaciones especiales.
8. Erradicar las desigualdades que tienen su origen en la situación familiar.
9. Avanzar en un mayor conocimiento de la familia como institución clave para la cohesión social.
10. Evaluación de resultados e impacto de las políticas de apoyo a las familias.

Y presenta para ello las siguientes líneas estratégicas de actuación:

- A) Protección social y económica de las familias
- B) Conciliación y corresponsabilidad.
- C) Apoyo a la maternidad y entorno favorable para la vida familiar.
- D) Parentalidad Positiva.
- E) Apoyo a familias con necesidades especiales.
- F) Políticas familiares: coordinación, cooperación y transversalidad
- G) Evaluación por resultados

Pues bien de entre todas esas líneas de actuación, las que podríamos considerar que van dirigidas a una posible actuación en las prestaciones familiares de la Seguridad Social serían las primeras. Si se analizan las medidas a desarrollar que el documento propone¹³ de un total de 14 solamente la quinta y sexta se refieren a lo que conocemos como prestaciones familiares de la Seguridad Social¹⁴:

5. Proponer, en el seno de la Comisión del Pacto de Toledo, la elaboración de un estudio sobre las prestaciones familiares en general y en el que se aborden, así mismo, las líneas de reordenación de aquellas prestaciones de la Seguridad Social que inciden directamente en el tratamiento de la familia; en concreto: las prestaciones por maternidad y paternidad, muerte y supervivencia y las prestaciones familiares del sistema.

6. Estudiar la mejora de la prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo.

de protección a las familias en España”, expediente FIPROs/2007/36, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008; GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2015, págs. 93 y ss.

¹³ Págs. 33 y ss.

¹⁴ El resto de medidas son del tipo de considerar a las personas con responsabilidades familiares como colectivo de prioritario en las políticas de activación para el empleo, reformas fiscales a favor de la familia, evaluación del modelo de rentas mínimas, apoyo financiero y atención social y económica a familias en situación de pobreza extrema o severa con menores a cargo; medidas de acceso a la vivienda, consolidación de los bonos sociales de energía, etc.

Al Plan aprobado por el gobierno poco habría que objetarle con carácter general, otra cosa es si desde el punto de vista de la Seguridad Social y para las prestaciones que aquí se están analizando no deja de ser un retraso o bien un no tener claro que se quiere de estas prestaciones de la Seguridad Social. No parece muy aventurado sospechar que las ideas de reforma giren en torno a una simple o mera remodelación de las prestaciones económicas, con retoques en los límites de acceso y de las propia cuantías de las prestaciones económicas. Si eso es así seguiremos con lo mismo, insuficiencia para atender los problemas de los hogares con hijos y con un alcance subjetivo muy limitado¹⁵.

La caída de la fecundidad quizás sea una de los más graves retos con que se encuentra nuestro sistema de Seguridad Social por su propia configuración. Dado que está basado en la solidaridad entre las generaciones, recuérdese el preámbulo de la Ley de Bases de la Seguridad Social¹⁶:

“Conscientes de que sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser un artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria, la Ley concibe a ésta como una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos respecto de los enfermos; a los ocupados, respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares, respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, de los sectores deprimidos”

De aquí que el quid de la supervivencia de nuestro sistema va estar en que haya un reemplazo generacional. Y que si no se produce tendrán que buscarse otras vías, que en parte hasta ahora se ha podido mitigar con la importante incorporación de la mujer al trabajo y también –aunque quizás como menor incidencia– con la inmigración. No obstante, el problema está ahí y por muchos incentivos económicos imaginativos a la natalidad (algunos absurdos como el conocido como cheque bebe de 2.500 euros, con efímera vigencia), esta no se empezará a resolver hasta que desaparezca o se relativice esa creencia de que tener hijos cuesta mucho dinero; que tener hijos me puede llevar a la pobreza; que tener hijos supone un obstáculo para mantenerme o entrar en el mercado laboral; etc.

Por otro lado no debe olvidarse que la incorporación de las mujeres al trabajo tiene indudables ventajas en orden al mantenimiento de la Seguridad Social que no hace falta que aquí se reseñen, pero comporta también un reto y es que exige una sería y eficaz política de conciliación de la vida laboral y familiar.

Y finalmente tampoco debe olvidarse que las crisis y rupturas familiares y las nuevas formas de convivencia tienen efectos en orden a la protección que es necesario prever y atender. Que hasta solo han sido objeto de atención de forma parcial, rúcana y con desconfianza hacia los afectados.

¹⁵ Ver las propuestas de MEIL LANDWERLIN, G. (dir.): “Hacia un nuevo modelo de protección a las familias en España”, expediente FIPROs/2007/36, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008. Págs. 236 y ss.

¹⁶ I, 1.

Quizás estos sean los tres aspectos básicos a tomar en consideración si creemos que la Seguridad Social debe tener como contingencia a cubrir las cargas familiares. Por ello quizás, limitándonos a las prestaciones directas de Seguridad Social de protección a la familia, las líneas de reforma deberían de tener en cuenta que:

- Su acceso debería de ser independiente del nivel de renta del llamado a ser beneficiario¹⁷. No tiene sentido limitar el acceso a un ridículo límite cuantitativo de ingresos si se quiere fomentar la natalidad. Téngase en cuenta que una familia que ambos cónyuges tengan ingresos del SMI no tendrían derecho a las prestaciones por familiares si tuvieran un hijo a cargo.
- El nivel de ingresos sólo debería tener relevancia para las familias con menores ingresos o familias con un solo progenitor o con mayor número de hijos.
- La cuantía de las mismas debe tener suficiente entidad. Que la cuantía de la asignación periódica por hijo a cargo esté fijada (salvo para hijos discapacitados) en 291 euros al año es ridículo en atención a la situación de necesidad a cubrir. Y que superar la barrera anual del límite de ingresos pueda llevar a una prestación anual de 24,25 euros en concepto de asignación por diferencias es inalicable. Habría que pensarse si no cuesta más la gestión correcta de esta prestación que lo que se da finalmente.
- Deberían de ser objeto de revalorización anual automática conforme a la inflación.
- Sería conveniente prolongar su percibo hasta la misma edad en que se puede estar percibiendo la pensión de orfandad por razón de estudios o falta de empleo.

¹⁷ Países de la UE como Luxemburgo, Alemania, Austria, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Bélgica, Reino Unido, Finlandia, Países Bajos, Francia, Malta, Hungría, Eslovaquia, Rumanía, Letonia, Estonia, Grecia e Italia, reconocen prestaciones familiares de forma universal sin límite de ingresos.

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La protección legal por desempleo y sus niveles de protección

The Legal Protection of Unemployment and Protection Levels

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA.

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSE).

DIRECTOR DE LA "REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM"

Resumen

El actual modelo de protección contra el desempleo no es reconducible a modelos puros, es un modelo que combina las técnicas contributivas y asistenciales. Ya no parece posible sostener que los niveles asistenciales sean siempre una mera extensión del sistema contributivo (hay supuestos normativos en que tal prolongación no existe), aunque el llamado "segundo" y "tercer" escalón no se basan sólo en algunos principios asistenciales. Hoy no existen tres "sistemas" sino uno integrado, complejo y mal estructurado, situado en un mismo sistema normativo (se trata de "niveles" dentro de un sistema normativo de protección que ya no obedecen a una única lógica pura). Por otra parte, se puede decir que el actual sistema de protección del desempleo refleja una opción política restrictiva en la tasa de protección en comparación con la dirección de política del Derecho que informó el ciclo expansivo. De manera que por lo que se refiere a la tasa de cobertura el modelo se caracteriza por la doble presencia entre la mayor universalización y la menor intensidad de la protección que se confiere. En esa menor intensidad es donde es pertinente retener el proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia de la protección global por desempleo.

Abstract

The current model of protection against unemployment is not traceable to pure models; it is a model that combines the contributory and welfare techniques. It seems no longer possible to argue that the levels of care are always a mere extension of the contributory system (there are normative assumptions in which that extension does not exist), although the so-called "second" and "third" step do not based only on some welfare principles. Today there are not three "systems", but an integrated one, complex and poorly structured, located in the same normative system (they are "levels" within a regulatory system of protection that no longer obey a single pure logic). On the other hand, we can say that the current protection system of unemployment reflects a restrictive policy option in the rate of protection, compared to the law policy direction, which reported the growth cycle. So therefore, referring to the coverage rate, the model is characterized by the double presence among the most universality and the lower intensity of conferred protection. In this lower intensity it is appropriate to retain the process welfarisation of a subsistence minimum degree of global protection for unemployment.

Palabras clave

Desempleo, protección del desempleo por la Seguridad Social, niveles de protección por desempleo, política de empleo, derecho al trabajo, derecho a la reinserción profesional, trabajo decente o digno, Estado Social "Activo", "Activación" de la protección legal por desempleo

Keywords

Unemployment, Unemployment Protection of the Social Security System, Protection Levels of Unemployment, Employment Policy, Right to Work, Right to Professional Reintegration, Decent and Worthy Work, "Active" Social State, "Activation" of the legal protection for Unemployment.

1. EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

Reténgase como premisa que la técnica protectora y sus rasgos constitutivos de la protección legal por desempleo se han cristalizado evolutivamente, no obedeciendo a un programa definido de reforma social, sino a variadas decisiones de política legislativa, que

han venido cristalizando en una superposición de procesos de reforma sucesivos, a menudo oscilantes y sin una nítida coordinación y racionalización entre sí. Se echa en falta una planificación adecuada y se aprecia una falta de consideración o atención a las interconexiones existentes con el conjunto del Sistema de Seguridad Social y en general con el sistema público de protección social. Ciertamente, esta materia siempre ha sido compleja, pero en la última década se ha producido una extraordinaria proliferación de normas de emergencia o de urgencia y casi siempre a través de un inicial Real Decreto Ley (al menos amparada en la situación de crisis del empleo producida por la crisis económica, pero también las medidas de apoyo del sistema de protección por desempleo a las reestructuraciones empresariales)¹. Se han adoptado irreflexivamente medidas coyunturales inconexas cuando, en realidad, era necesario establecer medidas de carácter estructural y acomodar a ellas precisamente posibles medidas coyunturales de ajuste transitorio o provisional. Pero ello exigiría una planificación coherente, que evidentemente no se ha llevado a cabo. Por otra parte, y en relación a ello, en la orientación de las reformas no se ha sabido o querido buscar un satisfactorio equilibrio entre la racionalidad económica de los mercados y la racionalidad social, que es la razón de la sociedad. De ahí que se visualice que a menudo las reformas acometidas sean restrictivas de derechos en aras de la “sostenibilidad” financiera del Sistema, como suele decirse reiteradamente en las Exposiciones de Motivos de la legislación de urgencia. Pero no es menos grave que desde el punto de vista de la eficacia (y no sólo de la equidad) estas medidas no han tenido un efecto positivo en los niveles de empleo –como se pretendía y explicitaba en las Exposiciones de Motivos–. Y este relativo fracaso y la persistencia de las insuficiencias estructurales del sistema en términos de organización jurídico-política de las políticas “activas” y “pasivas” muestra que el camino seguido no es el adecuado en términos de conjunto; y que es precisa una reorientación y racionalización (v.gr., entre muchas aporías y anomalías desde el punto de vista de la racionalización, eficiencia y equidad, la superposición de ámbitos y programas asistenciales; la desarticulación que produce la distinta entidad pública que reconoce el derecho y la que diseña y ejecuta las políticas activas de empleo) de las políticas de empleo y de protección por desempleo en nuestro país. Lo cual exige repensar el modelo antes de acometer reformas estructurales y de tipo coyuntural, de manera que se recupere la finalidad protectora como eje central, ponderada con la atención a los problemas de mercado y sostenibilidad del Sistema. Pero estas reformas tienen que articularse con la reformulación de las reformas laborales: pues de lo contrario la política de protección por desempleo se verá condenada a ser ante todo reactiva ante un modelo de relaciones laborales que lejos de impulsar el trabajo decente –digno de la persona que trabaja– favorece el trabajo precario. Al final si no se corrigen las políticas de precarización laboral puestas en práctica en la legislación de emergencia (pero que peligrosamente tienden a estabilizarse), esa precarización se traducirá también *en precarización (e inducidamente en problemas de sostenibilidad) de los sistemas de protección social* como es el sistema público de protección por desempleo.

Se puede decir, en una valoración jurídica global (estructural y funcional), que en una parte significativa de sus rasgos constitutivos esenciales ha permanecido el modelo legal dibujado en 1984, pero no se puede ignorar que ese modelo no ha quedado intacto en su

¹ Resulta especialmente oportuna la doctrina restrictiva sobre el uso y abuso del instrumento del real decreto ley, que se contiene en la importante STC 27/2015, de 19 de febrero, RTC/2015/27, 199/2015, de 24 de septiembre, BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015.

forma de articulación funcional entre los niveles contributivo y asistencial dentro del sistema integrado de protección por desempleo. En efecto, del régimen jurídico de esta rama de protección social y de sus relaciones dinámicas en el cuadro del sistema de Seguridad Social en que se inserta se desprende no sólo un mayor protagonismo del legalmente considerado nivel asistencial clásico en el conjunto del sistema protector, sino también un proceso creciente de asistencialización del sistema *global* de protección contra el desempleo. Es decir, que “lo asistencial” impregna al propio nivel contributivo, que por ello mismo deja de ser un nivel contributivo “puro”. Hay que decir también que en lo que atiende a la intensidad de la protección, que se trata de un proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia, cuando no de pobreza en términos relativos, naturalmente. Esto no significa que se consagre un sistema asistencial de protección por desempleo, sino un modelo mixto con una presencia cada vez mayor de las técnicas asistenciales de organización de la cobertura. (El nivel contributivo está basado en la “técnica de previsión social” y reconoce prestaciones sustitutivas –y proporcionales a– las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada –art.263.2 TRLGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social)–. Por su parte, el nivel asistencial, en cambio, se articula mediante las “técnica de ayuda”; de ahí que tenga por objeto atender a situaciones reales de necesidad, objetivamente acreditadas por encontrarse por debajo de determinados umbrales de rentas e incluidos en los concretos supuestos previstos legalmente. No cumple, pues, una función de sustitución de rentas, sino meramente compensatoria de carencias de ingresos, por lo que limita su objeto a la garantía de un mínimo de subsistencia)². Pero no se puede decir que el modelo legal haya dejado de ser predominantemente contributivo, para pasar a ser prevalentemente asistencial, porque a su vez el considerado ámbito asistencial se impregna de lógica contributiva (v.gr., subsidio de prolongación, exigencia de períodos de cotización previa...); y además este ámbito asistencial se conjuga en plural. Estamos, pues, ante un modelo mixto ciertamente singular que parte de la combinación e interdependencia de técnicas contributivas y asistenciales. En el fondo, salvando las distancias oportunas, el modelo de protección del desempleo acaba reflejando las tendencias imperantes en el propio sistema general de Seguridad Social que parece alejarse de fórmulas puras no realizadas hoy día en la experiencia comparada de los países desarrollados. El llamado “nivel asistencial” de protección por desempleo no asume una función de sustitución de rentas de activo, sino una

² En nuestro Derecho, como regla general, el nivel asistencial clásico está subordinado a la existencia previa del nivel contributivo (haber agotado la prestación por desempleo) o al cumplimiento de requisitos contributivos (que no hayan alcanzado el nivel de carencia exigido para obtener la protección del nivel contributivo pero acrediten un período de cotización mínimo aun sin responsabilidades familiares). En consecuencia, no se trata de un nivel asistencial puro y autónomo, salvo en contadas situaciones –liberados de prisión–. Así pues, no se articula realmente un doble sistema de protección, sino un sistema complejo –e incoherente–, donde los niveles se articulan entre sí no como compartimentos estancos, sino como vasos comunicantes. Por otro lado, la distinción entre ambos niveles no puede encontrarse en la financiación, pues ambos se financian mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios y la aportación del Estado (art. 293 TRLGSS), por lo que los dos tienen, en principio, atendiendo al origen de sus recursos financieros, dimensión contributiva (art. 109 TRLGSS). Aparte de ello hay que tener en cuenta la naturaleza específica asistencial del “tercer” nivel asistencial (RAI) y de los subsidios extraordinarios por desempleo.

El favor por una política de contención del gasto en el nivel contributivo ha supuesto una ampliación subjetiva del ámbito asistencial. El efecto expulsión del nivel contributivo, derivado del endurecimiento de los requisitos para acceder al mismo y de la mayor limitación del tiempo de duración, se ha visto acompañado por una ampliación de la cobertura del ámbito asistencial, entre otras vías por el recurso a las «rentas activas de inserción» (RAI). Así, una mayor precariedad en el empleo se ha respondido con una asistencialización de la protección y con una mayor precariedad en la protección social dispensada.

función esencialmente compensatoria de la falta o carencia de ingresos. En este sentido se puede hablar de una tendencia hacia la asistencialización de la protección legal por desempleo. El art.41 CE mantiene una lógica universalista en el diseño del campo de aplicación y una dimensión asistencial. El modelo legal ha progresado en esa dirección con la introducción de los ámbitos asistenciales y, de algún modo, complementarios. Dicho modelo ha estado caracterizado por un dualismo esencial: la contención en el nivel contributivo y la expansión controlada en el ámbito asistencial plural. Pero teniendo en cuenta que no estamos ante un segundo nivel asistencial puro y autónomo, con algunas excepciones, como ocurre en el caso de la protección por desempleo de los liberados de prisión. Cuestión distinta ocurre con el “tercer” nivel (RAI) y los subsidios asistenciales extraordinarios. De este modo, no se establece legalmente un doble sistema de protección por desempleo, sino un sistema complejo, donde los niveles se articulan entre sí, no como compartimentos estancos, sino como *vasos comunicantes*, que se relacionan e interactúan complejamente entre sí. El nivel asistencial se articula legalmente como un ámbito complementario del nivel contributivo (art. 263. 3 TRLGSS), manteniendo elementos contributivos, pero con un subsidio de reducida intensidad protectora.

Es así que *formalmente* la protección por desempleo se estructura complejamente en dos niveles: el nivel contributivo y el nivel asistencial. Se trata de un modelo complejo integrado, en cuyo marco el nivel contributivo garantiza prestaciones básicas y el nivel asistencial prestaciones complementarias o autónomas, si bien es cierto que tiende a reforzarse esa funcionalidad autónoma (es decir: con independencia del nivel contributivo, sin que este sea necesariamente la antesala del asistencial). Para ambos niveles, contributivo (art. 265 TRLGSS) y asistencial (art. 265 TRLGSS) se satisfacen prestaciones económicas indirectas relativas al abono de la cotización durante la percepción de la prestación o del subsidio. El factor de complejidad se acrecienta porque a partir del año 2000 se introdujo otro ámbito o nivel asistencial de protección por desempleo vinculado a la inserción laboral. Se trata de la Renta Activa de Inserción en el marco de la protección general por desempleo. Su misma introducción refleja el relativo fracaso del “segundo” nivel asistencial clásico dentro de la protección legal por desempleo. La Renta Activa de Inserción se inserta en el marco de la protección por desempleo. En efecto, la Disposición Final 5.^a, apartado 4 del TRLGSS de 1994 –«habilitaciones al Gobierno en materia de protección por desempleo»– en su punto 4 habilita al Gobierno para establecer, con el régimen financiero y de gestión establecido con carácter general para la protección por desempleo –Título III TRLGSS–, la denominada «Renta Activa de Inserción». Por tal se entiende «una ayuda específica» dirigida a «desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo», siempre y cuando «adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral». Exigencia esta última que no deja de ser una tautología, porque la LGSS exige a todo desempleado que aspire a beneficiarse de una prestación pública comprometerse activamente en la búsqueda de empleo. La renta activa de inserción se inserta dentro de la acción protectora por desempleo (Título III TRLGSS), integrándose como un ámbito específico y diferenciado vinculado al nivel asistencia. Es un subsidio asistencial no universalista respecto a todas las personas sin empleo, con capacidad y voluntad de trabajar, en situación de situación de necesidad porque se encuentren privados de empleo. En definitiva, jurídicamente es un subsidio asistencial para colectivos específicos (mayores de 45 años, parados de larga duración, minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de la violencia doméstica) y de estructura prestacional compleja que pretende asumir, acumulativamente, funciones de compensación –garantía de rentas mínimas de subsistencia

mediante una prestación económica– y de reinserción al empleo –garantía de una oportunidad de empleo mediante prestaciones técnicas o en especie típicas de la política de empleo– para aquellas personas que, con especiales dificultades para encontrar empleo –colectivos en riesgo de exclusión no sólo ocupacional, sino social–, no tengan derecho a la prestación o a los subsidios típicos –carácter subsidiario–. Es, pues, una «última red de protección por desempleo» interna al Sistema de Seguridad Social, siendo una auténtica prestación de la Seguridad Social. Materialmente aparece como un “tercer nivel”, que hace frente –complementándolo– a las insuficiencias protectoras del llamado legalmente nivel asistencial. Pero dentro de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social presenta un carácter específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial.

Aunque por su estructura y función entronca con las «rentas mínimas de inserción», reguladas en el marco de la moderna asistencia social –acción social– autonómica, estamos ante una subespecie o subnivel asistencial subsidiario del básico, o mejor ante un “tercer” nivel, como éste básico lo es del nivel contributivo. Ahora bien, a diferencia del que podemos denominar nivel asistencial básico (pero que no es “puro”, porque está impregnado de contributividad), la RAI prescinde de las técnicas contributivas que están presentes, en mayor o menor medida en aquél, que son aquí sustituidas por un reforzamiento del compromiso del beneficiario con la búsqueda activa de empleo, a través del de la suscripción y cumplimiento del denominado «plan personal de inserción», a elaborar por los Servicios Públicos de Empleo, estatal o autonómicos (arts. 3, 7 y 9 del RD). Los colectivos beneficiarios³ pueden variar año a año, periodicidad anual con que se viene regulando esta medida, si bien parecen haber adquirido actualmente una cierta estabilidad. El programa de Rentas Activas de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo se regula en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, el cual fija el régimen jurídico, cuyos aspectos básicos vienen a coincidir, en lo sustancial, con el nivel asistencial. Las directrices sobre el empleo de la Unión Europea (aludidas por la misma Exposición de Motivos del RD 1369/2006), cuyo objetivo es precisamente coordinar las políticas de empleo de los Estados miembros, vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de esta con medidas adecuadas de inserción laboral y, por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, particularmente de aquellos con mayores dificultades. Este nuevo subsidio no hacía sino poner de relieve las insuficiencias de los dos niveles clásicos de protección por desempleo para alcanzar el objetivo de la reinserción profesional de la persona desempleada; insuficiencia desde luego estructural, pero también agravada por razones coyunturales derivadas de la grave crisis económica.

La renta activa de inserción forma parte así de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, a lo que el art. 265.1 TRLGSS, pero a la que es de aplicación el apartado 2 del art. 265 TRLGSS, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados. El art.1 del RD. 1369/2006, de 24 de

³ Véase STS ROJ: 5329/2013, de 2 de octubre de 2013, que admite la acreditación de la situación de violencia de género a efectos de la inclusión de la víctima en el programa de RAI (art. 2.c) del RD. 1369/2006).

noviembre, *estabiliza y normaliza en el Sistema* la figura de la Renta Activa de Inserción (RAI), sin el límite de la programación anual y configurada como un derecho social condicionado y sometido a la misma financiación que las demás prestaciones y subsidios por desempleo. El paso de la excepción a la normalización refleja perfectamente el carácter estructural y permanente del problema de la nueva fisonomía del desempleo como nueva cuestión social, lo que a nivel institucional se estaba percibiendo ya por la Unión Europea (Estrategia Europea de Empleo)⁴ enfatizando la dimensión de activación de la tutela orientada hacia la reinserción profesional del desempleado. Se trata de superar la tradicional separación entre políticas pasivas de empleo y políticas activas de empleo, combinando e integrando sus funciones de atribución de rentas de subsistencia y de establecimientos de medidas encaminadas a la reinserción profesional. Y lo hace atribuyéndola como un derecho subjetivo perfecto (art. 8.1 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre) a la integración, de carácter no universal y de carácter asistencial “*imperfecto*” por la presencia/impregnación de elementos de contributividad (pues, entre otras cosas, exige haber extinguido la prestación por desempleo y no tener derecho a la protección por dicha contingencia; art. 2.1, respecto de los trabajadores mayores de 45 años desempleados de larga duración y a las personas discapacitadas, RD 1369/2006) y exigiendo también la suscripción –condición necesaria– de un compromiso de actividad que propicie la inserción laboral de la persona desempleada (art. 1 del RD 1369/2006, en relación con los artículos 300 TRLGSS y 29 TRLE, RD.-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo). Con esa estabilización y normalización de la Renta Activa de Inserción se acaba por construir jurídicamente (aunque no se refleje así expresa y literalmente en la LGSS) un “tercer nivel” de la protección por desempleo de la Seguridad Social. Siendo ello así estamos ante una manifestación de la Seguridad Social “Asistencial” sujeta a un régimen especial (Disp. Final 5ª.4 TRLGSS de 1994, que enmarca la RAI en la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social) (Pues no puede asimilarse a la asistencia social interna ex artículos 64 y 65 TRLGSS, ni tampoco a las prestaciones no contributivas de carácter general). Por lo demás, la RAI se somete al típico sistema de control social y disciplinario propio del subsidio asistencial general (Incluidas las obligaciones jurídicas instrumentales de comparecencia en la fecha prefijada a la convocatoria para participar en el itinerario laboral. Véase STS 22 de julio de 2014, rcud. 2930/2013, exigiendo la reiteración del aviso por parte del SPEE).

Se pensó en que fuera una última red de protección por desempleo, pero al final fueron surgiendo otras redes ante la misma realidad del relativo fracaso de los dos niveles asistenciales (subsidio asistencial genérico y RAI). De ahí, la Renta Agraria (regulada en el RD 426/2003, de 11 de abril, que regula la renta agraria para los trabajadores eventuales del campo residentes en las CCAA de Andalucía y Extremadura) el Plan Prepara (regulado en el RD.-Ley 23/2012, de 24 de agosto) y el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, y previamente pactado en el Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014)⁵

⁴ Véase el cambio de percepción en COMISIÓN EUROPEA: *EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 2010 [COM(2010) 2020].

⁵ El Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. El Programa de Activación para el Empleo es un programa específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a personas desempleadas *de larga duración* que cumplan con una serie de requisitos. Los beneficiarios del programa se delimitan a partir del colectivo de desempleados de larga duración con responsabilidades familiares que han agotado su protección por desempleo y que, precisamente por este motivo, se enfrentan hoy a mayores dificultades de colocación y especiales necesidades de protección (art. 1 RD.-Ley 16/2014).

(Monereo Pérez, J.L., 2015, 15 ss.). De *lege ferenda* todos estos subsidios deberían unificarse buscando una mayor racionalización, homogeneidad, eficiencia y equidad, tanto más cuanto se ha comprobado su normalización (programa permanente) o estabilización en nuestro sistema de Seguridad Social. La RAI y estos Programas se sitúan bajo la idea-fuerza de las Directrices europeas que entienden que una política eficaz de lucha frente al desempleo no se debe basar tan sólo en la garantía de ingresos económicos, sino en la combinación de ésta con medidas activas adecuadas de inserción profesional. Como ocurre en general con todas las prestaciones por desempleo ordinarias o extraordinarias tampoco ninguno de estos subsidios son capaces de crear empleo, sino que tan sólo tratan de atender a la situación de defecto de ingresos y facilitar la reinserción profesional de la persona desempleada.

Por lo que respecta a los beneficiarios de la RAI, esta regulación (art. 2 del RD) enfatiza el carácter subjetivamente selectivo que tiene esta medida de protección –se aleja, pues, de la idea de una renta básica universal–, de modo que en su determinación prima un criterio de oportunismo o coyunturabilidad social en orden a la tutela de colectivos específicos, tanto por su exclusión del mercado de trabajo como por su «desarraigo social». Éstos, para ser beneficiarios del programa de inserción, deberán suscribir el compromiso de actividad, al que se refiere el artículos 300 y 301 TRLGSS, en virtud del cual realizarán las distintas actuaciones que se determinen por el servicio público de empleo, en el plan de inserción individualizado, que se desarrollarán mientras el trabajador se mantenga incorporado al programa. Lo que se le exige, simplificando la idea-fuerza, es la búsqueda activa de empleo. Corresponde a los servicios públicos de empleo delimitar las acciones de inserción laboral a aplicar a los trabajadores, concretando, entre otras cuestiones, el desarrollo del itinerario personalizado de empleo; esto es, la elaboración y actualización de un plan personal de inserción profesional (artículos 3 y 7 del RD. 1369/2006). Como medida de “activación” hay que entender que la RAI es compatible con el trabajo a tiempo parcial, con la reducción proporcional del importe de la cuantía del subsidio asistencial (art. 10.2.b) del RD 1369/2006) y, empero, resulta incompatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia (art. 10.1 RD 1369/2006). Adviértase que la RAI –como la distinta, pero conexas, figura de la renta mínima de inserción– presenta una estructura jurídica compleja, dual, al incorporar una renta económica de subsistencia digna y un “*derecho función*” a la reinserción profesional (pues el sujeto protegido adquiere un compromiso activo de asumir un itinerario personalizado o individualizado de inserción socio-laboral establecido por los poderes públicos, participando así en su propia “empleabilidad” positiva; lo que abunda en la tendencia hacia la “contractualización” de la protección por desempleo también en este nivel específico y diferenciado). (Monereo Pérez, J.L., 2015, 727-728).

2. EL ESTADO SOCIAL “ACTIVO” Y LA “ACTIVACIÓN” GARANTISTA DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DEL DESEMPLEO

Resulta innegable que se han de superar los límites detectados del Estado Social “pasivo”, para que más allá de la cobertura reparadora pueda atender satisfactoriamente a las situaciones de riesgo estructural. En esta atención al riesgo estructural, cabe señalar que la “inserción por el trabajo” aparece como el elemento central de toda lucha contra la exclusión. Lo relevante es garantizar la ciudadanía activa, de manera que se consagre efectivamente el derecho a la utilidad social y no simplemente el derecho a recibir ingresos por inactividad. En un sistema democrático debe garantizarse el derecho a la existencia digna (artículos 10 y 35.1 CE). Este es el sentido del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo. Debe

recorrerse el camino que va de la indemnización a la inserción profesional. De ahí la centralidad del trabajo como ámbito idóneo para la eficiente acción pública. Esto convierte al derecho al trabajo en un derecho social de preferente atención por parte de los poderes públicos, los cuales deben contribuir a crear las condiciones para su realización con todos los medios posibles a su alcance, toda vez que las situaciones de inactividad forzosa debida a una falta de trabajo está determinada por disfuncionalidades del mercado y por falta de adaptación de los trabajadores a las transformaciones en curso. El Estado Social “Activo” rehúsa asumir la idea de culpabilizar de la situación de desempleo al propio parado y también la consideración de la protección pública por desempleo como un mecanismo de desincentivación de la búsqueda activa de empleo.

Existe un cambio de perspectiva como consecuencia del perceptible agotamiento del Estado Social “pasivo”. Esto nos devuelve a la noción revisada de asistencia (asistencia social “activa”), un tipo de intervención pública que vincula la protección social con el derecho a la reinserción a través del trabajo, afrontando así la creciente exclusión social y el aumento de la “infraclase” o “subclase” funcional. Es nueva gestión de la cuestión social del desempleo supone establecer una nueva relación entre el Estado social y el Empleo, con un compromiso tanto del Estado como del trabajador desempleado. Ese de actividad supone la elaboración dinámica de un de “derecho individualizado”. De este modo, el itinerario de inserción se acomoda a las exigencias de la persona y a las posibilidades reales de la oferta de inserción (Rosanvallon, P., 1995, 60 ss.). No obstante, existe la tendencia en la política del Derecho legal a convertir el compromiso de actividad (que incluye el deber de aceptar una oferta de empleo adecuada o, cada vez más, estimada como simplemente “conveniente”) en un deber “coactivo” que incorpora o presume un “juicio de reproche” al parado, cuando en realidad se constata que las causas del desempleo no residen tanto en el voluntad del trabajador como principalmente en las disfuncionalidades del mercado. De manera que normalmente el desempleado no es responsable de su situación. Es, propiamente hablando, un “parado *forzoso*”. Sucede, criticablemente, que desde posiciones neoliberales se tiende a reconceptualizar el paro “forzoso” como paro “inducido” por la renuencia del desempleado a trabajar e instalarse “cómodamente” en el sistema protector por desempleo (ampliamente, Monereo Pérez, J.L., 1996 y 1997, 21 y ss., 2003). El Estado Social “Activo” garantista rehúsa asumir el postulado ideológico de culpabilizar de la situación de desempleo al parado forzoso y también la consideración de la protección pública por desempleo como un mecanismo desincentivador de la búsqueda de empleo. En esa lógica interna –coherente con los postulados del Estado Social de Derecho– la protección pública frente al desempleo atiende a la doble finalidad de atribución de rentas y de procura de todos los medios necesarios para la reinserción profesional de la persona desempleada. Para ello se articulan medidas “pasivas” (prestaciones y subsidios) y “activas” (medidas de activación) que faciliten la incorporación del trabajador desempleado al mercado de trabajo. De lo que se trata es de una “activación” no sólo objetiva (incentivos a la contratación, compatibilización de prestación y trabajo, etc.), sino de una “*activación subjetiva*”, es decir, una activación de los desempleados protegidos que asumen determinadas obligaciones de hacer en aras de su reinserción profesional (individualizados en el marco del compromiso de actividad, el itinerario de inserción y bajo la obligación de aceptar una oferta de empleo adecuado o conveniente, por utilizar los términos del Convenio de la OIT, núm. 102, de 1952, Parte IV: “La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias ocasionada por la imposibilidad de obtener un *empleo conveniente* en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo”). Es de realzar que ese compromiso de

actividad más que ser objeto de negociación propiamente dicha entre el desempleado y la entidad gestora se le impone legalmente, convirtiéndose en un acto de adhesión a las condiciones unilateralmente prefijadas por la entidad pública. En este sentido, nuestro modelo es merecedor de crítica, porque debería garantizarse un mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona desempleada en la formulación del contenido del compromiso de actividad, el cual determina un conjunto de deberes vinculados a la situación jurídica de desempleo protegido.

En todo caso, no se puede ignorar que este no viene siendo el enfoque dominante en la presente coyuntura, pues la “activación” es contemplada preferentemente desde una perspectiva disciplinaria por las políticas liberalizadoras que tienden a imputar al “parado” la responsabilidad de su propia situación y a percibir las prestaciones por desempleo como un desincentivo para la búsqueda de trabajo⁶. Esa obsesión refuerza la posición jurídica de deber del trabajador desempleado hasta límites insospechados y poco razonables, que suponen un desequilibrio respecto de las obligaciones positivas que han de asumir los SPE a través de su compromiso para la empleabilidad y la elaboración y aplicación de las políticas activas de empleo⁷. Y tiende a asumir una concepción negativa respecto de las prestaciones económicas dispensadas por el sistema de protección por desempleo. Este enfoque es una proyección específica de la más amplia consideración del Derecho Social como un sector del ordenamiento jurídico en exceso protector (unilateralmente tuitivo cuando históricamente es bien sabido que se trata de una ramificación del orden jurídico que siempre ha buscado un equilibrio difícil entre la protección de los trabajadores y la legitimación de los poderes del empleador) y por ello rígido. Ello impondría la “flexibilización” (eufemismo que oculta la realidad de una mayor “liberalización” de las relaciones laborales) de manera que el Derecho

⁶ Lo que subyace, paradigmáticamente, al excesivo énfasis en el control y sanción que se refleja en los artículos 29.3 y 41.4 TRLE, conforme al cual: Los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo inscritos en los servicios públicos de empleo, una vez hayan suscrito el compromiso de actividad, deberán participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción, sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del art. 299.1 TRLGSS. Los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, comunicando la sanción impuesta, en su caso, en el momento en que se imponga, al Servicio Público de Empleo Estatal para su ejecución por éste. Los servicios públicos de empleo competentes verificarán, asimismo, el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público de Empleo Estatal en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal *inicie el procedimiento sancionador* que corresponda. De ahí la nueva redacción del apartado 5 del art. 48 de la LISOS.

⁷ Así en el art. 299.e) TRLGSS se impone entre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: “Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, *que se determinen* por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción (Nótese la unilateralidad del enfoque y cómo se relega la participación activa de los trabajadores desempleados). Los beneficiarios de prestaciones acreditarán ante el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, cuando sean requeridos para ello, *las actuaciones que han efectuado dirigidas a la búsqueda activa de empleo*, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad (como si ello fuera lo realmente determinante y una la eficiencia de la actuación de los propios SPE). Esta acreditación se efectuará en la forma en que estos organismos determinen en el marco de la mutua colaboración. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad”. A lo que se añade un “periodo de gracia” cuando se indica a continuación que: “Sin perjuicio de la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad que se correspondan con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario de inserción será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los treinta primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores”.

Social se convierte en un unilateral Derecho Flexible del Trabajo. Desde esta perspectiva, el discurso de la “flexiseguridad” no sólo no ha compensado la mayor “mercantilización” de trabajador subordinado, que efectivamente se ha producido, sino que tampoco ha impedido una sistemática reducción del sistema de garantías sociales (incluidas las aportadas por el sistema de protección por desempleo). Es más: lo que se verifica en los hechos es que la protección de los trabajadores en situación de paro forzoso ha venido descendiendo a tasas de cobertura más bajas a medida que se han ido aplicando las normas de emergencia (de acompañamiento a la aplicación de las políticas de austeridad) que han acabado teniendo un efecto expulsivo (En el momento presente hay cerca de dos millones y medios de beneficiarios con derecho a prestaciones por desempleo de un total de desempleados reales de más de cuatro millones y medio que se han inscrito como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo). Y hay que tener en cuenta que el principal factor de pobreza, exclusión y desigualdad social en Europa es el elevado índice de personas desempleadas.

El requisito de suscribir el compromiso de actividad se introdujo formalmente en nuestro ordenamiento jurídico por el RDL.5/2002, de 24 de mayo, en la prestación contributiva por desempleo, y se plasma en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. El compromiso de actividad es un innovador instrumento negocial anudado a la situación jurídica del desempleo protegido, un contrato de inserción coligado *ex lege* a la relación jurídica de protección por desempleo (Monereo Pérez, J.L., 2003, 68). De manera que a la lógica distributiva clásica se adiciona la lógica de la reinserción laboral. La activación institucional de las prestaciones de desempleo (y subjetivamente del desempleado) aproxima las clásicas prestaciones por desempleo a la figura de las rentas de inserción, incorporando un compromiso de actividad acompañado de una amplia panoplia de medidas activas encaminadas preferente a la reinserción laboral del parado forzoso⁸. El compromiso de actividad se configura como uno de los requisitos legales para el nacimiento del derecho a las prestaciones (art. 266.c) TRLGSS). Hasta tal punto es así que, en coherencia, es caracterizado como un elemento configurador de la situación legal de desempleo (art. 267.2.b) TRLGSS: “No se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que se encuentren en los siguientes supuestos: ...b). Cuando, aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 anterior, no acrediten su disponibilidad

⁸ Conforme al art. 300 TRLGSS, “se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”. Por otra parte, “el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos requerirán a los beneficiarios de prestaciones por desempleo para que acrediten ante ellos, en la forma que determinen en el marco de la colaboración mutua, la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad” (art. 300 TRLGSS). El art. 3 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula la renta activa de inserción, hace remisión expresa al compromiso de actividad exigido por el art. 300 TRLGSS. El mismo compromiso de actividad viene exigido para el cese de actividad de los trabajadores autónomos (art. 4 de la Ley 32/2010, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo). Los “programas extraordinarios” también contienen esa exigencia normativa de activación para la inserción en el empleo, sin perjuicio de ciertas peculiaridades. Así, el subsidio enmarcado en el Plan Prepara (art. 1.2 de la Ley 14/2009, prorrogado sucesivamente por el RDL 12/2010, de 20 de agosto, por RDL 10/2011, de 26 de agosto, y el RSL 20/2011, de 30 de diciembre) y el plan extraordinario de activación para el empleo, que regula el RD.-Ley 16/2014, de 19 de diciembre.

para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad”).

En este sentido al derecho social de prestación por desempleo se vincula un deber contractual de inserción laboral del desempleado, lo que se sitúa en la tendencia hacia la “contractualización” del modelo de protección por desempleo. El compromiso de actividad es *bilateral*, lo que significa que en él se produce un haz de *obligaciones mutuas* entre el desempleo y la Administración actuante. Ello comporta que el trabajador tiene que cumplir con las obligaciones inherentes al compromiso de actividad, pero también que los Servicios Públicos de Empleo deben cumplir a su vez con sus obligaciones y con las exigencias correspectivas o recíprocas que comportan el derecho del trabajador a la reinserción profesional.

Esta técnica contractual instrumenta una política jurídica orientada a aumentar la “empleabilidad” positiva de los trabajadores desempleados aunando los esfuerzos colectivos/públicos –señaladamente a través de los Servicios Públicos de Empleo– y los individuales/privados, a través de la combinación de las medidas “pasivas” y “activas” para, sin perjuicio de la protección económica, se realice el derecho a la reinserción laboral del trabajador desempleado protegido (Por el contrario la concepción de “empleabilidad” negativa remite a la concepción liberal de imputar la situación de desempleo al propio parado como responsabilidad más individual que colectiva o pública). Si bien parece criticable que la regulación legal de compromiso de actividad realce más la posición de deber del trabajador que la de titular de un derecho social de prestación pública, dicho compromiso negocial supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar durante toda la vigencia de la relación jurídica protectora (Monereo Pérez, J.L., 2003, 66 ss.). Pretende la que se ha dado en llamar “activación del desempleado”, mediante la imputación a éste de un haz de deberes de conducta activa (obligaciones de hacer sujetas a especificación dinámica). Instrumentos jurídicos de activación típicos son los representados por el compromiso de actividad y el itinerario de inserción personalizado. El compromiso de actividad es aquí fuente de la obligación jurídica de búsqueda activa de empleo. Está delimitado legalmente y bajo la dirección Administrativa, configurándose en lo principal como una especie de contrato de adhesión, en el cual el desempleado es, sin lugar a dudas, el contratante más débil en cuanto a su posición jurídico-contractual anudada a la situación jurídica de desempleo protegido. Pero es una “activación heterónoma”, que obedece a una filosofía político-jurídica que acentúa el “deber de trabajar” en detrimento del derecho al trabajo ex art.35.1 CE; esto es, del trabajo como deber del ciudadano, cuyo incumplimiento puede ser objeto de control social y de sanción. El riesgo es que esta configuración legal de la activación del desempleado puede ser susceptible de transformar la lógica del derecho a trabajar en imposición de deberes de hacer, con aumento del subempleo o la desprotección social de los desempleados que rechazan ofertas de colocación inapropiadas para su perfil profesional. Y con ello producir un desequilibrio en la posición jurídica ostentada frente a la Administración actuante, puesto que, por un lado, se está ante un contrato más bien de adhesión prefijado administrativamente, y por otro, es el trabajador el que asume el riesgo de que su incumplimiento se traduzca en la imposición de sanciones de mayor o menor entidad, cuando se constata que los SPE no acaban de asumir adecuadamente la parte de deber que le corresponde, es decir, gestionar adecuada y eficazmente la empleabilidad del trabajo y encauzarlo hacia la facilitación de inserción en el mercado de trabajo. Es criticable la tendencia a sustituir el principio de solidaridad social basada en los derechos de ciudadanía, por el reforzamiento de una suerte de derecho

discrecional, basado en una ética del trabajo como eje que fundamenta el derecho a recibir la protección social. Es, ésta, en gran medida la filosofía política asentada en el *workfare*, que prioriza el objetivo de alcanzar niveles elevados de empleabilidad cuantitativa, respecto de lo cual el trabajo tiende a convertirse más en un deber civil que un derecho social de participación activa en la sociedad. Esta moralización de la protección social “reactualiza una ética del trabajo superada por las transformaciones tecnológicas y el paro masivo, y a su vez produce un efecto negativo y contradictorio en los objetivos perseguidos, al expulsar a un número importante de ciudadanos a la inactividad, al subempleo o, directamente, a la pobreza” (Quesada Segura, R., 2004, 170).

Para facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, estableció la referida figura del “compromiso de actividad”. Desde el inicio de la prestación (contributiva) existirá un compromiso de actividad en virtud del cual el desempleado tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo. A su vez, todos aquellos beneficiarios de prestaciones que deseen trabajar en otros lugares con mejores oportunidades de empleo dispondrán de ayudas para facilitarles la movilidad geográfica. En tal sentido se modifica el art.266 TRLGSS, que establece los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, indicando que el solicitante ha de encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el art. 300 de esta Ley (cfr. arts. 267 y 268 TRLGSS). Se establece (artículos 299, 300 y 3001 del TRLGSS) que son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: Suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad. Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los Servicios Públicos de Empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción. Sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los cien primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores.

El compromiso de actividad (que opera como requisito condicionante del derecho durante toda la vigencia de la relación protectora) supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar. Se exige que el sujeto acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art.299 TRLGSS (art.266.c) TRLGSS). El compromiso de actividad es el instrumento que permite verificar, materializándola, la disponibilidad del desempleado para trabajar, y de articulación jurídica del sistema de obligaciones y derechos del sujeto protegido que dicho compromiso público lleva inherente (la relación jurídica que formaliza es de naturaleza pública o jurídico-administrativa). Ya se había señalado, a propósito de la consideración de las nuevas orientaciones de las políticas de protección y de lucha contra el desempleo, la tendencia a combinar las políticas activas y las políticas pasivas de empleo, hasta el punto de que aquí las políticas pasivas pueden aparecer como un medio funcional para la realización de las consideradas políticas activas. El compromiso de actividad es un innovador instrumento negocial anudado a la situación jurídica de desempleo protegido, un contrato de inserción coligado a la relación jurídica de protección por desempleo. En esta dirección el compromiso

de actividad formaliza jurídicamente las obligaciones (pero también los derechos) que asumen los sujetos implicados en el programa de inserción. De este modo el derecho a la reinserción laboral combina derecho social y nexos contractual. La exigencia de que el desempleado mantenga una posición activa de búsqueda de empleo, incide no sólo en la delimitación técnica de la situación legal de desempleo, sino también, y más significativamente, en la propia naturaleza del riesgo asegurado: el desempleo sigue siendo un paro involuntario, pero esta involuntariedad se ha de apreciar tanto en el origen como en la dinámica de la relación jurídico-prestacional constituida. Se exige y se refuerza aquí en sentido propio el “querer y no poder trabajar” en y durante la situación de desempleo, de manera que en el nivel contributivo la situación de desempleo establece un “continuum” entre período de cotización exigido y compromiso de actividad, en el sentido de disponibilidad permanente para trabajar (jurídicamente exigible como *conductio iuris* para el acceso y permanencia en la situación de desempleo protegido) dentro de los límites y condiciones legalmente establecidos.

Precisamente uno de los objetivos principales de la Ley de Empleo estriba en la pretensión de generalizar la exigencia del compromiso de actividad. En este sentido, se proporciona un concepto amplio de compromiso de actividad entendiendo por tal el que adquiere con carácter obligatorio (necesario legal) con los Servicios Públicos de Empleo el desempleado, demandante, solicitante o beneficiario de prestaciones de buscar activamente empleo, de aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. Su contenido incluirá previsiones específicas para quienes lo suscriban en función de sus circunstancias personales y profesionales y será único para todo el territorio estatal. Se atribuye al Servicio Público de Empleo, el establecer tras entrevistarse al desempleado, un Itinerario personalizado que comprenderá las medidas y acciones necesarias para la inserción laboral (artículos 29 y 37 del TRLE). Adviértase, por cierto, la posición esencialmente pasiva que asume aquí el desempleado, ya que el Itinerario de inserción parece ser fijado unilateralmente por el Servicio Público de Empleo competente. Esa unilateralidad es, por supuesto, merecedora de crítica.

La cuestión ciertamente no es nueva, al menos en términos absolutos e impropios, porque la protección por desempleo nunca ha sido meramente “pasiva” al tener funciones activas tanto respecto de los colectivos protegidos (prestaciones accesorias de formación, esto es, línea de capacitación; exigibilidad de trabajos de colaboración social, aceptación de oferta de trabajo adecuado... Cfr. Convenios OIT, núm. 44 y 168), como respecto a la regulación de apoyo de los procesos de reorganización empresarial (amortiguación de los despidos por circunstancias empresariales, prejubilaciones donde el desempleo aparece como prestación “puente”, movilidad laboral, paro friccional, etcétera) y regulación de los flujos de mano de obra. Esa línea activa se refleja también en la compatibilidad entre percepción de la prestación y realización de una actividad laboral. Pero es de realzar que el compromiso de actividad va mucho más allá del planteamiento “defensivo” tradicional de la aceptación de una oferta de empleo adecuado (que en sí misma incorpora una clásica obligación de activación, cuyo alcance ha ido extendiéndose negativamente para la profesionalidad del trabajador y la calidad del empleo que ha de aceptar disciplinariamente en sucesivas reformas. Cfr. Art. 300 TRLGSS), aunque la estrategia de la OCDE ha sido la de fomentar ese condicionante al entender que tal exigencia puede permitir que el paro de larga duración no persista innecesariamente (Informe OCDE, 2002, 349), premisa que puede ser hartó

discutible porque estigmatiza la posición jurídica del desempleado protegido presuponiendo que su voluntad ha de ser activa por su pretendida tendencia a instalarse cómodamente en la percepción pasiva de las prestaciones por desempleo. Aunque en nuestro país no ha llegado a plantearse abiertamente el debate, no deja de resultar muy significativa la controversia que se ha suscitado en el Reino Unido sobre si los desempleados protegidos tenían o no el deber jurídico de aceptar un trabajo “gratis” (no lucrativo) en el *sector privado* como pretendida condición exigible para poder permanecer disfrutando de las medidas pasivas y activas de protección por desempleo (Críticamente, y con razón, Arufe Varela, A., 2013, 153 ss.). Lo cual constituiría sin duda una aberración que contradiría frontalmente los Convenios de la OIT que hablan de la aceptación de una oferta de “empleo conveniente” o adecuada (Convenio OIT, núm.44, ratificado por España en 8 de abril de 1971, y la Recomendación OIT, núm.44, precisan que el empleo ofertado ha de ser “conveniente”), y desde luego esa no sería una oferta adecuada por su carácter no retributivo y constituiría un enriquecimiento injusto para las empresas privadas beneficiarias de la prestación de sus servicios. Por el contrario, el compromiso de actividad incorpora una línea “ofensiva” que trata de garantizar más incisivamente la reinserción laboral del desempleado mejorando su posición como oferente en el mercado laboral. Por otra parte, es más controlable internamente desde la Administración actuante.

En realidad, las políticas de reinserción laboral tratan de replantear en los términos (y los supuestos) en que se había planteado tradicionalmente la política de reforma social, recuperando la idea de que la garantía del derecho al trabajo al trabajo de calidad es el cauce más adecuado para que el individuo pueda integrarse dignamente en la sociedad democrática. Es el derecho social a un trabajo decente o digno. Pero el objetivo constitucional de garantía del derecho al trabajo y el derecho a la reinserción profesional (artículos 35 y 40 CE)⁹, encuentra sus bases propias de legitimidad, como el mismo derecho a las prestaciones económicas de desempleo dispensadas por la Seguridad Social (art. 41 CE). Es importante enfatizar el “lenguaje” de los derechos”. En este sentido, el punto de partida deber ser en el plano jurídico la referencia a esas bases fundamentales del derecho al trabajo, la política de empleo y la protección por desempleo. En ambos casos estamos ante dos derechos sociales fundamentales, a saber: el derecho al trabajo que se realiza a través de la reinserción laboral (imprescindible para alcanzar una verdadera reinserción e integración social) y el derecho a una renta sustitutiva o compensatoria dispensada por el sistema de desempleo de la Seguridad Social. Ciertamente, debe realizarse la concepción de la activación como un derecho del trabajador a la reinserción profesional que involucra para los poderes públicos la realización de obligaciones positivas, que requieren de los recursos económicos y del personal adecuado para llevarlas a cabo. Por lo demás, las prestaciones por desempleo son de estructura jurídica compleja al implicar vertientes económicas (prestaciones económicas) y prestaciones públicas de servicios vinculadas a aquéllas y que han de realizar los poderes públicos. Siendo así, la activación presenta un carácter “transicional”, porque facilita el tránsito del empleo al desempleo y de esta posición jurídica a un nuevo empleo, al mismo tiempo que constituye un mecanismo para propiciar la mejora de la capacitación de las personas vinculada a la dinámica de los mercados y la competitividad de las empresas. En una perspectiva estructural, las políticas activas de empleo son una pieza fundamental para

⁹ Art. 1 de la Carta Social Europea Revisada (1996); art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículos 127.2 y 136 del TFUE.

garantizar las “transiciones” impulsadas por los cambios tecnológicos, ambientales y sociales, proporcionando nuevas oportunidades para mejorar las capacidades profesionales y contribuyendo a la construcción de un sistema económico más productivo, competitivo, inclusivo y justo (López Gandía, J., 2014, 229, 232).

En tal sentido, asaltan al jurista atento serias dudas sobre si la Estrategia de la Unión Europea (más allá de las grandes declaraciones retóricas, como las expresadas en la Estrategia comunitaria Europa 2020, aprobada por el Consejo Europeo de 26 de marzo de 2010, y las diversas Directrices Integradas para el empleo formuladas por la Comisión Europea) se vincula a una concepción de las políticas económicas y de empleo realmente orientadas hacia un modelo de competitividad por la innovación y la calidad del empleo, y no hacia un modelo de competitividad por la reducción de costes del factor trabajo y la precariedad en el empleo al menos para los países de la “Europa del Sur” (Ya en sí misma resulta harto significativa la fragmentación entre la “Europa del Norte” y la “Europa del Sur”, la cual en el plano geopolítico va más allá del elemento geográfico, pues incluye también a los “países del Este europeo”). En contraste, resultan expresivas las políticas europeas –impulsadas por la Comisión Europea– económicas de “austeridad” (que inciden en la minoración del gasto social de las prestaciones económicas y en la disponibilidad de recursos para los servicios públicos, incluyendo a los propios Servicios Públicos de Empleo) y las políticas laborales de “modernización” (eufemismo que encubre un “desmantelamiento” selectivo y gradual del modelo de Derecho del Trabajo clásico y garantista como especificación legal coherente del constitucionalismo democrático-social) (Monereo Pérez, J.L., 2011, *passim.*). Estos enfoques dominantes sobre el modelo de relaciones laborales y de competitividad de la economía cuestionan en sus propios cimientos la orientación de las políticas públicas hacia la realización del pleno empleo y el trabajo garantizado *de calidad* (sería paradójico pensar en alcanzar una situación de pleno empleo basado en la precariedad y por tanto en la desigualdad social institucionalizada), y asimismo la realización eficiente y equitativa de las políticas “activas” de empleo. Y es que la realidad histórica del Estado del presente es la que se centra más que en el empleo –y en la política realmente orientada al pleno empleo– en el factor de competitividad de la economía y de las grandes empresas y en las políticas de flexibilidad laboral y competitividad por la reducción de costes del factor trabajo. Los “Estados de competencia” o “Estados mercado” asumen la autoimagen de promotores proactivos de la competitividad en sus respectivos espacios económicos frente a la más intensa competencia internacional. Lo cual implica la subordinación de la constitución social, los derechos sociales, a las necesidades construidas de competitividad en la actual fase de desarrollo del capitalismo avanzado.

En consecuencia, se insiste, no se trata de sustituir prestaciones de Seguridad Social por reinserción laboral, sino de combinar medidas de prestación económica y medidas encaminadas a la reinserción laboral de la persona desempleada. Es harto significativo que conforme al art. 36.2 TRLE, se indique que “la acción protectora por desempleo a que se refiere el art. 265 del TRLGSS... *comprende* las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo”. De este modo, las políticas activas de empleo se asumen en la “lógica interna” de la protección por desempleo de la Seguridad Social. Ese es en gran medida el sentido de la constatación de la quiebra de los supuestos tradicionales de la política social moderna y de la búsqueda de nuevos modelos de regulación de “lo social” alternativos a los sistemas “defensivos” clásicos. Ello es tanto más necesario al hundirse los fundamentos sociales del cálculo de riesgos y las limitaciones (sino inoperatividad) de los

sistemas de aseguramiento tradicionales. Se refuerza, así, el derecho del trabajador a ser recolocado en un nuevo empleo y la conversión de la protección social por desempleo de ser un mecanismo de reparación “a posteriori” de los perjuicios ocasionados por las disfuncionalidades del mercado (protección pasiva) en instrumento que dote al sujeto protegido de cauces de seguridad activa frente a los riesgos de la inactividad forzosa. La Renta Activa de Inserción no es pura técnica de ayuda “pasiva” limitada a la cobertura de la situación objetiva de necesidad: es una especie de “ayuda activa”. En esta perspectiva de largo alcance es donde ha de encontrarse la comprensión explicativa de la conjunción del doble derecho a la renta y a la inserción socioprofesional dentro de una misma categoría jurídica (sea, en distinto plano, la RMI, o sea la llamada “Renta Activa de Inserción”), instrumentada a través de programas de actuación caracterizados por un mayor contenido pro-activo o de activación del empleo. El mismo art. 9.2 CE impone la obligación positiva a los poderes públicos de remoción de todos los obstáculos que impiden la libertad, la igualdad y la participación del individuo en la sociedad en coherencia con el respeto de la dignidad humana y su desarrollo en la presente sociedad fragmentada. Es oportuno señalar que esta obligación –en lo que aquí interesa– tiene que ponerse en relación no sólo con instrumentales políticas activas de empleo, sino con el deber constitucional de los poderes públicos de orientar sus políticas hacia la realización del pleno empleo (art. 40 de la Carta Magna). En otras palabras: la política de pleno empleo es un asunto de responsabilidad político-institucional en el marco de un Estado Social de Derecho; ni puede, ni debe ser una responsabilidad individual (el individuo carece de los factores base de poder para atender a este problema que incumbe a la sociedad democráticamente organizada).

Se establece *ope legis* una definición del compromiso de actividad (art. 300 TRLGSS), indicando que se entiende “por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”. Esta noción jurídica se conforma a través de tres elementos: la búsqueda activa de empleo, la aceptación de colocación adecuada y la participación activa en acciones específicas de formación e inserción profesional. Todos ellos encaminados a aumentar la ocupabilidad, la cual viene a ser la traducción a estos efectos de la idea-fuerza de la “empleabilidad”. Cabría añadir la naturaleza pública, sin duda, del compromiso contraído. Se introduce, de este modo, en el mismo interior de la protección contra el desempleo la dimensión activa de búsqueda de empleo por el sujeto protegido. Se “injerta” una nueva lógica jurídico-social en el sistema protector, de manera que la protección social por desempleo se hace más completa y diversificada en sus objetivos, donde se tiende a garantizar el derecho a la reinserción profesional de los trabajadores desempleados. Es así que las medidas de activación imponen al parado un “obligación” en el marco de un trato personalizado de cada desempleado.

Por otra parte, la renta (activa) de inserción queda condicionada por una forma pública de *control social de los comportamientos del individuo*. La RAI (como la RMI) rompe con la visión tradicional en el tratamiento de “lo social” en la lógica de instaurar un derecho social de “de tercer tipo”, que no pertenece ni a la forma tradicional de la *ayuda social* (que toma a su cargo, caso por caso, a los marginados, a los “casos sociales”) ni al registro clásico de la “protección social” (que atribuye mecánicamente prestaciones públicas “pasivas”). Implica, en cierta medida, superar la cultura de la dependencia permanente. Pretende garantizar no sólo el derecho a la subsistencia digna, sino también, y al propio tiempo, el derecho al trabajo

como modo de ser socialmente útil. Es así, que este enfoque hacia la reinserción socioprofesional trata a la persona protegida en su verdadera condición de ciudadano (el “empoderamiento” propio de una ciudadanía activa) y no solamente como personas receptoras de prestaciones. En la sociedad del trabajo los individuos tienen derecho realizar un trabajo útil como modo de participar en la vida democrática. Este enfoque se sitúa en la línea de enriquecer y redefinir la protección por desempleo, de manera que la protección social dispensada no se limite a la reparación ulterior de los perjuicios ocasionados de las disfuncionalidades del mercado, sino que sea un instrumento adecuado para atribuir a la persona una seguridad activa frente a los riesgos derivados de la inactividad profesional en un contexto de previsible incremento de la movilidad laboral ocupacional. La orientación hacia la reinserción a través de políticas activas permite que la persona pueda adaptarse continuamente a las constantes modificaciones en curso (especialmente el cambio tecnológico y las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo). Es rasgo característico de las políticas activas del mercado de trabajo el incremento de las tasas de inserción laboral de los trabajadores desempleados, pero también la productividad de los trabajadores ocupados mediante mejoras de su cualificación profesional. Se puede decir, en términos generales, que existe una tendencia a favorecer las medidas activas de empleo y orientar en este sentido la propia política de protección contra el desempleo, la cual asumiría también como objetivo propio y preferente la reinserción de la persona al mercado. Ello supone también la normalización de la práctica político-legislativa de condicionar la participación activa del trabajador en los programas de inserción (que incorporan un compromiso del desempleado de participar activamente en la búsqueda de empleo y su disponibilidad permanente para intervenir en el desarrollo de los programas de activación).

Ello plantea una individualización de lo social, en el sentido de que se tiende a pasar de la consideración de las “poblaciones” relativamente homogéneas (grupos o clases) a las “situaciones concretas” de los individuos en particular (esto es, en la singularidad de su situación social), a fin de afrontar el reto de la exclusión. Es el caso de los desempleados de larga duración, situación que obedece a factores difícilmente generalizables porque suele depender de la biografía individual.

Todo esto supone replantear el principio de la “igualdad de oportunidades”, porque el nuevo Estado social no puede ser únicamente una instancia de distribución de prestaciones y de gestión de reglas universales y generalizables de protección social. Debe convertirse en un “Estado de servicio, aportando los medios específicos para la plenitud de la “vida activa” de los individuos. Ello supone una nueva opción del reformismo jurídico-social como condición de la persistencia del principio de solidaridad. Con ello se redescubre que el trabajo es un elemento integrador en la sociedad contemporánea. Lo que debe convertir en objetivo prioritario la reinserción laboral (que supera en este objetivo la versión tradicional de la asistencia social), pero evitando que la política de inserción se convierta en una simple apología de la empresa en cuanto “portadora de empleos” y de riqueza que hay que incentivar y subvencionar. Por otra parte, debe evitarse que la política de inserción reactive la antigua dicotomía entre buenos y malos pobres, como nueva estrategia de moralización de las clases y personas desfavorecidas (el “buen pobre” vale decir ahora el “buen excluido”). Por ello se puede afirmar que en ciertos aspectos, las políticas de inserción se parecen a las estrategias de moralización de la clase obrera que proliferaron en el siglo XIX, con la diferencia de que a la clase obrera moralizada se la recompensaba asegurándole su integración. Esa “moralización” está presente en la exigencia legal de la obligación de buscar

trabajo como condición para la permanencia en el sistema protector (para recibir prestaciones los parados deben demostrar que están buscando trabajo activamente y que están dispuestos a llevar a cabo los comportamientos necesarios para encontrar trabajo). También lo está cuando se argumenta que las medidas de activación no sólo reducen el paro sino que reducen la “dependencia” de la protección pública; o la otra vertiente, que afirma una protección social no debe “disuadir” de participar en la vida activa.

Es relevante hacer notar que la lógica de la reinserción penetra y se combina con la lógica de la protección “pasiva” en las diversas ramas de protección social pública que contemplan el fenómeno de la inactividad. En particular en la rama de protección por desempleo ello ha dado lugar a la articulación de medidas pasivas (satisfacción de prestaciones económicas como indemnización sustitutiva o compensatoria) y activas (orientación hacia la reinserción socio-laboral) dentro de la integración de la política de Seguridad Social en el marco de la política de empleo de la sociedad del trabajo. En realidad, la expresión “sociedad del trabajo” es oponible a la de “mercado de trabajo”, pues la primera tiene la virtud de resaltar el aspecto social y humano sobre el aspecto puramente mercantil (Márquez Prieto, A.,2001).

Tal concepción del derecho a la reinserción socio-económica, deducible del texto constitucional (arts. 35.1 y art.40 CE, ambos en relación con el art. 9.2 de la norma fundamental), supone el inicio de un camino necesario hacia una nueva concepción del pleno empleo en los países industrializados. Una función que la protección por desempleo asume en el marco de la realización de las políticas de fomento y de reparto del empleo. Aquí se puede apreciar la fundamentación jurídico-política de la protección por desempleo orientada hacia la reinserción, esto es, en un sentido “pro-activo”. La protección por desempleo, en efecto, se inscribe dentro de una política orientada hacia la realización del pleno empleo, y no sólo por imperativo de la constitución jurídica “interna” (art.40, en relación con el art.35 CE), sino también por aplicación de la misma normativa internacional. Se inscribe también en el programa constitucional de garantizar el derecho al trabajo (artículos 35.1 y 40 CE) y la calidad de vida especialmente en las situaciones de desempleo, a través de la satisfacción de prestaciones públicas “suficientes” para disfrutar de una vida digna que permita la integración en el sistema democrático y la inserción en la vida social y profesional (art.41 CE). Preceptos que deben ser objeto de una interpretación sistemática con toda la normativa reguladora de los derechos sociales fundamentales, como impone deducir del art. 10.2 CE¹⁰. No estamos ante unas normas constitucionales “programáticas”, ni simplemente “declarativas” de derechos, aunque tienen, sin duda, una textura abierta hacia distintas opciones de política legislativa, también aportan condicionantes limitativos de la discrecionalidad legislativa en el desarrollo de las previsiones constitucionales, como normas de garantía de derechos y normas directivas fundamentales respecto al comportamiento activo que han de observar los poderes públicos. En este sentido no son preceptos de “estricta” configuración legal por el mero hecho de estar relegados en el Capítulo III, de los principios rectores de la política económica y social, y, por tanto, no sólo “ubicados sistemática” en él, sino también petrificados sin hacer el reclamo hermenéutico a que obliga el propio texto constitucional ex art. 10.2, precisamente como obedeciendo a la necesidad de

¹⁰ Lo que remite, paradigmáticamente, a la Carta Social Europea Revisada de 1996, art. 12; al Convenio OIT, núm. 102, “Norma mínima de Seguridad Social”, etcétera.

garantizar efectivamente el principio de la dignidad humana garantizado en el apartado primero de la referida disposición constitucional. La posición muy restrictiva –y que no ha tenido una evolución interpretativa renovadora al respecto– de nuestro Tribunal Constitucional (paradigmáticamente, la doctrina restrictiva del TC que defiende el “garantismo débil” respecto de los derechos de Seguridad Social –incluido el desempleo– consagrados en el art. 41 establecida reiteradamente en SSTC 65/1987, de 21 de mayo¹¹, fj. 17, 37/1994, de 10 de febrero, fj.3, 126/1994, de 25 de abril, 215/1994, de 14 de julio¹², 197/2003, de 30 de octubre, 44/2004, de 23 de marzo, 53/2004, de 15 de abril, 234/2005, de 26 de septiembre, 213/2005, de 21 de julio, 128/2009, de 1 de junio, entre otras) ha impedido un mayor avance del *garantismo constitucional* respecto de los derechos sociales fundamentales, incluido los derechos de Seguridad Social, que se contemplan (y devalúan) como derechos incompletos o imperfectos que adquieren su virtualidad operativa tan sólo con el necesario desarrollo discrecional del legislador infraconstitucional (Monereo Pérez, J.L, 1999; 2002). Las debilidades visibles de la garantía constitucional ex art. 41 CE –pero también la interpretación aislacionista y excesivamente formalista y rígida de nuestro Alto Tribunal, que rechaza aquí operar con la interpretación evolutiva inherente a la “cultura de los derechos”– ha determinado la dificultad en no pocos casos de establecer una verdadera tutela garantista efectiva de derechos como el desempleo, aparte de plantear adicionalmente dificultades serias respecto a la misma efectividad –más allá del formalismo en su proyección– de los principios constitucionales respecto de la protección por desempleo conferida por el Sistema de Seguridad Social (Resulta ilustrativo el análisis realizado por Quesada Segura, R., 2004, *passim*).

Es la propia Constitución la que vincula “suficiencia” y “calidad” de la protección, al mismo tiempo que la protección por desempleo (como técnica específica de Seguridad Social) se coordina necesariamente desde sus propios fines (y sin perder, en consecuencia, su identidad) con la política de empleo. Exponente de esa conexión funcional es la renta activa de inserción, la cual como derecho de ciudadanía sociolaboral combina e integra la lógica reparadora y la lógica de inserción profesional. Es de señalar que la renta de asistencia activa (subsidio activo) puede estructurarse (y la experiencia interna e internacional así lo confirma) dentro y fuera del sistema institucional de Seguridad Social, como un conjunto de acciones y técnicas de protección social. El Tribunal Constitucional ha admitido ese doble encuadramiento en nuestra Constitución: una asistencia social “fuera” del sistema de la Seguridad Social como competencia de las Comunidades Autónomas ex art.148.1.20 CE (SSTC 13/1992, 6 de febrero, fj.14, 171/1998, 27 de julio, fj.2º) y una asistencia “dentro” del sistema institucional de la Seguridad Social ex art.41 CE y 149.1.17 CE, esto es, como sistema de protección social interno a la Seguridad Social) (cfr. STC 76/1986, 9 de junio). En cualquier caso, se enmarca dentro del modelo de Estado social como ámbito de acción y servicio público específico de finalidad social. Este último tipo y modalidad de organización de la asistencia social forma parte de la Seguridad Social (arts.42.1, 64 y 65 del TRLGSS).

¹¹ La cual declara que la Seguridad Social “es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”.

¹² Que en términos más amplia establece que “Las normas que contienen derechos sociales o de prestación (...) únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social...”.

La misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantiza a todo individuo el derecho de trabajar y de ejercitar una profesión libremente elegida o aceptada (lo que debe tenerse en cuenta ya para una valoración jurídico-reflexiva del “compromiso de actividad” y de la “oferta de empleo adecuado”). A este instrumento se le ha dotado de fuerza jurídico-normativa vinculante con rango asimilable al del sistema de los tratados fundacionales (art. 6.1 TUE). No obstante, no parece posible que este reconocimiento pueda producirse, en relación a ello, sin establecer un orden jurídico europeo no construido limitativamente –como el actual– desde el eje de la racionalidad económica y, en general, de la “cultura del mercado”, lo que dificulta –sino impide abiertamente– el necesario equilibrio (propio del constitucionalismo social) entre derechos sociales y mercado. Los derechos sociales, en efecto, no tienen un pleno reconocimiento en el sistema de los tratados fundamentales (que siguen siendo, ante todo, una gran constitución económica), y los precarios “objetivos” de política social quedan enteramente subordinados a la consecución de los objetivos de la política económica comunitaria (asentados plenamente en la constitución jurídico-económica europea), y a sus exigencias de funcionamiento en los términos conocidos de máxima liberalización, flexibilidad y competitividad. Con estas reglas de juego prefijadas los derechos sociales, de cohesión e integración, no pueden actuar como límites “externos” al mercado europeo. De ahí el intento “interesado” desde orientaciones ideológico-liberales de desplazar el derecho al trabajo digno y de calidad por la más difusa noción de “empleabilidad”, entendida ésta, restrictivamente, como orientación y aceptación flexible hacia cualquier empleo aún en detrimento de la profesionalidad del trabajador. Es una “actualización” del viejo principio de *funcionalización permanente* de la persona del trabajador a las exigencias del sistema económico. Sin embargo, esta concepción liberalizadora de la “empleabilidad” no es la única posible, porque puede ser contemplada en una perspectiva más conforme con la concepción del derecho al trabajo en el constitucionalismo democrático-social, de manera que la empleabilidad supondría una “activación” de un empleo de calidad a través de la realización del derecho al trabajo en términos de políticas activas encaminadas a la reinsertión.

Necesario es precisar el sentido de los conceptos que se utilizan. Existen, pues, dos modelos de “empleabilidad”: la empleabilidad liberal (que tiende a contraponerse a la concepción del derecho al trabajo como garantía de una ocupación acorde con la profesionalidad del trabajador ex art.35.1 CE; que refuerza la subalternidad del trabajador respecto a las exigencias del mercado) y la empleabilidad democrático-social (que tiende, por el contrario, a articular políticas activas encaminadas a que la persona del trabajador se incorpore a una actividad congruente con su profesionalidad; un trabajo, pues, de calidad y adaptado a las características del trabajador; lo que, sin duda, es más coherente con la formulación del derecho al trabajo en el constitucionalismo social en los términos de los arts.35.1 y 40 CE; mira, pues, a la tutela efectiva de la posición subjetiva del trabajador demandante de un empleo adecuado). La noción ideológico-liberal (liberalizadora) coloca al derecho al trabajo “devaluado” en términos de empleabilidad en una relación de subsidiariedad o subalternidad respecto a las exigencias del mercado y la misma fijación unilateral por parte del poder público del compromiso de actividad y del itinerario de inserción contradice la idea participativa de los interesados que es consustancial a un sistema democrático de Estado social “activo”. Se hace primar las intervenciones públicas de apoyo al “buen funcionamiento” del mercado a través de una ordenación jurídica de las reglas de competencia y de flexibilización de la mano de obra disponible, sobre las políticas sociales garantizadoras de derechos sociales de calidad. Tanto más cuando se aprecia que la política

de empleo (y, en general, de las políticas sociales) es un ámbito preferente más de *coordinación* a través de la convergencia de objetivos y medios predispuestos por los Estados miembros que propiamente de *integración* en el marco de la Unión Europea, mediante una política comunitaria integrada, no limitada a la convergencia de objetivos y su coordinación intracomunitaria.

En definitiva, la política de empleo es entendida ampliamente como un conjunto integrado de medidas activas y pasivas orientadas a la realización del derecho al trabajo mediante la búsqueda de un equilibrio en el mercado entre oferta y demanda de empleo. De ahí que la Ley de Empleo defina la política de empleo de un modo integrador de las políticas activas y pasivas, partiendo de la necesaria combinación de ambas. En efecto, conforme al art. 1 TRLE, “la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo”. De este modo, ciertos ámbitos de la Seguridad Social se configuran como *instrumentos interdependientes* de la política de empleo, pero sin detrimento de su función específica en calidad de técnicas de protección social dispensadora de prestaciones económicas y de apoyo a la integración social de los sujetos protegidos (art. 36.2 TRLE). De cualquier modo, con este enfoque lo que se combina es la función indemnizatoria con la función “empleativa” de la protección por desempleo. Se puede hablar de acoplamiento estructural y funcional de medidas reparadoras y de medidas de reinserción socio-profesional dentro del mismo sistema público de protección social por desempleo.

3. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA DE CONJUNTO SOBRE EL VIGENTE SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El actual modelo de protección contra el desempleo no es reconducible a modelos puros, es un modelo que combina las técnicas contributivas y asistenciales. Ya no parece posible sostener que los niveles asistenciales sean siempre una mera extensión del sistema contributivo (hay supuestos normativos en que tal prolongación no existe), aunque este “segundo” y “tercer” escalón no se basan sólo en algunos principios asistenciales. Hoy no existen tres sistemas sino uno integrado, complejo y mal estructurado, situado en un mismo sistema normativo (se trata de “niveles” dentro de un sistema normativo de protección que ya no obedecen a una única lógica pura)¹³.

¹³ De cualquier modo, el problema dogmático de delimitación entre previsión y asistencia social ha quedado más delimitado en las relaciones contemporáneas. En realidad, como indicara Paul Durand la oposición entre Seguro y Asistencia no subsiste más que en la medida en que el pago de las ayudas asistenciales sigue estando subordinado a la constatación de una situación de necesidad. En puridad, en el esquema asistencial el título jurídico para adquirir y disfrutar las prestaciones sería pura y simplemente el del ciudadano necesitado por causa de desempleo sin más; es decir, atendiendo preferentemente a la situación de necesidad objeto de protección en este ámbito de cobertura. Si esa misma condición se exigiera para el pago de las prestaciones de Seguridad Social desaparecería toda diferencia sustancial entre asistencia social y Seguridad Social. Ambas técnicas no son más que dos formas complementarias de un Sistema Único de garantía social (Duran, P., 1991, 714-715). Mientras la técnica de seguro social (previsión social) garantiza el derecho a prestaciones reparadoras al verificarse la contingencia prevista, antes de que los daños puedan determinar el estado de necesidad, las privaciones de la persona afectada. La asistencia interviene sólo en la medida en que, como consecuencia de contingencias previstas o no, se actualice un estado de necesidad, de privación, cuyo fin es combatirlo (Venturi, A., 1995, 283).

Una observación atenta de estas dificultades de calificación y delimitación precisa en los ámbitos correspondientes a la previsión y a la asistencia social (y su proyección en la protección por desempleo) refleja que son el reflejo individualizado de un fenómeno de más amplias dimensiones; a saber: la problemática (y difícil) integración de técnicas de previsión y de asistencia (técnica de ayuda) en el sistema contemporáneo de Seguridad Social, entendida ésta como “aquel complejo sistema a través del cual la Administración Pública u otros entes públicos realizan el fin público de la solidaridad por medio de la distribución de prestaciones de bienes (en dinero o en especie) y de servicios, a los ciudadanos que se encuentran en situaciones de necesidad por causa de la verificación de determinados riesgos”. Precisamente esa complejidad reside en que el sistema “resulta formado por la previsión social y la asistencial, puestas en contacto en base a la consideración de su fin, consistente en realizar la solidaridad entre todos los componentes de la sociedad a favor de los que se encuentran en situación de necesidad” (Persiani, M., 1965, 64-65; Vida, J., 1968). Este es el sentido general de la garantía constitucional de la Seguridad Social (cfr. art. 41 CE). Pero en el cuadro general del sistema de Seguridad Social la asistencia y la previsión social no permanecen intactas sino que se redefinen dinámicamente. Expresión de la historicidad de las categorías jurídicas y de su constante evolución. Es cierto que dentro de la noción jurídica de Seguridad Social evolucionada están comprendidas tanto la previsión social como la asistencia social “interna”. Los dos sistemas y técnicas tradicionales se integran para que a través de ellos los ciudadanos reciban prestaciones de bienes y servicios en el caso de que se verifiquen eventos que dan lugar a situaciones objetivas de necesidad. Los dos sistemas tradicionales han tenido origen y evolución distintos y responden a exigencias varias (Persiani, M., 1965, 65-66). Pero más allá de la ambiciosa aspiración de política constitucional de Seguridad Social, la asistencia y la previsión sociales no han sido superadas y absorbidas en un nuevo y más amplio sistema unitario, inspirado en los principios de la Seguridad Social. El actual sistema jurídico-positivo de la Seguridad Social desmiente el ensamblaje indiferenciado de los sistemas existentes de previsión y asistencia sociales. Es cierto que el desarrollo actual refleja la cada vez más acentuada intervención del Estado y la tendencia generalizadora de la protección contra las situaciones objetivas de necesidad, pero “esta evolución, si bien las aproxima, no es suficiente para cambiar radicalmente las estructuras de la previsión y la asistencia social, transformándolas o confundirlas en un único y nuevo sistema. Consecuencia de la realización de los principios de la seguridad social puede ser sólo una evolución ulterior de los sistemas existentes que, si bien profunda, no ha eliminado todavía sus características específicas” (Persiani, M., 1965, 67).

No obstante la inserción de ambos sistemas en el complejo sistema unitario de la seguridad social, no sólo da lugar a una mayor coordinación orgánica, sino también, y como consecuencia de esta inserción, sufren una modificación en su estructura, desde el mismo momento en que el sistema de seguridad venga a ser considerada en función de los nuevos principios acogidos por el ordenamiento (Persiani, M., 1965, 68). Ahora bien, como se ha dicho antes, ambos sistemas de protección no permanecen estáticos en el sistema de Seguridad Social, sino en permanente evolución, pudiendo deducirse del Derecho positivo las tendencias evolutivas de los institutos considerados. La evolución, que se produce como consecuencia de la inserción de cada uno de los sistemas dentro del de Seguridad Social, viene afectando tanto a la previsión social (algo menos advertido) como a la asistencia social. Muy especialmente, a la estructura (y a veces incluso en la función) de esta última.

Transitando ahora desde el punto de vista de la técnica protectora (o medio de protección) a la consideración de la tasa o nivel de cobertura (en extensión e intensidad), se puede decir que el actual sistema de protección del desempleo refleja una opción política restrictiva en la tasa de protección en comparación con la dirección de política del Derecho que informó el ciclo expansivo de la Ley 31/1984 y el Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social, que continua la tendencia marcada por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, el RD.-Ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes de Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de convalidación y modificación del Decreto precedente, y, en fin, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo. Es esta dirección de política de Seguridad Social la que se refleja en el TRLGSS. En este sentido, se puede decir que por lo que se refiere a la extensión subjetiva de la protección el sistema tiende a universalizarse (aunque se ponen trabas contributivas realmente duras para el acceso), mientras que por lo que se refiere a la intensidad de la cobertura, la calidad de la protección tiende sin duda a reducirse en términos absolutamente concluyentes. De manera que por lo que se refiere a la tasa de cobertura el modelo se caracteriza por esa doble presencia entre la mayor universalización y la menor intensidad de la protección que se confiere. En esa menor intensidad es donde es pertinente retener el indicado proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia de la protección global por desempleo.

Esta dialéctica entre universalización-menor intensidad de la cobertura, sólo se puede comprender y explicar si se tiene en cuenta la fundamental tensión político-económica subyacente, que no es otra que la existente entre la presión que ejerce la contención del gasto y la mayor demanda social de protección pública generada por el desempleo generalizado. La opción adoptada es de carácter racionalizador y selectivo. Lo que es dudoso es que esta orientación racionalizadora haya logrado equilibrar la eficacia económica y la eficacia y equidad social del modelo de protección en su conjunto. Más aún parece que ha prevaletido la lógica económica en la reducción de la intensidad de la protección sobre la lógica de la protección social. Tras las sucesivas reformas será necesario repensar el modelo normativo resultante, como se verá más adelante (infra, apartado 5).

Es obvio, por otra parte, que no toda la regulación que cristaliza en el TRLGSS, merece una valoración negativa. En primer lugar, se debe destacar el “regreso” formal del desempleo a la Ley de ordenación general del sistema de Seguridad Social en la línea prevista en el art.41 CE (Aunque nunca estuvo fuera de él desde el punto de vista de su *fundamentación* constitucional y desde la perspectiva conceptual que siempre lo situaba en la esfera de la Seguridad Social). Destacar también, en segundo lugar, que la actual normativa, que continúa siendo muy dispersa, y por ello generadora de graves problemas aplicativos, ha sido objeto de una mayor racionalización y sistematización en el proceso de reforma operado en los últimos años. En fin, es de realzar que, con todas las matizaciones que se quiera, era necesario mejorar los instrumentos de control del cumplimiento de las normas y en particular de lucha contra el fraude realmente existente. Pero ese control deberá ir dirigido hacia el comportamiento de las empresas de la economía irregular y, con menor impacto, a los trabajadores individuales perceptores de prestaciones por desempleo. No parecer ser esta, en los hechos, la prioridad legislativa (cfr. artículos 297 y 298 y sigs. del TRLGSS).

Pero, ahí se ha quedado el modelo legal. Falta en nuestro sistema el establecimiento de un conjunto de medidas de reforma en profundidad. Unas de carácter “interno”, encaminadas: a) a clarificar los respectivos campos de actuación y las conexiones existentes entre los tres niveles de protección; b) a dotar de mayor coherencia a cada uno de los niveles atendiendo a sus propias lógicas de funcionamiento (si se quiere “filosofías sociales”), la contributiva y la asistencial; c) a lograr que el nivel contributivo satisfaga rentas sustitutivas de los salarios dejados de percibir guardando un razonable criterio de proporcionales renta de sustitución y salario de actividad; d) y, en fin, a que el ámbito asistencial tienda garantizar progresivamente una cobertura universal de las personas en situación real de desempleo (lo que entre otros colectivos determinaría la inclusión de las personas que buscan su primer empleo, como la posibilidad de establecer un periodo mínimo de espera en función de las circunstancias concurrentes), y ha de hacerlo realizando transferencias sociales que garanticen el principio constitucional de suficiencia. En términos de principio, el subsidio, y tanto más la prestación, por desempleo no debería ser inferior al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Y e) Es necesario reorganizar el ámbito asistencial actualmente disperso e inorganizado.

Las insuficiencias son también de carácter “externo”, en el sentido de que las medidas de protección contra el desempleo deben coordinarse con la realización prioritaria de políticas activas de mano de obra (la previsión normativa existe –artículos 265.2 TRLGSS, y 36 y Capítulo III, artículos 41 y 42 del TRLE– pero todavía su diseño y ejecución en la práctica son ineficientes) y sobre todo las realización de una política orientada al pleno empleo –en la línea del trabajo garantizado postulada ya en el ámbito internacional por la ONU y la OIT (ver infra estas dirección de política del Derecho del empleo, apartado 5)–.

Es un aspecto importante a señalar en el modelo vigente es que los niveles asistenciales ha dejado ser en algunos casos un mero apéndice complementario del nivel contributivo, existiendo en el sistema positivo una interpenetración compleja y diversificada entre “lo complementario” (relación de complementaria) y “lo autónomo” (posición de independencia en la protección asistencial) en la confrontación entre los niveles integrados con aras de conseguir el objetivo global de atender a la situación de necesidad derivada del desempleo. Esta integración de sistemas determina también una combinación de técnicas protectoras: la técnica de previsión (en el ámbito contributivo) y la técnica de ayuda pública (en el ámbito asistencial) impregnada ésta de rasgos contributivos. Sin embargo en ese modelo integrado existen aún importantes distorsiones (disfuncionalidades) que no encajan bien con las respectivas lógicas contributivas y asistenciales que sería deseable esperar.

El “modelo de empleo” dominante afecta a todo el Sistema, ámbito contributivo y ámbitos asistenciales de protección por desempleo. En verdad, el sistema de protección por desempleo está encontrando serias dificultades para articular una respuesta razonable y justa en relación a la expansión del trabajo precario o atípico (esencialmente, los contratos temporales, el trabajo en régimen de subcontratación, el trabajo a tiempo parcial respecto del cual se propone desde las más recientes políticas iuslaborales su normalización o estabilización en el sistema de contratación laboral, aunque hay que advertir que hoy el trabajo a tiempo parcial, como también el autoempleo, tienen en la mayoría de las ocasiones un carácter involuntario o impuesto por la contraparte para la cual se trabaja) y en general del mercado secundario, donde a pesar de todos los esfuerzos se aprecia una insatisfactoria protección y atención en general al subempleo, y existe el riesgo de que los trabajadores con

empleo precario caigan en la pobreza. Es de señalar que las reformas realizadas en la última década lejos de luchar eficazmente contra la precariedad laboral la han fomentado a través de una panoplia de medidas autocalificadas de flexibilidad laboral y de fomento de la contratación de jóvenes y desempleados de larga duración. Ello ha determinado una expansión extraordinaria y generalizada del trabajo precario. Con ello parece asumirse, lamentablemente, un modelo de relaciones laborales y de competitividad basado más en la reducción de costes del factor trabajo que en la innovación y en la calidad. Ciertamente, de los dos modelos de competitividad (competitividad por la innovación y la calidad del producto y del trabajo; competitividad por la reducción de costes del factor trabajo), se ha optado (especialmente para los países del sur mediterráneo del espacio de la Unión Europea) por un modelo de competitividad a través de la reducción de costes del factor trabajo, la reducción de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos de acción, a saber: la negociación colectiva y la huelga. Es necesario hacer prevalecer el modelo de competitividad por la innovación y la calidad del producto y del empleo (Monereo Pérez, J.L., 2011; 2009). En estas coordenadas de política del Derecho hay que tener en cuenta la garantía de empleo y un trabajo decente para los desempleados que refleja un compromiso con el derecho al trabajo y con el compromiso del Estado Social de Derecho con el pleno empleo (art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 23; Convenio OIT, núm. 122, sobre la política de empleo; Objetivos de Desarrollo del Milenio acordados por la ONU en 2015, en cuya Meta 1B se hace referencia expresamente a la necesidad de “alcanzar el empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos”, de manera que el pleno empleo de calidad aparece como un elemento central de las políticas públicas; el “Pacto Mundial para el Empleo (PME)”, aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 19 de junio de 2009; las iniciativas de la OIT sobre el Trabajo Decente: Recomendación OIT núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008). Estas orientaciones que plantean una redefinición del Derecho social de Trabajo y de la Seguridad Social se han plasmado jurídicamente en la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los “pisos nacionales” de protección social, que en su art. 9.2 impulsa que los Estados miembros incluyan garantías de empleo y de Seguridad Social facilitadas por regímenes públicos en los “pisos nacionales” de protección social pública. La Recomendación OIT, núm. 202 (2012), entre otras cosas, “reafirma que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano”; reconoce que “el derecho a la Seguridad Social es, junto con la promoción del empleo, una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso” y considera “que la priorización de políticas destinadas a promover un crecimiento sostenible a largo plazo, asociadas a la inclusión social, contribuye a superar la pobreza extrema y a reducir las desigualdades y diferencias sociales dentro de las regiones y entre ellas” (Preámbulo). Delimita los “pisos de protección social” indicando que “constituyen conjuntos de garantías básicas de Seguridad Social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión Social” (Apartado I.2). Por otra parte, entiende que reconociendo la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica la presente Recomendación, los Miembros deberían aplicar un conjunto de principios: universalidad de la protección, basada en la solidaridad social; derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional; inclusión social; sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad; coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de Seguridad Social (Apartado 2.3). Los Estados miembros, en función de sus circunstancias nacionales,

deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos nacionales de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de Seguridad Social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el *ciclo de vida*, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una Seguridad Social básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional” (Apartado II.4. En el Apartado II.5 a 12 se concreta el contenido preciso de las garantías básicas de Seguridad Social, pero siempre subrayando que “la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad”).

Pero también se ha de realzar que no sólo se trata de mantener sino de extender y colmar lagunas de la protección social pública. En tal sentido, se regulan las “Estrategias Nacionales para *extender* la Seguridad Social” (Apartado III.13 a 18), indicando, entre otras cuestiones, que al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de Seguridad Social, los Estados miembros deberían “*completar la Seguridad Social con políticas activas del mercado de trabajo*, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según proceda” [Apartado III. 14.d)]. Los “pisos de protección social” promueven la universalidad desde un enfoque de derechos y capacidades de las personas. El objetivo es proteger a todas las personas a lo largo del ciclo vital, pero teniendo en cuenta que el “piso de protección social” deberá diseñarse considerando las situaciones de desigualdad inicial de las personas tanto en términos socio-económicos, como de género. En una perspectiva de conjunto, los “pisos de protección social” involucran componentes contributivos, asistenciales y universales, entendiendo que el derecho a la Seguridad Social es para la OIT parte de un objetivo más amplio, es decir, uno de los ejes fundamentales del concepto de “Trabajo Decente”, que implica un trabajo garantizado; un trabajo con derechos sociolaborales y por tanto sometido a un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja. De manera que la garantía del trabajo decente o digno constituye una responsabilidad de los poderes públicos. En realidad, el trabajo decente es el *punto de convergencia* de varios objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; la protección social y el diálogo social. El trabajo decente es un trabajo que goza de una “relativa desmercantilización” a través de la garantía jurídica de los derechos sociales (Monereo Pérez, J.L., 1995,1996). Precisamente, el “Pacto Mundial para el Empleo (PME)” (2009), propone una “respuesta a la crisis basada en el trabajo decente” y el “establecimiento de sistemas de protección social y protección de las personas”, que, entre otras medidas, incluya “la seguridad del ingreso combinada con sistemas públicos de garantía del empleo para los desempleados y los trabajadores pobres”. Por otra parte, reafirma el papel positivo que para la economía tienen los sistemas de protección social: “Los países que cuentan con sistemas de protección social sólidos y eficazmente gestionados disponen de un valioso mecanismo estructural para estabilizar sus economías y afrontar los efectos sociales de la crisis. Estos países tal vez necesiten reforzar los sistemas de protección social existentes. Para los demás países, la prioridad es atender las necesidades urgentes mientras se van asentando los cimientos de sistemas más fuertes y eficaces”.

Con ese objetivo, la vinculación de las políticas de empleo y de Seguridad Social permitiría aplicar políticas eficientes orientadas al pleno empleo, políticas de lucha contra la precariedad laboral y de protección frente al desempleo. En definitiva, trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la

Seguridad Social en una sociedad democrática, que como tal ya no puede dejar de ser de democracia social y sustancial.

Estos colectivos muy diversificados encuentran graves dificultades para acreditar los períodos de cotización exigidos, ingresando en los ámbitos asistenciales por el endurecimiento del principio de contributividad. Donde las prestaciones por desempleo se insertan en el circuito de la movilidad extraempresarial. Al respecto se han defendido distintas propuestas como la flexibilización de los requisitos de cotización previa, mejorar la prestación, facilitar el acceso al resto de prestaciones del sistema de protección social, o reducir la precariedad laboral. De todas ellas, la más correcta, por adecuación a la finalidad pretendida, es sin lugar a dudas la de acabar o reducir al mínimo el empleo precario y el llamado “mercado secundario” de empleo, menos protegido por el ordenamiento laboral y por las políticas de protección social. Se trata de resolver el problema en la “fuente” (origen o causa determinante) y no tanto en ámbito de las consecuencias. La persistencia del empleo precario distorsiona en sí el correcto funcionamiento del sistema de protección del desempleo, ya que el sistema de protección social (por muy “proactivo” que sea) tiene que hacerse cargo de la excesiva rotación laboral y la ruptura de una razonable continuidad en el empleo.

Pero es que, por lo demás, esa dualización del mercado de trabajo y su proyección en el sistema de protección por desempleo tiene efectos sobre el equilibrio financiero ante todo del nivel asistencial clásico, de manera que se multiplica el gasto en el nivel asistencial, lo cual plantea problemas inducidos de ineficiencia y de sostenibilidad financiera (Pérez del Prado, D., 2014, 448). En todo caso, las soluciones tienen que producirse no sólo atendiendo a los efectos o consecuencias negativas en el campo de la protección social, como en la fuente o factores determinantes de dicha fragmentación de los mercados de trabajo. En este sentido, debe reclamarse la puesta en práctica coherente de las políticas garantistas del “trabajo decente” o digno de la persona que trabaja, lo que conduciría a elevados niveles de “desmercantilización” del trabajo y al establecimiento de un “estatuto jurídico-protector del trabajador” homogéneo al menos en lo que se refiere a los derechos sociolaborales básicos, de manera que ese estatuto protector lejos de reflejar la fragmentación tendiera a superarla bajo la lógica de la homogeneidad social. Pero, además de actuar desde la Seguridad Social, se debería actuar, asimismo, desde el Derecho Laboral, neutralizando por vía del Derecho legal las fórmulas jurídicas que actualmente contribuyen a “construir” y reforzar el segmentación de los mercados de trabajo. La dirección idónea es aquí, igualmente, la del “trabajo decente”, es decir, la del trabajo protegido con igualdad de derechos básicos, que neutraliza la dualización laboral y desincentiva el uso y abuso de los “mercados secundarios” de trabajo. Este planteamiento es coherente con la referida normativa internacional y es objeto actualmente de reforzamiento tanto en la ONU como en la OIT.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALCAZAR RUIZ, I.: “La prestación asistencial por desempleo. Un estudio de los requisitos de acceso”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones”, en VVAA.: *Comentarios la Nueva Legislación Laboral*, Madrid, Ed. Tecnos, 1985.

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Distintas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la prestación por desempleo”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- ARUFE VARELA, A.: “Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013).
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSESS): *La protección por desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la AESSESS, celebrado en Madrid, los días 20-21 de Octubre de 2015, Murcia, Ed. Laborum, 2015 (Con un enfoque exhaustivo a través de diversas Ponencias y numerosas comunicaciones).
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.
- BEVERIDGE, W.: *Pleno empleo en una sociedad libre*, trad. P.López Mañez, Madrid, MTAS, 1989.
- CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción del desempleo*, Granada, Ed.Comares, 1997.
- “El nuevo régimen jurídico del desempleo”, en VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004.
- “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2008).
- “El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1 (2014).
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed.Comares, 2014.
- CASTEL, R.: *L' insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, París, Éditions du Seuil, 2003.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Compatibilidad entre protección por desempleo y trabajadores agrícolas por cuenta propia orientados al autoconsumo familiar”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social.Laborum*, núm. 5 (2015).
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en SEMPERE NAVARRO,A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ,R.(Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003.
- DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- “La respuesta de la protección por desempleo ante la crisis económica”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.

- DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O.: “La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción”, en *RTSS*, núm.224 (2001).
- CHARRO BAENA, P. y SÁCHEZ TRIGUEROS,C.: “Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28 (2012).
- CHARRO BAENA, P.: “El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 105 (2013).
- COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997.
- CUADERNOS DE INFORMACIÓN SINDICAL: “El Sistema de Protección Social en España 2015”, Madrid, Ed. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2015.
- DESDENTADO BONENTE, A.y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida*, Madrid, Civitas, 1996.
- DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y Estudio Preliminar, “La recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social, de José Vida Soria, Madrid, MTSS, 1991.
- ESPÍNG-ANDERSEN, G.: *Fundamentos sociales de las economías post-industriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *La renta activa de inserción*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.
- EUZEBY, CH.: “El Ingreso Mínimo Garantizado: experiencias y propuestas”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 106, núm. 3 (1987).
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, en *REDT*, núm.114 (2002).
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La noción jurídica de empleo adecuado”, en *Rev. Tribuna Social*, 2003.
- “La reposición del derecho a la prestación por desempleo en situaciones de suspensión y reducción de jornada por causas empresariales: puntos críticos”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2005.
- FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “Un año de vigencia de la prestación por desempleo para trabajadores extranjeros que retornan a sus países”, en *Relaciones Laborales*, núm. 14 (2009).

- “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- “Iniciativas establecidas en la protección por desempleo durante la crisis: comentarios y propuestas”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 60 (2013).
- FRAZER, H.y MARLIER, E.: *Minimum Income Schemes Across EU Member States (Los regímenes de renta mínima en los Estados miembros de la UE)*, Informe de Síntesis, Red de la UE de Expertos Independientes sobre Inclusión Social, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Bruselas, 2009.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Jurisprudencia constitucional en materia de Seguridad Social: la protección por desempleo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37 (1993).
- “Cambio y continuidad en la protección por desempleo: a propósito de las reformas de 1992”, en *REDT*, núm.61 (1993).
- “Desempleo”, en *XIV. Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004.
- GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la protección por desempleo en el nivel contributivo de prestaciones”, en *Tribuna Social*, núm. 150 (2003).
- GARCÍA ROMERO, B.: “La garantía de ingresos mínimos en la protección social española”, en VV.AA.: *Crisis económica, reformas laborales y protección social. Homenaje al Profesor Jesús María Galiana Moreno*, Cavas Martínez, F. y Luján Alcaráz, J. (Dir.), Murcia, Universidad de Murcia, 2014.
- GARCÍA VIÑA, J.: “La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Ed. Laborum, 2010.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección por desempleo”, en *RL*, 1993/II.
- “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en *Reestructuraciones de Empresas. XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas*, Sevilla, CARL, 2009.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo”, en *Temas Laborales*, núm. 112 (2011).
- ILLUECA BALLESTER, H.: “Reconocimiento internacional del trabajo garantizado”, *Público*, 28 de junio de 2015.
- KALECKI, M.: “Aspectos políticos del pleno empleo”, en HUNT,E.K.y SCHWARTZ,J.G.: *Crítica de la teoría económica*, México, FCE, 1977 (reeditado en *Revista de economía crítica*, núm. 12, 2011).

- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, en *Revista de Derecho Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo*, Documento de trabajo 19/2003, Fundación Alternativas, 2003.
- “La dimensión de la activación en las prestaciones de desempleo”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2ª ed., 2014.
- “Prestaciones por desempleo y crisis económica. Algunas propuestas de reforma”, en VV.AA.: *Crisis y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- “El empleo juvenil en la Ley de Emprendedores”, en VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Sevilla, CARL, 2014.
- “Empleo irregular, fraude y crisis de financiación del sistema de protección por desempleo”, VV.AA.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje a Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Ed. Laborum, 2014.
- LUELMO MILLÁN, M.A.: “La prestación contributiva de desempleo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- LUJÁN ALCARÁZ, J.: “La noción de “colocación adecuada” ante la reforma de la protección por desempleo”, en *Aranzadi Social*, núm.5 (2002).
- “Políticas públicas frente al desempleo”, Ponencia en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- McLUHAN, M.: *Understanding Media: The Extensions of Man* (1964), Corte Madera (Canadá), Gingko Press (Original word Published in 1964), 2003. Es el Título del Primer Capítulo (“El medio es el mensaje”).
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿fomento de empleo o del retorno?”, en VV.AA.: *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, García Castaño, J. y Kressova, N. (Coords.), Granada, Instituto de Migraciones, 2011.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La protección por desempleo en España y otros Estados Europeos*, Madrid, MTAS, 2001.

- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. DE LOS R.: “Mejora de la empleabilidad a través de la sustitución de medidas pasivas por políticas activas de empleo. Fortalezas y debilidades”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- MELLA MÉNDEZ, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 77 (2008).
- MERCADER UGUINA, J.R. y DÍAZ DE ATAURI, P.G.: “La capitalización de la prestación por desempleo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- MIRANDA BOTO, J. M.: “El sistema español de protección por desempleo en la jurisprudencia comunitaria”, *AL*, núm. 19, 2005.
- “Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (II). Prestaciones”, en VV.AA.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la “marginalidad” a la “centralidad” del sistema”, en *RL*, núm.4/2003.
- MOLINA, C., CUEVAS, J., DE LA CASA, S. y MOLINA, O.: “La “contrarreforma” del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, 12.12”, en *RTSS*, núm.2-3 (2003).
- MONEREO ATIENZA, C.: *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a la protección por desempleo”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
- El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.
- “El derecho a la Seguridad Social. Comentario al art.41 de la Constitución”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2003.
- “El modelo español de protección contra el desempleo”, en VVAA.: *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, López, J. (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996.
- “El Derecho de los españoles a la Seguridad Social (Artículo 1º de la LGSS)”, y “Fines de la Seguridad Social (Artículo 2º de la LGSS)”, ambos en VV.AA.: *Comentario a la*

Ley General de la Seguridad Social, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.

-“La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones Laborales*, núm.24 (2001).

-*Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007

-“El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y MorenoVida, M^a.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.

-“El trabajo precario”, en VV.AA.: *Juan Rivero Lamas, “In memoriam”*, Murcia, Ed. Laborum, 2009.

-“Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N^o Extra 74 (2008).

-“Estrategias de ajuste, reestructuración y flexibilidad laboral: modelos normativos”, en *Tribuna Social*, núm.227 (2009).

-“Eres, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N^o. Extra 1 Seguridad Social (2009).

-*La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

-“Crisis empresariales, despidos y prejubilaciones”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTROYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.

-*La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.

-“Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.

-“El Derecho del Trabajo y el Legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y Política del Derecho Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38 (2014).

-“El derecho al trabajo”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

-“La renta de «subsistencia». En especial, la Renta de Inserción como derecho social”, en VV.AA.: *Jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período*

1999-2010. *Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés-Dal-ré, F. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015.

-“Desempleo de larga duración y medidas activas de “empleabilidad” e inserción laboral: a propósito del Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014 y del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, sobre Programa Extraordinario de Activación para el empleo”, en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 3 (2015).

-“William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015).

-“*El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques*”, Ponencia General en XII Congreso Nacional de la AESSS, Madrid, octubre 2015, VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Murcia. Ed. Laborum, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El desempleo de los trabajadores autónomos”, Ponencia General en VV.AA.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2007.

-*Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Ed. Comares, 2009.

-“El sistema de protección por cese de actividad: Régimen de financiación y gestión”, en *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 5, Nº 2 (2012).

MONEREO, J.L., MONEREO, M. y OCHANDO, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista Sistema*, núms.155-156 (2000).

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999.

-“El derecho al trabajo y la política de pleno empleo. Comentarios a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J.: “La nueva configuración jurídica de la protección asistencial por desempleo de los trabajadores agrarios por cuenta ajena”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J.: *La Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación*, Granada, Ed. Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, A. L.: “Derecho al trabajo y a la seguridad social (Artículo 10)”, en VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Ed. Comares, 2012.

-“Derecho a la seguridad social y a los servicios sociales (Artículo 14)”, en VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ,

- L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M^a.: “Comentario al artículo 205 LGSS”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El Nuevo Régimen Jurídico de la Renta de Inserción*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- OIT.: *El trabajo decente y la economía informal, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª sesión*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2002.
- NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades: propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós, 2012.
- OJEDA AVILES, A.: “Los modelos europeos de Seguridad Social en la perspectiva comparada”, en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y MorenoVida, M^a.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- “El final de un principio (El de estabilidad en el empleo)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980.
- OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La “Subjetivización” de las políticas activas de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- PANIZO ROBLES, J.A.: “Medidas laborales contenidas en el RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, en *Tribuna Social*, núm. 220 (2010).
- PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: “La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, en *A.S.*, núm. 4 (2013) (BIB 2013/1516).
- PÉREZ DEL PRADO, D.: *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Valladolid, Lex Nova/Tromson Reuters, 2014.
- La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PERSIANI, M.: “El sistema jurídico de la previsión social”, trad. y Est.preliminar José Vida Soria, Madrid, 1965.
- PIETERS, D.: *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, 2ª ed., Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn), 2006.
- QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2004.

- “De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar: puntos críticos”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- ROBINSON, J.: “Ensayos sobre la teoría de la ocupación”, en *Ensayos de economía postkeynesiana*, Buenos Aires, 1959.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La normalización de la renta activa de inserción”, en *RL*, núm.3 (2007).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”. La reforma laboral de 2012 y otras reformas: la Ley 11/2013 y el RD Ley 11/2013”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15 (2013).
- ROMERO CORONADO, J.:”Subsidio por desempleo, subsidio agrario y renta agraria”, en *Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios*, en Hierro Hierro, F. J. (Coord.), Murcia, Ed.Laborum 2012.
- ROMERO BURILLO, A.M^a. y MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Cizur Menor (Navarra), Ed.Aranzadi, 2007.
- ROSANVALLON, P.: *La Nouvelle Question Sociale*, París, Éditions Seuil, 1995 (trad., *La Nueva Cuestión Social*, Buenos Aires, Eds. Manantial, 1995).
- SALAS PORRAS, M.: *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, CARL, 2010.
- SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C.: “Modernización y simplificación de la coordinación de los regímenes de protección social en la Unión Europea”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Ed. Laborum, 2010.
- “La Exportación de la Renta Activa de Inserción, ¿Buena Práctica Jurídica?”, en VV.AA.: *Buenas prácticas Jurídico procesales para reducir el gasto social*, Murcia, Ed. Laborum, 2015.
- SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J.V.: “Las reformas de la Ley de Empleo”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- “Comentarios a la Renta Activa de Inserción”, en VV.AA.: *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Tatay Puchades, C. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Lex Nova/Ed. Aranzadi, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento (CE) 883/2004”, en *Aranzadi Social*, núm. 9 (2004).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.(Coords.): *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del RD Ley 5/2002*, Murcia, Ed. Laborum, 2002.
- SENNETT, R.: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo* (1998), trad. Daniel Najmías, Barcelona, Ed. Anagrama, 2000.

- SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, Valencia, tirant lo blanch, 2004.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La política de colocación*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2006.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”, en *Revista Información Laboral*, núm. 10 (2014).
- TATAY PUCHADES, C.: “Modificaciones en la protección por desempleo con ocasión de la crisis económica”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- “Salidas al extranjero y realización de trabajos: ¿Suspensión, extinción, delito o compatibilidad con la protección por desempleo?”, en VV.AA.: *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Tatay Puchades, C. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Lex Nova/Ed. Aranzadi, 2015.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “Supuestos legales de desempleo protegidos en el ordenamiento español: una valoración crítica”, en *RL*, 1994/II.
- Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Madrid, Fundación BBV, 1996.
- El marco conceptual de la inactividad laboral: aspectos económicos*, Bilbao, Fundación BBV, 1996.
- “La inseguridad en el empleo: causas, instrumentos y políticas legislativas”, en *Aranzadi Social*, 1999-V.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El subsidio de prejubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2015).
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: “La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del RDL 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- “Crisis de empleo y nueva política jurídica de protección por desempleo para extranjeros”, en
- VV.AA.: *Reestructuraciones de empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 2010.

- “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007, 900)”, en *La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008*”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 21 (2009).
- VAL ARNAL, A.L.: “El Derecho de la Seguridad Social en la Unión Europea como instrumento al servicio de la libre circulación de los trabajadores comunitarios”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 147/1997.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la seguridad social*, trad. G.Tudela Cambroner, Madrid, MTSS, 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social”, en *Revista de Derecho Social*, núm.20 (2002).
- VALLECILLO GÁMEZ, M.y R, C.: “El régimen de estabilidad de la renta activa de inserción como subsidio no contributivo de la Seguridad Social: ¿realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)”, en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 286 (2007).
- VIDA SORIA, J.: “Régimen jurídico del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por responsabilidades familiares”, en *Prestación por desempleo*, Madrid, 1993.
- “Artículo 41. Seguridad Social”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.): *Comentario a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1984, 2ª edición 1996.
- “Asistencia en el ordenamiento de la Seguridad Social española”, en “RT”, núm.21 (1968).
- “Régimen del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por responsabilidades familiares”, en VV.AA.: *Prestación por desempleo*, Madrid, CGPJ, 1993.
- VIZCAÍNO RAMOS, I.: “La regulación de la protección por desempleo en Europa y en Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015).
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant lo blach, 1990.
- La protección por desempleo derivada del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004 (con cuatro Ponencias a cargo de J. García Murcia, V.A.Martínez Abascal, J.Cabeza Pereiro y R.Roqueta Buj, y numerosas Comunicaciones).
- VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (Dirs.), Granada, Ed.Comares, 2002.
- Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, 2 vols., Monereo/Moreno (Dirs.), Granada, Ed.Comares, 1999.

- VV.AA.: *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª ed., Rodríguez-Piñero Royo (Dir.), Madrid, Ed. Tecnos, 2006.
- VV.AA.: *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, MTAS-Informes OIT, 2007.
- VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- VV.AA.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo*, Monereo Pérez, J.L., MorenoVida, Mª.N. y Fernández Aviles, J.A. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011.
- VV.AA.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (Dirs.), Madrid, Ed. Tecnos, 2011.
- VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal-ré, F. (Dir.), Lahera Forteza, J. (Coord.), Madrid, Ed. La Ley, 2012.
- VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs.), Tomás Jiménez, N. (Coord.), Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2013.
- VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- VV.AA.: *100 Sentencias seleccionadas de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Monográfico sobre prestaciones por desempleo*, en *Revista de Derecho Social*, núm. 70 (2015). CD-ROM nº 52/2015.
- VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2014.
- VV.AA.: *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la AESSS*, Madrid, octubre 2015, Murcia. Ed. Laborum, 2015.

El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso

Surcharge work accident related illnesses harassment

GEMMA FABREGAT MONFORT

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

El artículo tiene por objeto realizar un análisis a propósito de las consecuencias del acoso desde la perspectiva de los efectos perniciosos que puede tener para la salud del trabajador. Se trata de delimitar qué es el acoso desde una perspectiva jurídica y cómo deben ser jurídicamente calificadas las consecuencias que puede tener en la salud del trabajador, en el sentido de ser calificadas de contingencias profesionales y, por extensión, si puede dar lugar o no a un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas.

Abstract

The article aims to carry out an analysis with regard to the consequences of harassment from the perspective of the pernicious effects it can have on the health of the worker. It is intended to delimit what is harassment from a legal perspective and how the consequences can have on the health of the worker must be legally qualified, in the sense of being qualified as occupational contingencies and, by extension, whether or not they can lead to a surcharge of benefits for non-preventive measures.

Palabras clave

Acoso, Violencia laboral, Accidente de trabajo, Contingencia profesional, Prevención de Riesgos laborales

Keywords

Harassment, Workplace violence- Occupational accident, Professional contingency, Preventive measures

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis a propósito de las consecuencias del acoso desde la perspectiva de los efectos perniciosos que puede tener para la salud del trabajador. Se trata de delimitar cómo deben ser jurídicamente calificadas las consecuencias que el acoso tiene en cuanto a la consideración de una posible incapacidad del trabajador como accidente laboral y, por extensión, si puede dar lugar o no a un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas a favor del trabajador.

A efectos de sistematizar el tratamiento de este tema es importante abordar igualmente qué es el acoso desde una perspectiva jurídica del término, la distinción del acoso de figuras afines, así como la consideración que tiene la salud del trabajador como interés jurídico a proteger frente a una situación de acoso.

Todo ello con la finalidad de delimitar la calificación de la contingencia en caso de afectación a la integridad del trabajador en una situación de acoso.

2. EL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL

Una de las primeras cuestiones que hay que tener en cuenta a la hora de delimitar las consecuencias que sufrir una situación de acoso puede tener en la salud del trabajador, es la dificultad que desde siempre ha existido a la hora de precisar cuándo determinadas conductas

son o no constitutivas de lo que jurídicamente debe entenderse como acoso. Máxime porque el tratamiento normativo que al respecto ha existido no ha ayudado. No existe un concepto legal de acoso laboral en el E.T.¹. Y la primera norma que se ha referido expresamente al concepto de acoso lo ha hecho para delimitar un acoso específico, el acoso discriminatorio ante la concurrencia de ciertas causas, obviando totalmente el tratamiento normativo al acoso laboral, en general.

La ausencia de un marco normativo referido al acoso en general en el ámbito laboral, ha obligado a los tribunales a ir perfilando con su interpretación cuando cabe entender que se da acoso en función de la concurrencia o no de ciertos requisitos que han pasado a ser prácticamente determinantes de su conceptualización.

En efecto, desde la óptica de la realidad de 1980, desde el contexto económico, político y social de la primera redacción del E.T., es fácil entender por qué en la norma laboral “general”, el E.T., no hay un concepto expreso de acoso que se refiera al acoso en el trabajo en general, sin un carácter discriminatorio.

En ese momento histórico, el legislador del E.T. parecía estar pensando más en fijar las bases de la reconversión industrial que en los derechos fundamentales en el trabajo, y en parte es lógico que así fuera.

Pero por lo que aquí interesa destacar, lo anterior supone que no hay marco legal expresamente referido al ejercicio y respeto de la totalidad de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, en cuanto tal; y, por extensión, tampoco lo hay para hacer frente a las situaciones de acoso².

De donde sigue que las víctimas de acoso, no encuentran en el marco legal más sustento jurídico para hacer valer sus derechos, que el de la reclamación de la vulneración de su dignidad reconocida en el art. 4.2.e) E.T., de forma genérica, y en los términos fijados en el art. 18 E.T. y 20 E.T. como límite, también genérico, al control y al poder de dirección del empleador.

En ese contexto, traducir esa reclamación de la dignidad reconocida ex. arts. 4.2.e), 18 y 20 E.T., parecía necesariamente imponer la reivindicación del derecho a extinguir el contrato por aplicación del art. 50.1.a. E.T. Lo cual, no sólo suponía que la víctima se quedaba sin trabajo, lo que es muy discutible desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva³, sino que

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

² En ese contexto, extrajurídicamente se va gestando el concepto de acoso. De hecho, fue el etólogo Lorenz, quien se refirió por primera vez a esta realidad, siendo más tarde Leyman el autor que seguramente más ha profundizado en el estudio del acoso (Cfr. LEYMAN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, Edit. Du Seuil, Paris, 1996; y, del mismo autor, “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo”, *European Journal of work and Organizational Psychology*, 116)

³ Al respecto, STSJ de Madrid 14-6-2005, Rec. 905/2005; y STSJ de Madrid 10-12-2007, Rec. 4275/2007 “es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón de acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante, los efectos resarcitorios ya apuntados, una pérdida de puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador. Sin embargo ésta parece ser la única solución posible, si bien habría que ponderarse en términos adecuados por la Jurisprudencia Social no sólo el perjuicio inherente a la forzada extinción contractual -<ex. art. 50.c) E.T. del “Estatuto de los Trabajadores”>- sino, también, el perjuicio material y moral que ocasiona al trabajador tener que extinguir la relación laboral que mantiene con la empresa”.

además, sólo permitía reclamar las situaciones de acoso verticales que, siendo ejecutadas por el empleador o el superior jerárquico de la víctima, comportaban sobre todo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Fue con la entrada en vigor de la LPRL, Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cuando empezó a cambiar el panorama normativo en lo que a protección frente al acoso en la empresa respecta.

De hecho, ex. art. 14 LPRL el empleador está obligado a garantizar la seguridad y salud en la empresa, esto es, es el responsable de que la prestación de servicios se efectúe en adecuadas condiciones de seguridad y salud y, en consecuencia y por lo que aquí interesa, también lo es de prevenir, evitar y erradicar en su empresa los riesgos psicosociales en general y el acoso en particular⁴.

Desde esa perspectiva, el acoso laboral ejercido no ya por parte de un superior jerárquico sino de un compañero de trabajo del mismo nivel jerárquico o, incluso, de alguien que se encuentra en una posición inferior, es más fácil de reclamar o denunciar judicialmente por la vía del art. 50.1.c) E.T., extinción del contrato de trabajo ante un incumplimiento grave de otras obligaciones empresariales, al poderse incluir entre estos posibles incumplimientos empresariales el de la obligación preventiva en los términos del art. 14 LPRL

Se empieza a tutelar, desde esa perspectiva preventiva, el acoso horizontal, entre compañeros, o aquel en el que la víctima es un superior jerárquico del agresor o agresores. Pero ello sin que exista en la norma, todavía, referencia expresa al acoso laboral, en cuanto tal.

Estando así las cosas, entran en vigor tres normas que, por ser una transposición de normativa europea, sí incluyen el concepto de acoso. Y ese hecho, que debería ser positivo, no lo es tanto al generar una cierta dispersión normativa por perfilar un concepto de acoso

⁴ Cfr. AGUSTÍ MARAGALL, J., “El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico”. En AAVV., *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. AA.VV., (CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F.; MOVILLA GARCÍA, M., Coords.) Quintas Jornadas de Otoño de Derecho Social. Comares. Granada, 2002. La necesidad de que la nueva tutela judicial del acoso avanzase desde la tutela de la prevención de riesgos laborales y desde la tutela de la prohibición de discriminación también fue puesta de relieve por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social*, nº19/2002. Cfr., además, MOLINA NAVARRETE, C., “La tutela frente a la “violencia mora en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, *Aranzadi Social* nº 18/2002; Del mismo autor: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS Sala 4ª de 11 de marzo de 2004”, *Revista de Derecho Social*, nº26/2004; “La justicia contra el acoso deja de administrarse con lazos torcidos?” un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentarios a la STS, Sala 4ª, 17 de mayo de 2006”, *RDS*, nº 35/2006. p. 188; FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*. Bomarzo. Albacete, 2011.

A modo de ejemplo de estas primeras sentencias, entre otras, STSJ del País Vasco 9-7-2002; Rec. 1330/2002; SsTSJ de Asturias 9-5-2003, Rec. 2395/2002; Rec. 2428/2002; Rec. 2394/2002; Rec. 2396/2002; STSJ de Cataluña de 2-6-2006, Rec. 9204/2005; En sentido contrario, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6-10-2003, Rec. 785/2003. Con todo, en este sentido han resultado determinantes las STC 62/2007, de 27 de marzo –B.O.E. 26-4-2007– y STC 160/2007, de 2 de julio –B.O.E. 3-8-2007–, que expresamente vienen a decir que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles.

sólo por ciertas causas discriminatorias, e ignorar, totalmente, que en el E.T. no había referencia expresa al acoso en general.

Las normas a que me refiero son la Ley 51/2003, de igualdad de trato respecto las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de igualdad por motivos raciales, religiosos, sexo, orientación sexual⁵. Ambas contienen una definición expresa de acoso, además de suponer la modificación del art. 54 E.T. permitiendo despedir disciplinariamente al que acose a otro, aunque, y esto es importante, sólo por los motivos que expresamente se menciona, es decir, sólo si se acosa en base a las causas que el precepto fija.

Si esa definición de lo específico cuando no existe la definición de lo genérico ocasiona *per se* disfuncionalidades, realmente éstas se incrementan todavía más con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad real entre mujeres y hombres –en adelante, LOI–.

De hecho, la LOI, contiene dos referencias al acoso. La primera, cuando en la regulación de los planes de igualdad habla de la necesidad de que en los mismos se trate, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46 LOI). La otra, en el art. 48 LOI, cuando, con independencia de la obligación o no de la existencia de un plan de igualdad, obliga a todas las empresas a tener un protocolo o unos procedimientos específicos para prevenir el acoso, que se deberán negociar con los representantes de los trabajadores.

Pues bien, desde el momento en que lo especial (porque esta obligación se condiciona en la ley al acoso sexual y por razón de sexo) sí se legisla expresamente, pero no se hace lo propio con lo general, existe el riesgo de que erróneamente se entienda que la obligación de prevenir el acoso en la empresa deriva de la LOI y no de la LPRL y que sólo existe obligación empresarial de actuar ante el acoso en los casos del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Insisto en la idea porque me parece muy importante: es con y a partir de la entrada en vigor de la LOI cuando se entiende que existe la obligación de prevenir el acoso en la empresa. Pero el reconocimiento de esta obligación parece que se hace ignorando que la obligación, en cuanto tal, ya existía y existe desde la LPRL

De hecho, desde esa perspectiva, se suele olvidar el acoso en general, así como la obligación preventiva que el empleador tiene para con sus trabajadores también en el caso de violencia psicológica en el puesto de trabajo. Se ignora, de esta forma, lo genérico (el acoso en cuanto tal) para hacer referencia a lo específico (el acoso sexual o por razón de sexo), con las consecuencias negativas que ello tiene para garantizar una adecuada prevención,

⁵ Estas leyes suponen la transposición de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; normas comunitarias que también tipifican el acoso por razón de tales motivos como conductas expresamente prohibidas por discriminatorias.

generando, en consecuencia, la posibilidad de pedir responsabilidades, también económicas, al empleador que acosa o consiente el acoso en su empresa.

Entender que la obligación empresarial de prevenir y evitar el acoso en la empresa deriva no sólo de la LOI sino que es extensible respecto cualquier tipo de acoso supone, por lo que aquí interesa, que la dolencia que puede sufrir el trabajador a causa del acoso al que ha sido sometido podrá ser calificada de contingencia profesional y, generar, incluso en caso de incumplimiento de las obligaciones preventivas al respecto, un recargo en las prestaciones.

Pero claro, antes deberá demostrarse que la afectación en la salud de la víctima es consecuencia de una situación susceptible de ser calificada de acoso desde una perspectiva jurídica.

3. CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO

Con lo anterior es muy importante insistir en dos ideas fundamentales y claramente interrelacionadas que se desprenden del tratamiento normativo del acoso.

La primera, la del relevante papel de los tribunales al respecto del concepto de acoso, especialmente respecto del concepto de acoso laboral en general, pues son éstos los que han tenido que ir perfilándolo ante la ausencia de un concepto legal expreso de acoso en la normativa laboral.

En segundo y último lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, es importante clarificar también que el acoso en la empresa es algo más que el acoso al que expresamente se refieren los textos normativos.

De hecho, éstos sólo hablan de acoso discriminatorio, cuando en la realidad el acoso puede ser discriminatorio o no. El acoso, en general, como luego se verá, es un acto que, en cuanto tal, siempre afecta a la dignidad del trabajador. En algunos casos, además, tendrá un móvil discriminatorio, pero en otros casos no, y no por eso, de darse los requisitos constitutivos a los que ahora me referiré, la conducta en cuestión dejará de ser considerada como acoso, y será reclamable como tal.

Veamos, siquiera brevemente, y a efectos de clarificar un poco estas cuestiones: a) los elementos constitutivos del acoso; b) Los distintos tipos de acoso; c) La distinción entre el acoso y figuras afines.

a) Los elementos constitutivos del acoso

De una manera sintética, puede afirmarse que tras una clara evolución jurisprudencial, los tribunales exigen que para que una determinada conducta sea considerada como acoso, en la misma sean identificables los siguientes seis elementos: 1.- acosador; 2.- víctima; 3.- concurrencia de violencia psicológica extrema; 4.- relación laboral; 5.- reiteración en el tiempo; 6.- intencionalidad.

Veamos un poco más al respecto de cada uno de ellos.

1.- El acosador: la referencia al acosador o sujeto activo del acoso exige clarificar dos cuestiones: la primera, que el acosador puede ser una persona o varias; la segunda y última, que ésta puede ser cualquier persona del entorno laboral de la víctima. Lo habitual es que el agresor sea el jefe inmediato, el superior jerárquico o incluso el propio empresario. Con todo, nada impide que el acoso se produzca entre compañeros (acoso horizontal); ni tampoco es imposible que el acosador, o acosadores, ocupen en la jerarquía de la empresa un nivel inferior al que ocupa el acosado, que contra todo pronóstico se convierte en víctima de un inferior –o varios inferiores– en la escala de mando empresarial.

Como también podría ser, en los casos de descentralización empresarial, que acosado y acosador perteneciesen a dos empresas distintas que comparten centro de trabajo.

2.- El acosado/los acosados: Por lo que se refiere a la víctima, lo más habitual es que sea una única persona. Pero el acoso puede ser igualmente plural y las víctimas ser más de una. En cualquier caso, lo que no me parece, es que el acoso pueda ser colectivo, habida cuenta que por definición *siempre afecta a la dignidad, y ésta tiene un componente subjetivo no apreciable en un colectivo genérico e indeterminado*.

3.- La existencia de violencia psicológica: Como tercer elemento a considerar importa precisar que el acoso exige la concurrencia de violencia psicológica extrema, esto es, hostigamiento psicológico. Y si bien es cierto que este hostigamiento admite muchas y variadas manifestaciones, de ahí la clasificación que en su día realizó Leyman⁶, lo que ahora me interesa poner de relieve es que los comportamientos en cuestión se deben analizar en cada caso concreto y en su conjunto, pues puede ocurrir que, aunque analizados aisladamente, no sean ilegales, examinados en su totalidad, de forma global y para un caso en particular, sí generen una situación de agresión psicológica intolerable constitutiva de acoso⁷.

4.- El entorno laboral: Claro que, para que todo lo anterior devenga una cuestión relevante, todo lo anterior debe producirse en el marco de una relación laboral, entendida ésta en un sentido amplio y no limitándose a la que estrictamente se da entre empresario y trabajador individualmente considerados, sino incluyendo también aquellas relaciones que se dan entre compañeros, trabajadores de distintas empresas que coexisten en el mismo centro de trabajo a consecuencia de una contrata, de un recurso a Empresas de Trabajo Temporal, etc.

5.- La reiteración en el tiempo: La periodicidad, como requisito de las conductas de acoso moral ha sido, sin duda, una de las cuestiones que más polémicas y que más confusiones ha generado a propósito del acoso.

⁶ Además de la definición es conocido de este autor la agrupación en cinco categorías de hasta 45 conductas que pueden ser constitutivas de mobbing según afecten a (1) la comunicación de la víctima con su entorno laboral; (2) impidan o dificulten a la sus relaciones sociales; (3) y (4) intenten desacreditar su reputación personal y profesional, (5) afecten a la salud física o psíquica de la víctima. Esa clasificación, como digo, en cinco categorías de conductas susceptibles de constituir mobbing, se “reordena” por HIRIGOYEN –conocida por sus aportaciones a este respecto desde el ámbito de la psiquiatría– que, por su parte, las agrupa en cuatro tipos: (1) las que suponen un atentado contra las condiciones de trabajo, (2) aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros; (3) atentados contra la dignidad personal; (4) violencia verbal o gestual. (HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós. Barcelona, 2001. Págs. 132 y ss.)

⁷ STSJ de Galicia 8-4-2003, Rec. 518/2003; STSJ de Andalucía 19-12-2002, Rec. 3700/2002.

A día de hoy la apreciación del acoso se continúa condicionando por los tribunales a la reiteración en las conductas violentas u hostiles. Aunque ya se ha superado la doctrina de Leyman que exigía que para apreciar el acoso las conductas de hostilidad u hostigamiento se diesen, al menos, un día a la semana durante seis meses.

Durante la época en que se siguió con esa teoría, muchas conductas, pese a presentar todos los indicios de acoso, no eran consideradas como tal por los tribunales, por no cumplir la conducta hostil con esta cadencia de un día a la semana durante seis meses en su repetición temporal.

En cualquier caso, como digo, parece que poco a poco este requisito ha ido desvirtuándose a favor de los de la intensidad y gravedad del comportamiento del acosador. Sin duda, estos son los elementos a valorar tanto o más para apreciar la concurrencia del acoso, que la mera frecuencia temporal con que las esos comportamientos o conductas se manifiestan. Máxime teniendo en cuenta que el acoso laboral –que no sexual– *per se*, exige la reiteración, la repetición y que en esencia es difícil que se pueda apreciar jamás ante la concurrencia de un simple hecho o conducta concreta y puntual por muy grave que ésta sea⁸. De ahí que lo relevante vaya siendo cada vez menos la concreta frecuencia de la repetición y sea cada vez más si la situación como globalidad, como conjunto de actuaciones, supone una violencia intensa para con otro. Si hay intensidad y gravedad de forma reiterada se aprecia el acoso aunque la cadencia temporal no coincida con la que en su día conceptualizó Leyman.

6.- La intencionalidad en el agresor: generar un daño a la víctima. Pero además de todo lo anterior, para apreciar el acoso, los tribunales exigían cierta intencionalidad en el agresor, entendida ésta como afectabilidad en la empleabilidad del trabajador.⁹

Pues bien, que este requisito deba ser entendido como algo consustancial al acoso o meramente instrumental es lo que ha sido objeto de un importante debate en la doctrina científica¹⁰ y judicial¹¹. Con todo, creo que lo esencial a este respecto no radica tanto en

⁸ Aunque la jurisprudencia hoy no es unánime a la hora de aceptar la cadencia temporal que en su día fijo LEYMAN de actos que concurran una vez a la semana durante seis meses (por todas, STSJ de León/Burgos 6-7-2004, Rec. 377/2004) sí que se mantiene la necesidad de reiteración en la conducta agresiva si bien la frecuencia con la que deben manifestarse las conductas violentas para entender que existe acoso se hace depender de la intensidad de la violencia que impliquen esos actos Véase, al respecto, STSJ de Castilla la Mancha 28-5-2002, Rec. 434/2002; STSJ de Andalucía 19-12-2002, Rec. 3700/2002; STSJ de Comunidad Valenciana 16-12-2003, Rec. 3651/2003; STSJ de Cataluña 11-6-2003, Rec. 8186/2002; STSJ de Aragón 22-12-2005, Rec. 1020/2005; STSJ Andalucía 21-3-2007, Rec. 169/2007; STSJ de Canarias 19-11-2008, Rec. 635/2008; STSJ de Galicia 8-5-2009, Rec. 644/2009; STSJ de Madrid 14-5-2009, Rec. 1780/2009; STSJ de Madrid 26-6-2009, Rec. 2927/2009; STSJ de Madrid 23-12-2009, Rec. 4540/2009.

⁹ Por lo que se refiere a la concurrencia de una intención, como requisito conformador del acoso, en palabras de Leyman, *la finalidad (del acoso, es decir, la intencionalidad del acosador) es destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo* (Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral...”, cit.).

¹⁰ Cfr. con ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Acoso moral y su tipificación jurídica y su tutela judicial”, *Aranzadi Social*, nº 2, pág. 16; ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. Bomarzo. Albacete, 2004. Pág. 26; COLLADO GARCÍA, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencias con otras figuras”, CGPJ. Madrid, 2005.

¹¹ Véase al respecto de la exigencia de probar la intencionalidad del acosador, por todas, STSJ de Madrid 16-10-2007, Rec. 4081/2007; STSJ de Asturias 9-11-2007, Rec. 2650/2007

discutir lo anterior, ni tampoco en si exigir la intencionalidad en este supuesto puede dificultar o no la prueba a la víctima.

Entiendo más coherente suponer, con parte de la doctrina científica¹² que, obviamente, la intencionalidad es inherente al acoso, pero ésta se deduce de los elementos objetivos que concurren en la actuación del agresor respecto la víctima.

Desde esa perspectiva, no es necesario que para hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva, la víctima, como receptora del acoso, deba demostrar que la intención del acosador era afectar a su empleabilidad; bastará con que así se deduzca de los hechos que objetivamente concurren en el caso en cuestión.

Pero junto a lo anterior, hay un hecho más que a mi modo de ver debe tenerse en cuenta para que se aprecie el acoso, cual es, que efectivamente la agresión a la víctima se produzca. No se me malinterprete, no estoy hablando de que se produzca un daño psicológico a la víctima¹³, sino de exigir afectación o agresión para con la víctima de acoso, y más en concreto, para con su dignidad, derecho al honor, a la intimidad personal o a la propia imagen, integridad física y moral, etc.

Es decir, en mi opinión, resulta fundamental que, para poder apreciar la concurrencia de acoso, la víctima efectivamente se vea afectada –psíquica y/o moralmente– por el comportamiento al que se ha visto sometida pues, de no ser así, el presunto acoso no sería, en mi opinión, una situación real de acoso sino una situación de violencia en el trabajo, en la que el agresor no habría además logrado la pretensión que perseguía con su comportamiento.

Ahora bien, la víctima puede entenderse moralmente afectada aunque no lo esté psicológicamente, por lo que el acoso existirá igual aunque no le genere un daño psicológico, una enfermedad¹⁴.

Cierto que es difícil que una persona, de ser sometida a un hostigamiento de forma reiterada, no se sienta afectada psicológicamente. Lo normal es que lo esté. Y que se genere una situación de incapacidad temporal.

¹² PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”. En *Tribuna Social*, nº 178/2005. Desde esta perspectiva, la intencionalidad del agresor como elemento consustancial del acoso no creo que sea contraria a la definición de acoso contenida en las leyes 51/2003 y 62/2003 aunque en ellas no se exija expresamente el requisito de la intención del acosador. En sentido contrario, ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., pag. 27 Por su parte, el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, exige la concurrencia de intencionalidad. Se exige, así, a estos efectos, la premeditación o una intención de humillar, abusar o segregarse. En ese sentido, se excluyen del acoso aquellas conductas que se deben a torpeza o negligencia y que no responden a una intención sistemática de humillar a otra persona.

¹³ El daño psicológico a la víctima, de producirse, será relevante para cuantificar la indemnización por daños y perjuicios, pero no es un elemento constitutivo del acoso laboral. En el mismo sentido, STC 160/2007, de 2 de julio, –B.O.E. 3-8-2007–.

Con anterioridad, ya lo habían dicho, entre otras, STSJ de Cataluña 11-6-2003, Rec. 8186/2002; STSJ de Aragón 22-12-2005, Rec. 1020/2005; STSJ de Madrid 10-12-2007, Rec. 4275/2007.

¹⁴ En sentido contrario, exigiendo una alteración en la salud de la víctima, véanse, por todas, STSJ de País Vasco 2-10-2003, Rec. 1373/2003; STSJ de Galicia 29-12-2003, Rec. 5546/2003.

Pero si excepcionalmente, bien por concurrir determinadas cualidades psíquicas y/o físicas en el destinatario de estos comportamientos, bien por disponer de un entorno o núcleo personal muy particular, la presunta víctima no sufre daños psicológicos o en su “salud mental”, pero objetiva y subjetivamente es clara la afectación de su dignidad en atención al tipo de actuación al que se le ha sometido, entiendo que igualmente concurre el acoso pese a la ausencia de enfermedad o afectación a la situación psíquica de la víctima¹⁵.

A lo que me refiero al exigir afectación subjetiva es al hecho de que si la víctima no entiende que ciertos hechos afectan a su dignidad u otros derechos fundamentales, las actuaciones objetivamente violentas que pueden manifestarse en el lugar de trabajo, serán constitutivas de violencia laboral, y como tal abordables, pero no creo que deban ser calificadas de acoso laboral. Entiendo que, como afectación personal a la dignidad o integridad moral, el concepto de acoso no puede prescindir de la visión subjetiva de la víctima, que necesariamente debe tenerse en cuenta en el análisis objetivo de las conductas o comportamientos en los que puede manifestarse el acoso en cada caso. Siendo, desde esa doble dimensión, desde la que cobra sentido hacer referencia a la afectación de la integridad moral o dignidad del trabajador víctima del acoso.

b) Los distintos tipos de acoso: acoso laboral “común”, acoso discriminatorio y acoso por razón de sexo: breves apuntes delimitadores.

Lo anterior permite a los jueces poder delimitar cuando concurre en la realidad una situación de acoso y cuando no. Lo que, en consecuencia, posibilita dilucidar en qué supuestos va a resultar admisible solicitar una indemnización como la que se expondrá; y en cuales otros, por no concurrir acoso, esta indemnización no es posible.

Pero hasta ahora me he referido al acoso laboral en general, al acoso laboral “común”. Cierto que he diferenciado entre acoso vertical descendente, acoso vertical ascendente y acoso horizontal. Exponiendo que en todos los casos la víctima, si lo desea, puede acudir a la extinción contractual ex. art. 50 E.T.

No obstante, todavía no he establecido una diferencia entre acoso en general, acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio. Y la distinción hay que tenerla en cuenta para evitar confusiones injustificadas, pese a que en todas las situaciones enumeradas, en mi opinión, lo importante es el acoso y no tanto el motivo o razón por la que se produce. Aunque todo sea reclamable e indemnizable¹⁶.

¹⁵ En el mismo sentido, SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral en el trabajo*. CES. Madrid, 2005. Concretamente, págs. 96-99, en las que la autora destaca la importancia de la integridad moral como positivización máxima de la dignidad; y también las págs. 218-220 en las que se diferencia entre daño psicológico y daño moral y en el que se incluye en este último la acepción italiana del daño existencial entendido como algo diferente al daño psicológico o a la aflicción del ánimo y que se genera al causar lesiones a un derecho fundamental, sin necesidad de incidencia en el plano psicológico o anímico. Véanse, asimismo, NAVARRO NIETO, F., *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*. Aranzadi. Pamplona, 2007; PÉREZ DEL RÍO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Bomarzo. Albacete, 2009. Pág. 37.

¹⁶ Doctrinalmente no ha sido una cuestión pacífica. En sentido contrario al expuesto se manifiesta PÉREZ DEL RÍO, T. que califica de reduccionista “tratar (el) fenómeno de la esencial importancia tanto cualitativa como cuantitativa de la violencia de género en el trabajo como un tipo de algo menos frecuente, el acoso moral genérico” (*La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista...*, cit. pág. 18).

Voy a dejar al margen de cuanto sigue el acoso sexual, porque tiene una clara finalidad libinidosa, de fácil detección por parte de la víctima, y porque entre sus elementos constitutivos no se exige reiteración, pues un sólo acto de estas características puede bastar en sí mismo para ser entendido constitutivo de acoso sexual si en atención a la intensidad de la agresión reviste la suficiente gravedad.

Pero dejando el acoso sexual al margen, es evidente que para apreciar el acoso, también el acoso por razón de sexo o el acoso discriminatorio, deben concurrir los elementos constitutivos antes expuestos.

Si además de concurrir esos requisitos, la conducta en cuestión presenta un perfil discriminatorio, por ejercerse frente a una mujer, simplemente por serlo o por características, circunstancias o cualidades que se le presumen (tales como el embarazo, labores reproductivas, etc.) el acoso laboral será además un acoso por razón de sexo en los términos de la LOI¹⁷.

Si el motivo de discriminación no es el sexo, sino cualquier otro de los motivos mencionados en la Ley 51/2003 o en la Ley 62/2003, entonces hablaremos de acoso discriminatorio sin más.

Con todo, quede claro que lo importante es el elemento común denominador: que se trata de una situación en la que cabe apreciar el acoso. No el motivo por el cual se produce el acoso.

¹⁷ Insisto en esa idea porque me parece fundamental. Al contrario de lo que opina parte de la doctrina (PÉREZ DEL RÍO, entre otros) creo que el hecho de que la víctima sea mujer, el hecho de que la violencia sea una violencia “machista”, no es motivo suficiente como para entender que el acoso al que se ha visto sometida de forma discriminatoria la víctima no es una modalidad de acoso laboral, es otra cosa. Máxime, además, porque de prosperar esta última teoría, la de entender que el acoso por razón de sexo no es una modalidad del acoso “común” o general, entiendo que cada uno de los acosos discriminatorios que puedan generarse por razones de edad, origen racial, orientación sexual, etc. tampoco deberían de poder considerarse como una modalidad o especialidad del acoso moral o acoso laboral “común”, debiendo entonces generarse una figura jurídica autónoma para cada una de las manifestaciones del acoso en función de su razón de ser. Lo que al final supondría que una misma realidad –una violencia u hostilidad constitutiva de acoso en el trabajo- diese lugar a figuras jurídicas independientes y totalmente distintas entre sí en función del motivo o razón que lleva al agresor a actuar como lo hace. Y ello no deja de parecerme un sinsentido. Sobre todo porque en muchos casos resultará muy difícil demostrar el motivo real que lleva al agresor a actuar como lo hace, y eso pese a entender, como ya he defendido, que la intencionalidad del agresor no es en el acoso necesario demostrarla *stricto sensu*, sino que son los hechos objetivos los que en permiten presumir cuál es su intencionalidad real. En conclusión pues, creo que el acoso por razón de sexo es en realidad una modalidad del acoso en general y del acoso discriminatorio de manera más especial. Ahora bien, entendiendo a estos efectos como acoso por razón de sexo, tanto el acoso que sufre la mujer por serlo biológicamente hablando como el que puede sufrir por el papel o rol social que se le presume por serlo. En cualquier caso, y dado que la LOI expresa y exclusivamente habla de acoso por razón de sexo, para no crear más disfuncionalidades, en cuanto sigue yo también hablaré de acoso por razón de sexo, aunque fuese más acertado hablar de acoso por razón de género habida cuenta que bajo ese concepto se hace referencia a dos posibilidades de acoso diferenciadas: el que sufre la trabajadora por ser mujer, biológicamente hablando; y también para referirme al acoso que se sufre ante el rol social que supone serlo.

4. ACOSO Y FIGURAS AFINES. DELIMITACIÓN

Todo lo anterior, además de contribuir a definir qué debe entenderse por acoso, también ayuda a delimitar en negativo que situaciones no resultan constitutivas de acoso ante la ausencia de alguno de los requisitos.

Lo que permite claramente distinguir el acoso de figuras afines tales como el estrés laboral, el burn out o el ejercicio irregular del poder de dirección del empleador. Situaciones que, aunque pueden ser jurídicamente reprochables, no lo deben ser por los procedimientos a los que aquí se hace referencia, aunque los efectos en la salud de quien padece estas realidades, caso de haberlos, puedan también ser susceptibles de calificarse de contingencia profesional¹⁸.

a) El ejercicio arbitrario del poder de dirección

El ejercicio no discrecional sino arbitrario del poder empresarial supone un incumplimiento empresarial denunciado por el trabajador pero en ningún caso por sí mismo, es equiparable al mobbing o acoso moral en el trabajo. Para que sea así, para que esa conducta arbitraria del empresario sea constitutiva de acoso debe generar un hostigamiento o asedio que ejercido de forma reiterada o recurrente genere una afectación a la dignidad del trabajador.

¹⁸ La distinción entre acoso y situaciones similares que pueden inducir a confusión es bastante común entre la doctrina especializada. Véase, por todos, HIRIGROYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 21-24; ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., p.32, SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., p. 54.

La importancia de esta diferenciación creo que queda más que clarificada ante el volumen de sentencias que reiteradamente deben delimitar el acoso de figuras afines. Por señalar sólo algunas de las más recientes, véanse, entendiéndose que no concurre acoso moral: STSJ de Comunidad Valenciana 31-1-2008, Rec. 4419/2007; STSJ de Cataluña 26-2-2008, Rec. 8590/2006; STSJ de Cataluña 6-3-2008, Rec. 8303/2007; STSJ de Cataluña 4-4-2008, Rec. 277/2007; STSJ de Comunidad Valenciana 8-4-2008, Rec. 640/2008; STSJ del País Vasco, 14-10-2008, Rec. 1828/2008; STSJ de Canarias de 29-10-2008, Rec. 693/2006; STSJ de Madrid 17-12-2008, Rec. 5349/2008; STSJ de Comunidad Valenciana 31-1-2008, Rec. 4419/2007; STSJ de Cantabria 4-2-2009, Rec. 33/2009; Valenciana 9-6-2009, Rec. 912/2009; STSJ de Comunidad Valenciana 17-6-2009, Rec. 978/2009; STSJ de Madrid 21-7-2009, Rec. 2441/2009; STSJ de Andalucía 15-9-2009, Rec. 215/2009; STSJ de Cataluña 16-9-2009, Rec. 3209/2009; STSJ de Madrid 3-11-2009, Rec. 3864/2009; STSJ de Castilla la Mancha 19-11-2009, Rec. 1086/2009; STSJ de Aragón 9-11-2009, Rec. 837/2009; STSJ de Cataluña 19-2-2010, Rec. 6931/2009; STSJ de Galicia 18-10-2010, Rec. 2538/2010; STSJ de Madrid 10-11-2010, Rec. 4055/2010; STSJ de Castilla León 12-1-2011, Rec. 2163/2010; STSJ de Cataluña 18-1-2011, Rec. 5382/2010; STSJ de Castilla y León 23-3-2011, Rec. 138/2011; STSJ de Extremadura 24-3-2011, Rec. 43/2011; STSJ de Cataluña 25-1-2011, Rec. 4118/2010; STSJ de Comunidad Valenciana 9-2-2011, Rec. 3279; STSJ de Galicia 6-5-2011, Rec. 201/2011; STSJ de Galicia 12-5-2011, Rec. 273/2011; STSJ de Cataluña 18-5-2011, Rec. 484/2008; STSJ de Galicia 23-5-2011, Rec. 623/2011; STSJ de Murcia 23-5-2011, Rec. 37/2011.

También, pero entendiéndose la no concurrencia de acoso sexual, STSJ de Cataluña 8-2-2008, Rec. 6135/2007, que contiene al respecto muy buena definición de acoso sexual. Véase, igualmente, STSJ de Cataluña 13-5-2011, Rec. 2/2011.

Por citar algunas de las que sí entienden la concurrencia de acoso, véanse, en ese sentido y entre otras, STSJ de Comunidad Valenciana 8-1-2008, Rec. 3737/2007; STSJ de Comunidad Valenciana 10-1-2008, Rec. 4127/2007; STSJ de Madrid 2-7-2008, Rec. 1614/2008; STSJ de Canarias 11-12-2008, Rec. 35/2007; STSJ del País Vasco 16-12-2008, Rec. 2636/2008; STSJ de Galicia 14-7-2009, Rec. 1821/2009; STSJ del País Vasco 19-1-2010, Rec. 2836/2009; STSJ de Madrid 4-5-2010, Rec. 1289/2010; STSJ del País Vasco 5-10-2010, Rec. 1725/2010; STSJ de Galicia 7-12-2010, Rec. 3881/2010.

Entendiéndose que sí concurre acoso sexual, por todas, STSJ País Vasco 3-3-2009, Rec. 2/2009; STSJ Castilla la Mancha 25-11-2010, Rec. 1246/2010

Si, además, implica una violencia psíquica traducible en una dolencia para con el trabajador, de mayor número de pruebas dispondrá éste en caso de querer hacer valer sus derechos, pero como mínimo, debe generar lo primero¹⁹.

Cuando ante las características del caso en concreto esa afectación no se produce, el ejercicio arbitrario del poder de dirección supondrá una irregularidad, pero no será constitutivo de acoso²⁰.

b) El *burn out*

El burn out o el síntoma del trabajador quemado se manifiesta en el trabajador que se siente desmotivado o superado por su trabajo. Pero aunque el burn-out puede ser un riesgo psicosocial, no es desde luego identificable con el acoso. El acoso exige la concurrencia de una violencia objetiva que, dirigida hacia el trabajador, le puede generar una dolencia psíquica, pero no es la dolencia psíquica en sí lo que de forma aislada determina el acoso²¹ y sí lo que identifica el burn-out, en el que el trabajador se siente subjetivamente superado en el trabajo pero sin que ello se deba a la violencia generada *ex profeso* por agentes externos a él mismo²².

c) El estrés laboral

El estrés laboral es una dolencia, una patología que sufre el trabajador a causa o como consecuencia de su trabajo. Puede ser una de las consecuencias del acoso, pero en absoluto identificable con éste, y por los mismos motivos que acabo de explicar respecto al burn out. En el acoso la dolencia psíquica que, en su caso y no siempre, el trabajador puede sufrir debe venir motivada por un elemento de violencia externo a él que, conscientemente, tiene por finalidad afectar a su dignidad y a su integridad física y moral, desestabilizando emocionalmente al trabajador en gran parte de las ocasiones.

El estrés laboral, como su propio nombre indica, se genera igualmente por el trabajo, igualmente puede generar una desestabilización emocional, pero no es consecuencia de la

¹⁹ Como ejemplos en los que se constata un ejercicio arbitrario del poder del empresario pero en los que sin embargo no se entiende la concurrencia de acoso, véanse, STSJ del País Vasco 26-2-2002, Rec. 163/2002; STSJ de Galicia 4-11-2003, Rec. 4742/2003; STSJ Asturias 28-5-2004, Rec. 2457/2003; STSJ de Madrid 31-3-2006, Rec. 1547/2006; STSJ de Castilla y León 25-4-2006, Rec. 523/2006; STSJ Baleares 29-4-2010, Rec. 67/2010; STSJ Andalucía 13-5-2010, Rec. 3660/2008. Muy buena es la delimitación entre el acoso y el ejercicio del poder de dirección del empresario que realiza, entre otras, la STSJ de Canarias 19-5-2011, Rec. 197/2011. Por lo demás, reconociendo una dolencia a la salud del trabajador de un conflicto laboral no considerado como acoso, véase, por todas, STSJ de Madrid 28-1-2010, Rec. 5633/2009.

²⁰ Se ha dicho, y coincido con ello, que “la diferencia fundamental a este respecto es que el acoso afecta a los derechos fundamentales del trabajador mientras que con el ejercicio arbitrario del poder de dirección el bien jurídico afectado es el de los derechos laborales sobre el lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo” (ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., p. 29).

²¹ Cfr. para la diferencia entre el acoso y el burn out, y entre otras, STSJ de Galicia de 9-12-2005, Rec. 2436/2005; STSJ de Navarra 18-4-2006, Rec. 84/2006; STSJ de Castilla León 11-8-2008, Rec. 232/2008. A propósito de esta última es de destacar que el burn out se califica como accidente de trabajo.

²² Cfr. MUÑOZ RUIZ, A.B., “La realidad inventada. Accidente de trabajo, acoso imaginario y riesgo de simulación”. AS Nº3, 2012. pág. 17 y ss.

actuación externa de otro que lo genera a conciencia, que es lo que, como he mencionado, determina la concurrencia de acoso²³.

Como conclusión, por tanto, quede claro que sin perjuicio de las posibles irregularidades de las situaciones a las que acabo de referirme y sin perjuicio, igualmente, de la responsabilidad empresarial que pueda existir en lo anterior, en el sentido fundamental de que éste debe garantizar una prestación de servicios en adecuadas condiciones de seguridad y salud, cuanto sigue a continuación deja al margen conductas como las descritas. Éstas deberán asumirse, seguramente, desde la prevención de riesgos en general, y de los riesgos psicosociales en particular, pero no tratarse como un supuesto de acoso, porque por los motivos expuestos no lo es.

5. LA SALUD DEL TRABAJADOR COMO INTERÉS JURÍDICO A PROTEGER FRENTE A UNA SITUACIÓN DE ACOSO

Las anteriores precisiones al respecto del concepto de acoso permiten determinar con claridad cuál es el bien jurídico que debe protegerse en el caso de acoso.

El acoso, en cuanto tal, es un acto pluriofensivo, de donde sigue que los bienes jurídicos a proteger frente al mismo son varios en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. La dignidad, en cuanto tal, siempre se verá afectada. Pero dado que el acoso puede ser discriminatorio, cuando lo sea, a la dignidad y el resto de bienes jurídicos a proteger en cuanto conducta constitutiva de acoso, habrá que unirle otros bienes jurídicos a proteger: el de la igualdad y la prohibición de discriminación.

Si además, exista o no discriminación, el acoso genera una alteración en la salud, el derecho a la integridad física también será un interés jurídico a tutelar.

Por lo que a este respecto interesa destacar hay que diferenciar entre las siguientes situaciones: 1º) situaciones de acoso que lo son objetivamente pero que no generan un daño a la salud de la víctima, lo que es ciertamente excepcional; 2º) situaciones de acoso que sí generan una afectación a la salud de la víctima; 3º) afectaciones en la salud del trabajador generadas por su entorno laboral, o a consecuencia de éste, pero que no derivan de una situación propiamente considerada como acoso desde el punto de vista jurídico.

En efecto, en realidad, al respecto hay que tener en cuenta que en la empresa pueden producirse esas otras situaciones que sin comportar una situación de acoso laboral sino ser consecuencia del estrés laboral, burn out, o violencia en el trabajo, deben ser igualmente previstas, desde la erradicación y prevención, por parte del empleador. Estas situaciones, de

²³ Véase, al respecto, la STS 16/12/2003, Rec. 944/2003, en la que se deja claro que no hay que confundir el estrés laboral con el acoso, pues éste exige algo más que una posible alteración en la salud psicológica del trabajador. En el mismo sentido, STSJ de Aragón 24-3-2004, Rec. 1192/2003; STSJ de Madrid 21-3-2006, Rec. 1110/2006; STSJ de Asturias 19-2-2010, Rec. 2667/2009; STSJ de Cataluña 11-2-2011, Rec. 5162/2010; STSJ de Canarias 18-5-2011, Rec. 2695/2009; Con todo, el estrés igualmente debe ser protegido por el empresario desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales (por todas, STSJ de Cataluña de 2-11-2005, Rec. 1189/2005; STSJ del País Vasco 20-2-2007, Rec. 4/2007; STSJ de Canarias 14-12-2009, Rec. 1613/2007; STSJ de Madrid 15-2-2010, Rec. 5352/2009) y da también derecho a extinguir el contrato ex. art. 50 ET (STSJ Canarias, de 31-5-2001, Rec. 1008/2000, Madrid, 10-10-2005, Rec. 4136/2005).

generar una afectación a la salud de la víctima demostrable, pueden ser calificadas asimismo como contingencias profesionales, pudiendo igualmente, en caso de demostrarse dejación de las obligaciones preventivas del empleador implicar la aplicación del recargo en las prestaciones.

Con todo, aquí no me voy a referir detalladamente a estas otras situaciones a las que acabo de referirme, porque este artículo aborda únicamente el supuesto del acoso pero, en cualquier caso, ello no debe interpretarse en el sentido de entender que estas situaciones no constitutivas de acoso y generadas muchas veces por riesgos psicosociales no pueden ser contingencias profesionales. Lo serán si se demuestra el nexo causal con el trabajo, la causa-efecto.

Centrándome ya en el concepto jurídico de acoso, como decía, lo habitual es que el acoso genere una dolencia en la víctima que le incapacite temporalmente a consecuencia de la situación de hostigamiento en la que se encuentra. Pero no necesariamente debe ser así. Excepcionalmente pueden darse todos los requisitos objetivos de una conducta constitutiva de acoso y sin embargo por la capacidad de resistencia o resiliencia de la víctima no generarle una alteración a la salud.

Como digo, eso no suele ser lo habitual.

Más frecuente es, por el contrario, que la víctima de acoso presente una serie de alteraciones a la salud a consecuencia de la situación hostil a la que ha sido sometida que le inhabilitan o incapacitan temporalmente para trabajar. Y es esa incapacidad temporal, la que se calificará como motivada por contingencias profesionales de demostrarse que la patología o patologías que la generan han sido consecuencia del trabajo o prestación de servicios de la persona en cuestión.

En este sentido, resulta evidente que la integridad física y/o psíquica de la víctima, como interés jurídico a proteger, se sitúa en los casos de acoso en el mismo nivel que la dignidad, el honor, la propia imagen y, en su caso, de tener el acoso un sesgo sexista o ser discriminatorio, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

El acoso es un acto pluriofensivo y, en consecuencia, el que se afecte a un derecho o interés jurídico en concreto no excluye la afectación de otros con el mismo o distinto nivel de intensidad²⁴.

Cuestión distinta es en caso de enfermedad, la calificación que va a recibir la contingencia y la posibilidad o no de vincularlo con el trabajo. A ello me refiero con posterioridad.

²⁴ Cfr. con las ya citadas STC 62/2007, de 27 de marzo –B.O.E. 26-4-2007– y STC 160/2007, de 2 de julio –B.O.E. 3-8-2007–.

6. LA AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD DEL TRABAJADOR EN UNA SITUACIÓN DE ACOSO: LA CALIFICACIÓN DE LA CONTINGENCIA COMO PROFESIONAL Y EL RECARGO DE PRESTACIONES EN ACCIDENTE DE TRABAJO

Como se sabe, los riesgos profesionales se traducen en la LGSS²⁵ en dos contingencias profesionales: las enfermedades profesionales y los accidentes (y enfermedades) de trabajo.

Por lo que se refiere a las primeras, tal y como establece el art. 157 LGSS, se trata de una calificación restringida a las contenidas en el listado fijado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que sustituye al Real Decreto 1978/1995, de 12 de mayo, con el fin de adecuar el ordenamiento español a lo dispuesto en la Recomendación 670/2003/CE, al efecto de contener una doble lista de enfermedades profesionales.

Pues bien, el acoso no se prevé, ni entre las enfermedades que se contienen en el anexo I, que recoge aquellas enfermedades profesionales en sentido estricto, esto es, aquellas sobre las que se tiene la certeza que son enfermedades profesionales; ni en las del anexo II, que detalla de forma más directa o flexible las enfermedades que pueden considerarse en el futuro como dolencias de tipo profesional, esto es, entre aquellas cuya origen laboral se sospecha²⁶.

Por lo que se refiere a los accidentes de trabajo, el art. 156 LGSS se refiere al mismo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o a consecuencia del trabajo por cuenta ajena”. Y claro, aunque en el caso del acoso pueden generarse lesiones puntuales a consecuencia de la situación de hostilidad en la que la víctima se encuentra, y producirse contusiones, caídas comportando lesiones o incluso el fallecimiento a causa de la depresión, ansiedad o estado mental de la víctima, en realidad muchas de las dolencias que se derivan del acoso quedarían sin protección si la única contingencia profesional aplicable fuese la del accidente del trabajo en los términos del artículo 156 LGSS²⁷.

No obstante, en el concepto de enfermedad de trabajo del art. 156 LGSS, con un régimen jurídico idéntico al del accidente de trabajo, sí pueden tener cabida las patologías derivadas del acoso²⁸. De hecho, en los términos que fija el art. 156.2.e), f) y g) LGSS, se consideran como enfermedades del trabajo, las que tienen como causa única y exclusiva el trabajo; las que padeciendo con anterioridad por el trabajador, se agraven como consecuencia “de la lesión constitutiva del accidente”; y las que pueden ser reconducibles al concepto de enfermedades intercurrentes, esto es, “las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades

²⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)

²⁶ LANTARÓN BARQUÍN, D., “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”. RL N°9, 2008.

²⁷ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., “El acoso como enfermedad laboral en el ordenamiento jurídico español”. <http://isls1.org/wp-content/uploads/2013/01/El-AcosoSpanish-Herencia.pdf>

²⁸ Cfr., entre otros, GRAU PINEDA, G., “El acoso moral en el trabajo como riesgo profesional de nueva generación: el empresario como principal deudor de Seguridad Social”. Actualidad Laboral N°4, 2007. Pág. 423, Tomo I; GALA DURÁN, C., “La consideración del acoso moral o «mobbing» como accidente de trabajo”. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 2 de Girona de 23-09-2003. IUS Labor 1/2005.

intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

En cualquier caso, si bien los tribunales cada vez son menos restrictivos a la hora de calificar como enfermedad de trabajo las patologías derivadas del acoso, sí lo son a la hora de exigir la causalidad, esto es, que tengan su causa directa, clara y concreta en el acoso que la víctima ha sufrido en tiempo y lugar de trabajo. Es decir, aunque exista cierto conflicto laboral, de no quedar clara, patente y evidente la causalidad entre la realidad sufrida y la sintomatología presentada por la víctima, la contingencia se califica de común. Dicho en otras palabras, ante la falta de una prueba de la exclusividad de la causa-efecto entre patología y acoso de forma tal que resulte evidente que lo primero esta ocasionado de manera exclusiva por lo segundo, es decir, por el trabajo, difícilmente la contingencia recibirá la calificación en los tribunales de profesional.

Lo que por otra parte supone reconducir básicamente las patologías del acoso a la primera acepción de enfermedad de trabajo a la que me he referido, a la definida en el art. 156.2.e) LGSS como enfermedades, no profesionales, que contraiga el trabajador “con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”.

En efecto, en este sentido, lo relevante de la cuestión, para los tribunales, es la exclusividad. Que quede demostrado que la dolencia que sufre el trabajador se produce en *exclusiva* por el trabajo²⁹.

Pero claro, ello supone desconocer los otros dos conceptos de enfermedad de trabajo. Y realmente es así. En situaciones de acoso, difícilmente se califica de enfermedad de trabajo, la enfermedad que se agrava por el acoso en los términos del art. 156.2.f) LGSS, fundamentalmente si lo que agrava el acoso es una tendencia personal al estrés, ansiedad, depresión, ni tampoco la consideración del acoso como enfermedad interrecurrente en los mencionados términos del art. 156.2.g) LGSS. Difícilmente se califica de profesional la patología que puede sufrir un trabajador en forma de depresión, ansiedad, etc. y que se agrava a consecuencia del acoso que ha sufrido, a menos que efectivamente se trate de una recaída de una previa situación ansioso-depresiva causada igualmente por el acoso en la empresa. Normalmente, las lesiones que se generan en puestos de trabajo en los que concurre violencia laboral, si van precedidas de una enfermedad psicológica de aquel que las sufre, ajena al trabajo, suelen calificarse de contingencia común³⁰, cuestión distinta es que la primera patología esté causada por el acoso en el trabajo y tras una recuperación se produzca una recaída. En este caso, sí puede que se considere contingencia profesional³¹. En el primero, difícilmente³².

²⁹ Cfr. STS 19-6-2012, Rec. 2261/2011

³⁰ SsTSJ de País Vasco de 1-7-2008, Rec 1262/2008; de 28-4-2009, Rec. 185/2009.

³¹ Cfr. STS 14-2-2012, Rec. 1535/2011

³² Cfr. STS 4-6-2011. Rec. 163/2011, en la que se ratifica implícitamente la STSJ de Madrid 29/10/2010, Rec. 2340/10, en el sentido de no considerar el trastorno de personalidad que sufre la actora como causa de contingencia (...)

Y, como decía, lo mismo ocurre respecto la consideración de las secuelas del acoso difícilmente reconducible por los tribunales al concepto legal de las enfermedades intercurrentes en los términos expuestos. Solamente en los supuestos en que se puede demostrar que la causa de la patología que sufre el trabajador se genera en exclusiva por la situación de acoso en el trabajo, la contingencia se califica de profesional³³.

Ahora bien, en los casos en los que las dolencias que sufre el trabajador sean judicialmente calificadas como de accidente de trabajo o enfermedad de trabajo en los términos expuestos, esto es, cuando la contingencia sí se califica de profesional, por haberse demostrado que en efecto ha sido causada por el acoso sufrido, suele reconocerse la aplicación del recargo de prestaciones de demostrarse que el acoso se ha producido mediando un incumplimiento de las obligaciones preventivas del empleador.

En efecto, de demostrarse que el empresario toleró un conjunto de situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales, diferenciadas y específicas que dieron lugar a la situación de acoso que genera la patología del trabajador, la ausencia de prevención puede generar una aplicación del recargo en las prestaciones del 30% al 50%³⁴.

La limitación espacial de este artículo hace que este no sea el momento ni el lugar de abordar de forma pormenorizada la obligación empresarial al respecto, pero como ya he mencionado con anterioridad, la obligación de establecer un protocolo de actuación frente al acoso, deriva para el acoso discriminatorio por razón de género, de sexo o acoso sexual de lo expresamente mencionado en el art. 46 y 48 LOI pero también, y sobre todo para todo tipo de acoso laboral, del art. 14 LPRL y de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud en el trabajo³⁵.

En realidad, el empresario debería implantar en la empresa, desde la prevención de riesgos laborales, un procedimiento o un protocolo que suponga la interrelación entre la tutela preventiva, proactiva y reactiva en el acoso³⁶. Esto es, resumidamente, que quede claro que el empresario no va a tolerar el acoso en la empresa ni situaciones de violencia, poniendo en conocimiento de todo el personal de la empresa que existe un procedimiento para poder

profesional porque además de acoso sexual en la empresa, en su infancia y adolescencia “vivió situaciones sumamente dolorosas que tuvieron, necesariamente, que influir en su carácter (...).

Resulta interesante, asimismo, la STS 9-12-2009, Rec. 4469/2008, que reconoce la contingencia profesional una trabajadora víctima de acoso a la que el INSS le recalificó de oficio la contingencia calificándosela de común sin la previa constatación por su parte de haber incurrido en un error material, omisión o inexactitud.

³³ Calificando la contingencia de profesional pueden verse, entre otras, STSJ Castilla la Mancha 15-9-2008, Rec. 1863/2007; STSJ Cataluña 8-2-2008, Rec. 7257/2006. En sentido contrario, STSJ Comunidad Valenciana 25-5-2010, Rec. 2407/2009, en la que pese a que se acepta la existencia de un conflicto laboral el tribunal considera que no se puede calificar de profesional la enfermedad psiquiátrica que sufre el trabajador al no poderse demostrar que fuese exclusivamente provocada por el trabajo (se tuvieron en cuenta otras circunstancias personales y familiares, como el hecho de que se estuviese divorciando).

³⁴ Véase, al respecto, y entre otras, la STS u.d. de 23-11-2010, Rec., 4143/2009; y también la STS 4-3-2014, Rec. 788/2013

³⁵ Véase también, en ese sentido, el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.

³⁶ Cfr. FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial...*, cit., págs. 45-54

denunciar por aquel que sufre la situación de acoso³⁷. Además, en caso de denuncia, la empresa respetando el derecho a la intimidad y el derecho al honor de las partes, nombrará un instructor e intentará averiguar lo ocurrido. En caso de apreciarse acoso, desde la perspectiva reactiva, el empresario actuará para evitar que la situación se perpetúe en el tiempo, garantizando y perseverando en un clima de trabajo adecuado, seguro y saludable.

Si el empresario incumple esta obligación preventiva respecto al acoso y éste acaba generando una dolencia o una patología en un trabajador, junto a la calificación de la contingencia como profesional, como decía, puede aplicársele un recargo en las prestaciones del 30% al 50%.

Si, pese a existir el protocolo, igual se produce el acoso y este le genera al trabajador una dolencia que le incapacita temporal o definitivamente para el trabajo, la contingencia igual podrá ser calificada de profesional, pero obviamente el recargo no cabrá.

Es evidente que pese al protocolo, el acoso puede igualmente producirse. E igualmente puede generar patologías varias en el afectado. Pero, desde luego, como en toda medida de prevención, la adecuada adopción de un protocolo contribuye de manera muy considerable la posibilidad, no ya tanto de que no se produzcan situaciones de violencia de baja intensidad como de que, a las primeras manifestaciones de esta violencia, se pueda activar el procedimiento en cuestión, evitando la reiteración de actos hostiles, de una conducta pernicioso que siendo constitutiva de acoso afecte psicológica e incluso físicamente a la víctima.

Recuérdese que el concepto jurídico de acoso exige reiteración. Cuanto más eficaz sea el procedimiento para detectar las situaciones de violencia, prevenirlas y erradicarlas, más difícil será que su persistencia y repetición afecten a la salud del trabajador y que, lo que se inició como una situación de violencia de poca o baja intensidad, acabe generando una situación de acoso cuya víctima tenga además que demostrar que las dolencias que sufre son única y exclusivamente generadas por el trabajo.

En ese sentido, si bien es importante desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva que las dolencias de una situación tendenciosa generada en la empresa tengan la consideración de contingencia profesional frente a la de enfermedad común, igualmente lo es la prevención en una materia tan compleja como esta.

Y cumplir con la obligación preventiva es importante, no solo para evitar el recargo de prestaciones, sino porque en realidad un protocolo frente al acoso bien hecho, que aúne la tutela preventiva, la proactiva y la reactiva puede evitar muchas situaciones de acoso, al abordarse y erradicarse la violencia o el conflicto laboral desde sus primeras manifestaciones, al tiempo que evitará la aparición o el agravamiento de muchas dolencias, patologías y enfermedades varias en las víctimas.

³⁷ Cfr. Notas técnicas de prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo nº 891, Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I); y nº 892, Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (II).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En atención a lo expuesto hasta este momento, puede resaltarse a modo de conclusión lo siguiente:

Primero.- La falta de una regulación expresa a propósito del acoso en general hace difícil que, para empezar, se pueda dar un concepto legal de acoso en el trabajo sin acudir a los pronunciamientos de los tribunales y a los elementos que según interpretación judicial permiten delimitar cuando una situación puede efectivamente ser considerada como acoso.

Segundo.- El acoso en el trabajo, en cuanto tal, es un acto pluriofensivo. Por regla general afectará a la dignidad del trabajador. Además, en su caso, y de ser discriminatorio, el acoso puede igualmente ser contrario al principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Si además se produce una alteración en la salud de la víctima, afectará igualmente el derecho a la integridad física, psíquica y moral en los términos del art. 15 CE.

Tercero.- De hecho, aunque algunos pronunciamientos judiciales entienden que si no hay alteración en la salud de la víctima no hay acoso, esa afirmación merece ser matizada. El acoso como conducta tendenciosa afecta siempre a la dignidad de la víctima entendida ésta, como hacen los tribunales, desde una perspectiva objetiva y subjetiva. Es decir, que para que concurra acoso, objetivamente deben darse todos los indicios necesarios para entender que así es, pero, además, subjetivamente el trabajador debe considerarlo así.

Sí pese a ello, si pese a concurrir lo anterior, por la especial resistencia o resiliencia de la víctima, la situación de acoso no genera una afectación en la salud del trabajador, no habrá patología, enfermedad, pero sí acoso. No es requisito determinante del acoso la enfermedad sino el ataque a la dignidad del trabajador.

Cuarto.- De hecho, hay situaciones, realidades o entornos laborales que sí pudiendo afectar a la salud del trabajador no son constitutivas de acoso. Me estoy refiriendo a situaciones derivadas de conductas o decisiones empresariales arbitrarias, situaciones de burn out o de estrés laboral que, aunque se pueden confundir con el acoso en lo que tiene que ver con algunas de sus consecuencias en la persona del trabajador, no deben identificarse con éste.

Quinto.- En caso de ser una verdadera situación de acoso la causante de una patología para el trabajador, habrá que entender que la contingencia es profesional y que de no haberse adoptado medidas preventivas es posible la imposición de un recargo por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Sexto.- Las consecuencias del acoso es más habitual que encajen en el concepto de enfermedad de trabajo del art. 156 LGSS que en el concepto de accidente de trabajo del mismo precepto legal y, además, no tienen cabida en el listado que para las enfermedades profesionales contempla el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que sustituye al Real Decreto 1978/1995, de 12 de mayo al que remite el art. 157 LGSS.

Séptimo.- De entre las enfermedades del trabajo, normalmente las consecuencias del acoso se reconducen al supuesto previsto en el art. 156.2.e) LGSS. Ahora bien, los tribunales

son claramente restrictivos a la hora de calificar la contingencia como profesional. O se demuestra que los daños en la salud del trabajador se han generado en exclusiva por la situación vivida en el trabajo o calificarán la contingencia como común. Incluso mantienen la calificación de común habiendo apreciado la existencia de un conflicto profesional. Cuando se dan antecedentes familiares, situaciones familiares complicadas o concurre alguna otra circunstancia que dificulte demostrar con claridad que el acoso en efecto ha sido la única causa de la patología que sufre el trabajador, difícilmente la enfermedad o el accidente se considerarán de trabajo.

Octavo.- Con todo, cuando la contingencia es profesional si no se han adoptado medidas de seguridad e higiene puede aplicarse el recargo de prestaciones por accidente de trabajo. De hecho, bastantes sentencias lo hacen. Y ello por cuanto que aunque no exista precepto expreso al respecto, a día de hoy resulta pacífico afirmar que la prevención del acoso en toda empresa no solo deriva del art. 48 LOI, sino también del art. 14 LPRL.

Noveno.- El empresario debería, desde esa perspectiva, implantar un protocolo frente al acoso en general que garantizara una tutela preventiva, proactiva y reactiva para los trabajadores ante los primeros indicios de concurrir en la empresa una situación de violencia, de baja o media intensidad, conductas tendenciosas o similares.

Décimo.- El protocolo, per se, no evitaría todas las situaciones de acoso, pero desde luego las reduciría de forma considerable. Y sobre todo evitaría que muchas de estas se perpetuaran en el tiempo dando lugar a verdaderas enfermedades del trabajo.

En efecto, desde el momento en que la víctima puede activar el protocolo dentro de la empresa ante los primeros hitos o indicios de violencia en el trabajo o acoso, se reduce sustancialmente la posibilidad de que la conducta se reitere generando cada vez más y de forma progresiva en la víctima una alteración en su salud física y/o psíquica. Y eso es muy importante tenerlo en cuenta. Máxime porque la cadencia temporal que hoy exigen los tribunales para entender que concurre acoso, al ser tan prolongada, habitualmente le genera a la víctima unas alteraciones en la salud que, por intensas en tiempo y gravedad, difícilmente le van a permitir recuperarse con rapidez.

Undécimo.- Una adecuada prevención al respecto, será esencial para la verdadera tutela efectiva de la víctima. Si eso se consigue dejará de ser tan importante como ahora la calificación de las contingencias. En tanto llega ese momento espero que este comentario haya contribuido de alguna forma a clarificar la situación actual a propósito de la consideración del acoso laboral como contingencia profesional.

El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal. A vueltas con la prescripción y la caducidad de las prestaciones de Seguridad Social

Officialdom principle in the provision of temporary disability. Prescripción and expiry of Social Security benefits

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA

ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

El Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala de lo Social de 7 de julio de 2015 (JUR/2015\189347), vuelve a pronunciarse sobre el nacimiento de una prestación de Seguridad Social, en este caso la prestación de incapacidad temporal, y en particular sobre el alcance del principio de oficialidad y la necesidad o no de la previa solicitud del beneficiario para que dicho nacimiento se produzca.

Ligado a esta cuestión, también se analiza –una vez más– el tema de la prescripción y caducidad del derecho a las prestaciones, distinguiendo el alcance y efectos de ambas instituciones.

Abstract

The Supreme Court judgment of the Social Chamber of 7 July 2015 (JUR \ 2015 \ 189347), returns to rule on the birth of a social security benefit, in this case the temporary disability benefit, in particular on the scope of the principle of formality and whether or not the request of the recipient so that birth occurs.

It also discusses –once more– the issue of prescription and forfeiture of the right to benefits, distinguishing the scope and effects of both figures.

Palabras clave

incapacidad temporal, derecho a prestaciones, prescripción, caducidad.

Keywords

temporary disability, benefit entitlement, prescription, expiration.

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico regula dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social. Por una parte, el artículo 53 RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS (anterior artículo 43 LGSS '94) regula la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social¹, estableciendo un plazo general de prescripción de cinco años, computados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la ley (jubilación, viudedad, orfandad, prestaciones a favor de familiares...) y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud². Así pues, al reconocimiento tardío del derecho no se le reconoce eficacia

¹ Vid el concepto de prescripción extintiva propuesto por ANGULO MARTÍN, A., en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*. MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.). Comares. Granada, 1999. Pág. 510.

² Del mismo modo, en aquellos supuestos en los que el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de (...)

retroactiva plena, sino que el pago de la correspondiente prestación se van a retrotraer sólo hasta estos tres meses y no hasta los cinco años anteriores al hecho causante³.

Se interrumpe la prescripción cuando, antes del transcurso del plazo de 5 años fijado para la misma, el sujeto beneficiario realiza cualquier acto de reconocimiento, comenzando en este caso a computarse de nuevo desde el principio. Además de por las causas generales que contempla el art. 1973 CCv⁴, la LGSS prevé dos causas específicas de interrupción de la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones: a) la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Empleo y Seguridad Social; y b) en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate, por lo general derivado de una previa denuncia ante la Inspección.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 53 LGSS contempla un supuesto de suspensión de la prescripción en aquellos casos en que se entable acción judicial contra un presunto culpable, civil o criminalmente, en tanto dicha acción se tramite, volviendo a contarse el plazo desde el sobreseimiento de la misma (“fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento”) o desde que la sentencia sea firme.

Por otra parte, el artículo 54 LGSS (anterior 44) regula la figura de la caducidad del derecho al percibo de las prestaciones, una vez que éstas ya han sido reconocidas, distinguiendo a estos efectos entre cantidades a tanto alzado, cuyo plazo de caducidad queda fijado en un año, contado desde el día siguiente al de la notificación de su reconocimiento al interesado; y prestaciones periódicas (subsídios o pensiones), respecto a las que se establece que el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA) DE 7 DE JULIO DE 2015

Pues bien, sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Social de 7 de julio de 2015 (JUR\2015\189347). El Tribunal resuelve el recurso de casación nº 703/2014, interpuesto contra la STSJ de Castilla La Mancha de 30 de octubre del 2013, que a su vez fue dictada en virtud de recurso de suplicación nº 459/2013 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo (Talavera de la Reina).

Los hechos enjuiciados hacen referencia a un accidente de tráfico sufrido por un trabajador en fecha 19 de mayo de 2003 mientras prestaba servicios para una Comunidad de Bienes, sin estar dado de alta en la Seguridad Social⁵, consecuencia del cual fue declarado incapacitado permanente en grado de gran invalidez derivada de accidente de trabajo y con

retroactividad máxima no opera en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55.

³ FERNÁNDEZ ORRICO, J.: Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004. Pág. 66.

⁴ Según el citado artículo 1973 CCv las causas generales de prescripción son de las acciones son el ejercicio ante los tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor y cualquier otro acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

⁵ La existencia de relación laboral fue estimada en STSJ de Castilla La Mancha de 20 de junio de 2004.

derecho, pues, a las prestaciones económicas correspondientes⁶, con fecha de efectos de jurídicos y económicos de 16 de junio de 2007.

Pues bien, el 1 de marzo de 2013 la representación del accidentado presentó ante la Dirección Provincial del INSS solicitud de pago de prestaciones por incapacidad temporal, correspondientes al período comprendido entre el accidente y la declaración del gran invalidez, solicitud que fue contestada en sentido desestimatorio por la Mutua responsable del pago de las prestaciones bajo el argumento de haber transcurrido ya los plazos de prescripción y caducidad establecidos en los arts. 43 y 44 LGSS (actuales 53 y 54), tanto para el reconocimiento de la prestación como para su abono. En primera instancia, la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo (sede Talavera de la Reina), de 30 de octubre de 2012, estimó la demanda presentada por la representación del trabajador, reconociendo su derecho a prestación de IT, aunque posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha⁷ revocó dicha resolución, negando, por tanto, el derecho a la prestación solicitada al acoger el argumento de la prescripción y caducidad del derecho.

Contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia se interpone, como decíamos con anterioridad, recurso de casación para la unificación de doctrina por la representación del trabajador accidentado⁸, al que da respuesta el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario, en cuya fundamentación jurídica se abordan dos cuestiones principales:

2.1. La solicitud de las prestaciones de Seguridad Social. El alcance del principio de oficialidad

La primera de esas cuestiones hace referencia a la necesidad o no de previa presentación de solicitud para que nazca el derecho a la prestación correspondiente y, en consecuencia, si resulta de aplicación o no el plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 43 (actual 53) LGSS.

A este respecto, el propio Tribunal Supremo, en doctrina reiterada⁹, viene manteniendo como rasgos característicos de la prestación de incapacidad temporal los principios de automaticidad y de oficialidad, no estando, por tanto, condicionado su reconocimiento y abono, como regla general, a la presentación de una previa solicitud por parte del beneficiario. Esto determina que la entidad encargada de la gestión (gestora o colaboradora) quede obligada a su abono desde que tenga conocimiento de su existencia, no procediendo aplicar ni la prescripción ni la retroactividad previstas en la LGSS y no pudiendo apreciarse la caducidad salvo en aquéllos supuestos en que el beneficiario de la prestación haya dejado transcurrir más de un año sin reclamar el abono de una mensualidad a

⁶ En virtud de Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo (Talavera de la Reina) de 26 de junio de 2008 (confirmada en lo sustancial por St. TSJ de Castilla la Mancha de 22 de enero de 2010), que revoca la resolución del INSS de 23 de agosto de 2007 la cual, reconociendo la situación de gran invalidez del sujeto, no consideraba procedente, sin embargo, el derecho a percibir prestaciones al calificarse el accidente como no laboral y carecer el trabajador de cotizaciones por no estar en situación de alta en la Seguridad Social en el momento del accidente.

⁷ STSJ de Castilla La Mancha de 3 de octubre de 2013.

⁸ Como sentencia de contraste se aporta la dictada por el TSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 26 de octubre de 2009.

⁹ Vid. SSTs de 8 de febrero de 2007 (RJ\2007\3481); 5 de diciembre de 2005 (RJ\2006\1226); 20 de diciembre de 1999 (RJ\1999\10026); 1 de febrero de 1999 (RJ\1999\85); 21 de enero de 1994 (RJ\1994\358); o 2 de noviembre de 1993 (RJ\1993\8347).

partir del momento en que se produjo el hecho causante de la prestación. (STS/IV de 19 de junio de 2007 (RJ\2007\6826)). Es decir, nos encontramos ante una prestación en la que, cumplidos los requisitos generales para su percepción (alta y, si procede, carencia), el pago de la misma se hace efectivo de modo directo y automático conforme al principio de oficialidad, una vez presentados los partes de baja y confirmación (STS/IV de 2 de noviembre de 1993 (RJ\1993\8347)).

No obstante, el principio de oficialidad no va a ser aplicable en todos los supuestos de incapacidad temporal. Según el propio Tribunal, la aplicación y alcance de este principio va a resultar procedente en aquéllos casos en que no exista la obligación del beneficiario de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia, como sucede con los trabajadores por cuenta ajena en los que la incapacidad temporal deriva de una enfermedad común. Pero no puede extenderse, por ejemplo, a los trabajadores autónomos, puesto que ellos están obligados a comunicar su situación a la Entidad Gestora o colaboradora. El incumplimiento de esa obligación llevaría, según la jurisprudencia mayoritaria, a la entidad responsable a una situación de indefensión impidiéndole realizar una adecuada gestión de la prestación. Es decir, mientras en el primer caso (trabajadores por cuenta ajena) no resulta necesaria la solicitud de la prestación, al no venirle impuesta ninguna obligación documental, en el segundo (trabajadores por cuenta propia) sí existe un deber específico de comunicación de la situación a la entidad encargada de la gestión, comunicación ésta equiparable a la solicitud a que se refiere la LGSS al regular la prescripción y establecer la retroactividad de tres meses de las prestaciones solicitadas tardíamente.

En el caso que resuelve la sentencia objeto de este comentario, nos encontramos ante un trabajador por cuenta ajena, lo que, según lo expuesto, podría llevar a pensar que resulta de aplicación el citado principio de oficialidad. No obstante, las circunstancias que rodean el supuesto determinan la exclusión de ese criterio jurisprudencial. Desde el momento en que nos hallamos ante un trabajador no dado de alta cuando se produce el accidente y habiéndose cuestionado la propia existencia de la relación laboral y la consideración del accidente como de trabajo (*in itinere*), considera el Tribunal Supremo que “no cabe afirmar que la prestación no estaba condicionada a la previa solicitud del beneficiario”. Y es que la aplicación del principio de oficialidad, determinante del abono automático de la prestación por el sujeto obligado a ello, ha de vincularse al cumplimiento de los requisitos generales para su percepción (alta y carencia, en su caso) y en el supuesto analizado no se acredita el requisito del alta en el momento en que se produce el accidente de tráfico.

2.2. Prescripción y caducidad de las prestaciones

Así pues, una vez establecida la necesidad de solicitud de la prestación en este caso, el Tribunal Supremo entra a analizar el diferente alcance de dos instituciones, la prescripción y la caducidad (arts. 43 y 44 LGSS (actuales 53 y 54), ambos alegados como infringidos en el recurso de casación para la unificación de doctrina que resuelve la sentencia) y sus efectos en la extinción de los derechos de Seguridad Social, cuestión ésta objeto de consolidada jurisprudencia, a la que remite la sentencia que ahora analizamos¹⁰.

¹⁰ Vid. SSTS/IV de 4 de febrero de 2014 (RJ\2014\904); de 26 de noviembre de 2007 (RJ\2008\1037); o de 24 de octubre de 2005 (RJ\2006\102). En esta misma línea jurisprudencial se manifiesta la sentencia TSJ Galicia nº 4443/2014, de 25 de septiembre de 2014 (AS\2014\2493) o la STSJ de Castilla La Mancha nº 508/2014, de 24 de abril de 2014 (JUR\2014\146071).

Según esta doctrina jurisprudencial, la diferencia fundamental entre ambas figuras atiende al interés protegido en cada caso¹¹. Así, “mientras en la prescripción predomina el interés individual del sujeto pasivo en oponerse a un derecho ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés individual en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas” (STS/IV de 24 de octubre de 2005 (RJ\2006\102)).

No obstante, resulta necesario puntualizar que en el supuesto regulado en el artículo 54 LGSS, y pese al tenor literal del mismo (“el derecho al percibo de las prestaciones...”), la caducidad no se refiere al reconocimiento del derecho a una prestación de Seguridad Social (cantidades a tanto alzado o prestaciones periódicas), que ya está reconocido y no se pierde por el transcurso de un determinado período de tiempo, sino a la reclamación de su contenido¹². Lo que se pierde en los supuestos de caducidad son, pues, cantidades que no han sido cobradas oportunamente, pero el derecho se mantiene, procediendo el percibo de las mensualidades que no hayan caducado.

Distinto, así, resulta este supuesto de la figura de la prescripción regulada en el artículo 53 LGSS (anterior 43) en la cual sí se ve afectado el derecho mismo a las prestaciones que integran el contenido de la acción protectora, lo que implica el cuestionamiento del objetivo último del sistema, la protección frente a situaciones de necesidad¹³.

Así pues, ha de ser una actitud pasiva del beneficiario, que no reclama el pago de una cantidad correspondiente a una prestación que ya tiene reconocida, la que se constituye en fundamento de la caducidad del artículo 54 LGSS. Y en el supuesto objeto del recurso no se aprecia esta actitud pasiva frente a un derecho previamente reconocido, sino que lo que aparece cuestionado es el reconocimiento mismo de una prestación, la de incapacidad temporal, durante un determinado período –desde el momento del accidente hasta la declaración de incapacidad permanente del sujeto–, lo cual nos situaría en el escenario contemplado en el artículo 53 LGSS, aunque entendiendo que la prescripción no sería aplicable al caso concreto, desde el momento es que habría quedado interrumpida.

2.3. El fallo

El Tribunal Supremo, aplicando esta doctrina al supuesto analizado desestima el recurso interpuesto por la representación del trabajadora, no porque, como ha quedado expuesto, la acción hubiese prescrito por haber transcurrido más de cinco años entre el hecho causante y la solicitud de la prestación de incapacidad temporal, sino porque, según dispone el último inciso del artículo 53.1 LGSS (anterior 43.1), los efectos del reconocimiento de la

¹¹ Otras diferencias entre ambas figuras atienden, por ejemplo, a la apreciación a instancia de parte en la prescripción y también de oficio en la caducidad o a la imposibilidad de interrupción en este caso de la caducidad.

¹² En palabras del Tribunal el empleo del término “caducidad” por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa, más próxima a lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida (STS/IV de 24 de octubre de 2005 (RJ\2006\102)).

¹³ No obstante, para el profesor ALARCÓN CARACUEL en realidad no es el derecho el que prescribe, puesto que su nacimiento se produce con el hecho causante, sino la acción para reclamarlo. Más que de “derecho al reconocimiento” el art. 43 LGSS debería referirse al “reconocimiento del derecho”, y por tanto al pago de la prestación que integra su contenido, siendo esa acción de reconocimiento del derecho la que prescribe a los cinco años (ALARCÓN CARACUEL, M.R., en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Dir.). Thomson-Aranzadi. Madrid, 2003. Pág. 284).

prestación se van a producir “a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”. Y en ese período, tal y como queda expuesto en la fundamentación fáctica de la sentencia, ya había sido reconocida al trabajador la incapacidad permanente y estaba recibiendo la correspondiente prestación. La retroactividad limitada prevista legalmente determina que en el momento en que hubiesen de producirse los efectos derivados del reconocimiento de la prestación, la situación de incapacidad temporal de la que trae causa se encontrase agotada.

3. CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala IV de 7 de julio de 2015, en un supuesto de accidente de trabajo *in itinere* de un trabajador no dado de alta, cuya relación laboral se cuestiona en un primer momento y que finalmente es declarado incapacitado permanente en grado de gran invalidez, vuelve a pronunciarse en unificación de doctrina sobre el alcance de los principios de oficialidad y de automaticidad en el nacimiento del derecho a las prestaciones de Seguridad Social y la consiguiente necesidad o no de que el potencial beneficiario presente solicitud previa para el reconocimiento de las mismas.

En este sentido el Tribunal viene a reiterar la necesidad de dicha solicitud en el marco del Régimen General en aquellos supuestos en los que no estén presentes los presupuestos generales determinantes del nacimiento de la prestación (trabajador no dado de alta y cuestionamiento inicial de la propia existencia de la relación laboral). Lo contrario supondría, entiende la sentencia, una situación de indefensión de la entidad encargada del abono de la prestación (entidad gestora o mutua), al no tener medio para conocer la contingencia determinante del derecho a la prestación y no poder llevar a cabo, por tanto, una adecuada gestión de la misma.

También se pronuncia el Tribunal sobre la diferencia entre las dos figuras reguladoras de la extinción de derechos en materia de Seguridad Social, la prescripción y la caducidad del derecho a las prestaciones, reiterando, de nuevo, consolidada doctrina jurisprudencial que establece la diferencia fundamental en el distinto alcance de una y otra institución, de manera que, mientras en la prescripción lo que se extingue va a ser el derecho mismo a la prestación, la caducidad hace referencia al abono de cantidades concretas correspondientes a prestaciones que ya están reconocidas. Es decir, no se pone en cuestión la existencia o no del derecho, sino que la actitud pasiva del beneficiario le lleva a perder una determinada cantidad cuando transcurre el plazo previsto legalmente sin que la misma haya sido reclamada.

Admitiendo el Tribunal que en el caso enjuiciado no resulta procedente aplicar la figura de la caducidad, al no poder apreciar la pasividad determinante de la aplicación de la misma, y que el plazo de prescripción 5 años había sido interrumpido por la actuación de la representación del beneficiario, no se reconoce la prestación de incapacidad temporal solicitada, correspondiente al período transcurrido entre el accidente de tráfico y la declaración de incapacidad permanente en grado de gran invalidez del sujeto, por la eficacia retroactiva limitada a los tres meses anteriores al momento de la solicitud que la LGSS establece para el reconocimiento de las prestaciones, período éste en el que el trabajador ya estaba percibiendo la pensión de gran invalidez, encontrándose, pues, agotada la prestación de incapacidad temporal.

El accidente “en misión” The accident “in misión”

JOSÉ EDUARDO PÉREZ MADRID

SUBDIRECTOR PROVINCIAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y CONTROL DE PENSIONES.
INSS ALBACETE

Resumen

El accidente de trabajo en misión hace referencia al ocurrido al trabajador en el desempeño de una misión encomendada por el empresario en un lugar distinto al de su trabajo habitual, o en el trayecto que tenga que recorrer. Resulta controvertido para eventos traumáticos o súbitos, especialmente cardiovasculares, y más en contagio biológico de un trabajador desplazado a zona endémica.

Abstract

The *accident in mission* term refers to those accidents occurred to the worker in the performance of a mission entrusted by the employer in a place different from their usual work, or on the way having to go. Its consideration can be controversial in cases of traumatic or sudden events, specially cardiovascular events, and even more in those cases of biological infection of a worker displaced to an endemic area.

Palabras clave

Accidente de Trabajo, Accidente en misión, contingencia laboral, daño laboral, salud laboral, Accidente in itinere

Keywords

Work accident, accident in mission, occupational injury, occupational damage, occupational health, accident in itinere

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A 2007

El accidente “en misión” es una construcción jurisprudencial antigua, que ha experimentado cambios importantes en la extensión de su ámbito, si bien el concepto de misión ha permanecido inalterado (el desplazamiento, por orden del empresario, para realizar una tarea determinada en otro lugar, que incluye la vuelta tras la terminación de dicho encargo).

A continuación se presentará el escenario jurisprudencial reiterado hasta una Sentencia del TS del 6 de marzo de 2007 [P.: Aurelio Desdentado Bonete]. Hasta esta STS, la doctrina vigente se identificaba con una visión totalizadora del accidente en misión, por la que lo acaecido durante la misión, salvo algunas excepciones, se consideraba AT en misión.

En 2007 se produjo una unificación de la doctrina, verdaderamente relevante, al inaugurarse otra doctrina jurisprudencial, reiterada hasta la fecha, por la que solo se considerarían accidentes en misión los acaecidos en tiempo y lugar de trabajo.

Por fortuna, en la sentencia de contraste que figura en la STS de 2007, hay otra STS de 24 de septiembre de 2001, que alude a otra STS de 4 mayo de 1998, que contienen los rasgos principales de la doctrina anterior¹.

¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: Rectificación del concepto de accidente de trabajo en misión. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA 9/2007. ARANZADI

En primer lugar, se ofrece una visión muy resumida de sus hechos: el trabajador era conductor de autobús y realizaba rutas turísticas por diversas rutas europeas. Mientras descansaba en un hotel, sufrió un infarto agudo de miocardio.

1.1. Principales argumentos de esta doctrina jurisprudencial

He diferenciado, en sus Fundamentos de Derecho² 2º a 5º, los diferentes vértices de esta polígono, que actúan como premisas de un silogismo o como argumentos de un razonamiento.

Argumento 1º (FD 2º). Según el FD 2º de esta sentencia, tras indicar que “su trabajo era itinerante”, añade que “es evidente que el mal le sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero cuando permanece bajo la dependencia de la empresa, cuya organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida”. El hecho de encontrarse “bajo la dependencia de la empresa”, es de tal importancia en esta Sentencia, que suplente el hecho de no encontrarse en tiempo y lugar de trabajo.

Argumento 2º (FD 3º). “El accidente de trabajo en misión es una lógica derivación del concepto de AT *in itinere*, porque si este segundo concepto consiste en el soportado por el trabajador en el obligado desplazamiento desde su domicilio al lugar de prestación de los servicios, o, una vez acabada la jornada, desde el lugar de prestación de los servicios hasta su domicilio habitual, ya que la ley entiende que a tales trayectos y riesgos debe extenderse la protección proporcionada por la empresa”. Esta estrecha relación entre los accidentes *in itinere* y en misión es muy propia de esta doctrina jurisprudencial anterior a 2007.

Argumento 3º (FD 3º). “(. . .) con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de las tareas profesionales, porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es innecesario el reintegro, ya que el trabajador “itinerante”, como con expresión real le definen los hechos probados, está en ese itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye las tareas que tiene encomendadas”. Continúan estas supuestas similitudes entre accidente en misión y accidente *in itinere*.

Argumento 4º (FD 4º). Las únicas excepciones a esta doctrina jurisprudencial, basadas ciertamente en la supuesta ruptura de la dependencia de la empresa, son las siguientes:

- “Cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación”.
- “Es indiscutible que si el representante de la Empresa durante el viaje modificara horarios o rutas, el conductor tendría que acomodarse a ellos adaptando la satisfacción de sus propias necesidades a las nuevas instrucciones”.
- Como ejemplo de ruptura del nexo causal, esta sentencia señala que “nuestra sentencia de 10 de febrero de 1983 negó la naturaleza de accidente de trabajo a la muerte de quien

² STS de 24 de septiembre de 2001

se encontraba “en misión” por cuenta de su empresa, pero que, aprovechando el descanso propio de un día festivo concurrente, acudió a una playa pública, donde falleció a causa de asfixia por inmersión”.

Argumento (FD 5º)

La sentencia objeto del recurso de casación supone el “quebrantamiento de la unidad de la doctrina, pues contradice abiertamente la expuesta por esta Sala en las dos sentencias citadas por el recurrente, que coinciden en amparar al trabajador “en misión contra los males que sufra”.

Esta sentencia de contraste es una síntesis completa de la doctrina vigente hasta 2007. Resulta innegable que “este criterio totalizador dominó durante mucho tiempo los pronunciamientos jurisprudenciales”³.

1.2. El accidente de relevo: una subespecie del accidente en misión

La sentencia de contraste alude varias veces a otra STS, concretamente de 4 de mayo de 1998. A tenor de esta doctrina, el accidente de relevo se consideraba accidente de trabajo. El supuesto enjuiciado en dicha STS [P.: José María Marín Correa], consistía en un “conductor de camión (...) estando a bordo del vehículo en que laboraba, si bien en ocasión de hacerlo el compañero con quien compartían la actividad, pues se relevaban, sufrió una indisposición”.

Desde la doctrina vigente, o doctrina anterior como se califica en estas líneas, se aplica aquellas tesis totalizadoras, no solo al accidente en misión de un conductor aunque fuera del tiempo y lugar de trabajo, sino también a su compañero conductor, que se releva con él y que sufre un ACV cuando descansa en la cabina.

A causa de esta derivación de la llamada doctrina anterior es por lo que me refiero al “accidente de relevo” como una subespecie del accidente en misión.

“Se ha derivado la calificación como accidente de trabajo (...) puesto que se amplía la presunción de laboralidad a todo el tiempo en el trabajador, en consideración a la prestación de sus servicios aparece sometido a las decisiones de la empresa, incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc., de tal modo que el deber de seguridad⁴, que es una de las causas de responsabilidad empresarial, abarca a todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de servicios”.

Esta STS añade otro argumento en favor del “accidente de relevo como AT, “dado que no hay ni siquiera suspensión de la situación de actividad laboral, porque sucede a bordo del camión, aunque en situación de relevo activo, pero con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo”.

³ ACTUALIDAD LABORAL, nº 21. Primera quincena de diciembre de 2007, p. 2643

⁴ El deber de seguridad del empresario es muy antiguo. Véase AURELIO DESDENTADO BONETE-MAGDALENA NOGUERA GUASTAVINO: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-200)”. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, nº 24 (2000), pp. 31-67

Los rasgos destacables de esta STS de 1998 son:

- Equiparación del tiempo de trabajo al tiempo de disponibilidad.
- La “dependencia de la empresa”, en grado total, o lo que es lo mismo, que se encuentre “sometido a las decisiones de la empresa”.
- El deber de seguridad del empresario.
- Aunque se encuentre en periodo de descanso, la STS aprecia una “conducta que no rompa el nexo causal”.
- En definitiva, el “relevo activo” implica la “presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo”.

2. LA STS DE 6 DE MARZO DE 2007 Y LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA

En resumen, en la STS de 2007 encontramos ambas doctrinas, la anterior, ya tratada, y la unificada en aquel momento, abordada a continuación. Destaca Sempere que “lo más trascendente de la sentencia de 6 de marzo de 2007 es su deseo de poner orden en una zigzagueante doctrina”⁵.

Aquella unificación de la doctrina no pasó desapercibida para nadie. “El Tribunal Supremo, en un Pleno de su Sala de lo Social, ha modificado su criterio y apunta una doctrina nueva y distinta”⁶.

A continuación, se profundiza en los “nervios” principales de la “unificación de la doctrina” operada por la Sentencia de 6 de marzo de 2007.

Se contrastan las cinco ideas clave de la STS de cuatro de mayo de 1998, sobre el accidente de relevo, como los cinco argumentos de la STS de 24 de septiembre de 2001, sobre los accidentes en misión fueron revisados por la STS de 6 de marzo de 2007, que inició una nueva doctrina jurisprudencial.

⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: Rectificación del concepto de accidente de trabajo en misión. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA 9/2007. ARANZADI

⁶ “Accidente de trabajo en misión: delimitación restrictiva”. ACTUALIDAD LABORAL, nº 21 (2007), p. 2644

	DOCTRINA ANTERIOR A STS de 6 de marzo de 2007	UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA⁷ STS de 6 de marzo de 2007
STS de 4 de mayo de 1998 ACCIDENTE DE RELEVO	La “dependencia de la empresa”, en grado total, o lo que es lo mismo, porque se encuentra “sometido a las decisiones de la empresa”.	<p>Cuando se ha abordado la doctrina anterior, se ha aludido concretamente al “accidente de relevo”.</p> <p>A sensu contrario de lo expresado en la STS de 4 de mayo de 1998, decaen todas las razones esgrimidas en favor de la laboralidad de dicho accidente de relevo, puesto que, en definitiva, dicho accidente no tiene lugar en tiempo de trabajo en sentido estricto.</p>
	El deber de seguridad del empresario	
	Aunque se encuentre en periodo de descanso, la STS aprecia una “conducta que no rompe el nexo causal”.	
	En definitiva, el “relevo activo” implica la “presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo”.	
STS de 24 de septiembre de 2001 ACCIDENTE EN MISIÓN De un modo sencillo, a continuación se exponen sus aspectos principales (columna derecha)	“El accidente de trabajo en misión es una lógica derivación del concepto de AT <i>in itinere</i> , porque si este segundo concepto consiste en el soportado por el trabajador en el obligado desplazamiento desde su domicilio al lugar de prestación de los servicios, o, una vez acabada la jornada, desde el lugar de prestación de los servicios hasta su domicilio habitual, ya que la ley entiende que a tales trayectos y riesgos debe extenderse la protección proporcionada por la empresa”. Esta estrecha relación entre los accidentes <i>in itinere</i> y en misión es muy propia de esta doctrina jurisprudencial anterior a 2007.	<p>“Tampoco cabe encuadrar el supuesto en el accidente <i>in itinere</i> en el sentido de que la lesión se produce cuando el trabajador estaba regresando a su domicilio una vez realizado el transporte. No es así, en primer lugar, porque la lesión no tiene lugar en el trayecto, sino en el hotel durante el descanso; tampoco el punto de llegada es el domicilio del trabajador y por último no se ha producido un accidente, sino una enfermedad”.</p> <p>“El accidente <i>in itinere</i> “se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo y no a dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y manera de manifestación”.</p>

⁷ Todos textos entrecomillados de esta columna han sido extraídos de la STS de 6 de marzo de 2007 [P.: Aurelio Desdentado Bonete]

<p>STS de 24 de septiembre de 2001 ACCIDENTE EN MISIÓN De un modo sencillo, a continuación se exponen sus aspectos principales (columna derecha)</p>	<p>“(. . . .) con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de las tareas profesionales, porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es innecesario el reintegro”.</p>	<p>“La Directiva 2002/15 CE distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y tiempo de descanso. En el primero, se está en el lugar del trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de carga o descarga. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a “los períodos de pausa o descanso”.</p>
		<p>“No puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en tiempo y lugar de trabajo”. “No todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento ni tampoco realización de la actividad laboral”.</p>
<p>STS de 24 de septiembre de 2001 ACCIDENTE EN MISIÓN De un modo sencillo, a continuación se exponen sus aspectos principales (columna derecha)</p>	<p>Las <u>únicas excepciones</u> a esta doctrina jurisprudencial con un carácter marcadamente tuitivo de todo el tiempo en misión son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación”. • “Es indiscutible que si el representante de la Empresa durante el viaje modificara horarios o rutas, el conductor tendría que acomodarse a ellos adaptando la satisfacción de sus propias necesidades a las nuevas instrucciones”. • Como ejemplo de ruptura del nexo causal, esta sentencia señala que “nuestra sentencia de 10 de febrero de 1983 negó la naturaleza de accidente de trabajo a la muerte de quien se encontraba “en misión” por cuenta de su empresa, pero que, aprovechando el descanso propio de un día festivo concurrente, acudió a una playa pública, donde falleció a causa de asfixia por inmersión”. 	<p>No hay excepciones a la doctrina jurisprudencial unificada</p>

<p>STS de 24 de septiembre de 2001 ACCIDENTE EN MISIÓN De un modo sencillo, a continuación se exponen sus aspectos principales</p>	<p>La sentencia objeto del recurso de casación supone el “quebrantamiento de la unidad de la doctrina, pues contradice abiertamente la expuesta por esta Sala en las dos sentencias citadas por el recurrente, que coinciden en amparar al trabajador “en misión” contra los males que sufra”.</p>	<p>“En el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones”. “Deja constancia de que la doctrina es nueva y se aparta de sus precedentes”⁸. Y así dice que “por todo lo expuesto, y con rectificación expresa de la doctrina de la sentencia de contraste, procede desestimar el recurso”.</p>
---	--	--

De un modo esquemático se han mostrado los aspectos principales de este notable cambio jurisprudencial.

Tras la lectura de los apartados anteriores, la validez de esta sentencia⁹ para unificación de la doctrina es incontestable con respecto de los ACV en misión, en particular, y con respecto de los AT, en general.

3. CONCEPTUACIÓN Y REQUISITOS

Comenzamos con la definición de los accidentes “en misión”. A primera vista, estos son “(...) una especie del género accidentes de trabajo, y de creación jurisprudencial”¹⁰.

Más concretamente, “el accidente en misión es un concepto jurisprudencial que ha sido acuñado por doctrina y jurisprudencia” porque “no existe una definición legal de esta modalidad de accidente (...) confeccionada por la jurisprudencia atendiendo a supuestos concretos que se han planteado ante los tribunales”¹¹.

En resumen, entendemos como accidente en misión “el sufrido por el trabajador con motivo del desplazamiento por razón de su actividad profesional (STCT de 22 de marzo de 1979 [RTCT 1979, 1816]), o “durante el cumplimiento de una misión o actividad comprendida dentro del ámbito del trabajo” (STS de 11 de enero de 1962)”¹².

En consecuencia, es englobable en dicha calificación tanto el accidente que pueda acontecer en el trayecto que el trabajador tenga que recorrer para el cumplimiento de la misión o actividad laboral, como el sobrevenido en el desempeño de la misma en tiempo de trabajo, así como durante la realización de los actos directamente vinculados a la encomienda.

⁸ ACTUALIDAD LABORAL, nº 21. Primera quincena de diciembre de 2007, p. 2644

⁹ STS de seis de marzo de dos mil siete

¹⁰ TASCÓN LÓPEZ, RODRIGO: El accidente de trabajo en misión. TIRANT LO BLANCH. Valencia (2010), p. 20

¹¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a BELÉN: “La presunción de laboralidad del apartado 3 del art. 115 LGSS y el accidente “en misión”. Revista doctrinal ARANZADI SOCIAL, nº 7319 (2004). ARANZADI, pp. 2-3

¹² FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a BELÉN: “La presunción de laboralidad del apartado 3 del art. 115 LGSS y el accidente “en misión”. Revista doctrinal ARANZADI SOCIAL, nº 7319 (2004). ARANZADI, p. 2

Con independencia de que se trate de enfermedades comunes que al darse en tiempo y lugar de trabajo, opera con respecto de ellos la presunción de laboralidad reiterada por la jurisprudencia. Si tales accidentes no suceden en tiempo de trabajo, no serán accidentes de trabajo. Ante la posibilidad de que la contingencia determinante sea enfermedad común o accidente laboral, la STS de 15 de noviembre de 1999 nos ilustra al respecto, pues “no puede llevar a la conclusión que cualquier muerte que se produzca fuera del trabajo, por lesión cardíaca o cerebral, es decir por padecimientos en principio de naturaleza común, deba ser calificada como ANL, pues entonces se llegaría al absurdo de calificar como ANL cualquier fallecimiento que se produjera súbitamente, abstracción hecha del medio y circunstancias que le rodearan”¹³. La contingencia determinante será la enfermedad común.

Por ello, los polos de esta situación son exclusivamente el accidente de trabajo o la enfermedad común.

Al comienzo de estas líneas, expresaba en letra cursiva las importantes consecuencias para la acción protectora del Sistema de Seguridad Social que presumía de este cambio jurisprudencial, como ha ocurrido en los ámbitos de las prestaciones por incapacidad, temporal y permanente, así como en las prestaciones por muerte y supervivencia, como son las pensiones de viudedad y las de orfandad.

Como es sabido, a tenor de la contingencia (accidente de trabajo o enfermedad común, en estos casos), se infieren importantes consecuencias en las prestaciones de Seguridad Social derivadas (cálculo de base reguladora de las pensiones y subsidios, así como las indemnizaciones a tanto alzado en el caso de pensiones de viudedad y de orfandad, fundamentalmente).

Un sencillo análisis de esta concepción implica la concurrencia de tres requisitos, que han de estar presentes en cada uno de los supuestos considerados como accidente en misión.

Tales requisitos son:

- a) *De lugar.* El accidente ha de transcurrir fuera del centro de trabajo. De hecho, en estos casos la jurisprudencia considera como centro de trabajo el lugar en el que el trabajador se ve precisado a realizar las tareas encomendadas.
- b) *Causal.* El desplazamiento debe ser motivado por razón del cumplimiento de la actividad laboral, de las órdenes o instrucciones de la empresa para realizar su trabajo.
- c) *Temporal.* El accidente ha de sobrevenir en tiempo de trabajo, en cumplimiento de las órdenes del empresario, no en los momentos de ocio y esparcimiento del trabajador¹⁴.

¹³ STS de quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve

¹⁴ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^º BELÉN: “La presunción de laboralidad del apartado 3 del art. 115 LGSS y el accidente “en misión”. Revista doctrinal ARANZADI SOCIAL, nº 7319 (2004). ARANZADI, p. 3

Cuando se ha abordado la doctrina anterior, se ha aludido concretamente al “accidente de relevo” como sub especie del accidente en misión. Tras la STS de 6 de marzo de 2007, decaen todas las razones esgrimidas en favor de la laboralidad de dicho accidente de relevo, puesto que, en definitiva, dicho accidente no tiene lugar en tiempo de trabajo en sentido estricto.

4. DISTINCIÓN DE OTROS TIPOS DE ACCIDENTE

Rasgo innegable de la llamada doctrina anterior es que “el accidente en misión constituye una modalidad específica de accidente de trabajo que hay que diferenciar del accidente *in itinere* y del accidente que pudiera afectar a los denominados “trabajadores itinerantes”¹⁵.

Se incluyen estas distinciones porque forman parte de la doctrina jurisprudencial, sea vigente o no.

4.1. Accidente en misión y accidente *in itinere*

Aunque BORRAJO dice que “la delimitación de uno y otro tipo de accidente –en misión e *in itinere*– puede ser compleja, pero solo en el orden fáctico”¹⁶, entiendo que en el momento presente hay argumentos jurídicos, además de los fácticos.

Definición	
ACCIDENTE EN MISIÓN	ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i>
Se ha querido ver una cuasi definición normativa de los accidentes en misión. Así, “las previsiones normativas del art. 115 LGSS solo se refieren a el, si acaso, de forma indirecta. En concreto, la contenida en el art. 115.2.c) que establece que tendrán la consideración de accidentes de trabajo “los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario” y, de forma más general, la propia presunción ya mencionada del apdo. 3 del art. 115 LGSS, según la cual, se presume, “salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo” ¹⁷ .	Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo” 115 a. LGSS.
Se trata de una antigua construcción jurisprudencial, sin perjuicio de la primera visión totalizadora y la posterior doctrina más restrictiva (STS 6/03/2007).	

¹⁵ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 5

¹⁶ BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “El accidente de trabajo in itinere: ampliaciones judiciales”. ACTUALIDAD LABORAL, nº 5 (2007), pp.540-556

¹⁷ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 5

Régimen Jurídico	
ACCIDENTE EN MISIÓN	ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i>
<p>“Se entiende que si bien el accidente <i>in itinere</i> y el accidente en misión guardan cierta similitud, su régimen jurídico no es el mismo, puesto que <u>al accidente en misión resulta aplicable el art. 115.1 de la LGSS (accidente de trabajo propio)</u>”¹⁸.</p>	<p>“Se entiende que si bien el accidente <i>in itinere</i> y el accidente en misión guardan cierta similitud, su régimen jurídico no es el mismo, <u>puesto que el accidente in itinere se considera un tipo especial (accidente de trabajo impropio)</u>”¹⁹.</p>
Presunción de Laboralidad	
ACCIDENTE EN MISIÓN	ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i>
<p>“La presunción del art. 115.3 LGSS se refiere a cualquier lesión exteriorizada en tiempo y lugar de trabajo se presume accidente de trabajo, salvo prueba en contrario”²⁰.</p>	<p>“No rige para este tipo de accidente la presunción de laboralidad establecida en el art. 115.3, que se refiere exclusivamente a los accidentes acaecidos en tiempo y lugar de trabajo; descartando, en consecuencia, que los desplazamientos constituyan tiempo de trabajo y que el medio de locomoción utilizado pueda constituir en alguna forma lugar de trabajo”²¹.</p>
<p>“En los supuestos de accidentes producidos durante el tiempo y lugar de trabajo será la empresa, la mutua o las entidades gestoras las que hayan de probar que la lesión no guarda relación con el trabajo”²².</p>	<p>“La caracterización como laboral del accidente que tiene lugar en estas circunstancias se basa en que el desplazamiento, y los accidentes que ocurran en este trayecto, se producen no como consecuencia, sino con ocasión”²³.</p>
	<p>“No cabe calificar como accidente <i>in itinere</i> aquellos supuestos en que se rompe el nexo de causalidad (o si se quiere, de ocasionalidad) entre accidente y trabajo. En este sentido y como es sobradamente conocido, para mantener la conexión es necesario que se cumplan una serie de elementos o requisitos”²⁴.</p>
	<p>“Las enfermedades o dolencias que se manifiesten durante el desplazamiento al ir o volver del trabajo (...) se excluyen del concepto de accidente <i>in itinere</i> al limitarse este a los accidentes en sentido estricto, esto es, <i>a las lesiones súbitas o violentas producidas por agentes externos</i>”²⁵.</p>

¹⁸ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 9

¹⁹ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 9

²⁰ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 4

²¹ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 4

²² CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014)

²³ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 3

²⁴ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 3

²⁵ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 4

Carga de la Prueba	
ACCIDENTE EN MISIÓN	ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i>
“En los supuestos de accidentes sucedidos durante el tiempo y lugar de trabajo será la empresa, la mutua o las entidades gestoras las que hayan de probar que la lesión no guarda relación con el trabajo” ²⁶ .	“El accidente <i>in itinere</i> solo se considera existente cuando concurren los requisitos (...) que deben ser probados por el trabajador o sus causahabientes” ²⁷ .
Significado del “Desplazamiento”	
ACCIDENTE EN MISIÓN	ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i>
“El desplazamiento que conlleva un accidente en misión es un desplazamiento ocasional con la finalidad de realizar un trabajo no habitual en un lugar distinto del establecido en el contrato” ²⁸ .	“En lo que respecta al accidente <i>in itinere</i> (...) desplazamiento que se realiza ordinaria y habitualmente entre el domicilio habitual y lugar de trabajo” ²⁹ .
“En el accidente en misión se producen efectivamente desplazamientos del trabajador con objeto de realizar una actividad encomendada por la empresa. Concurren, en consecuencia, dos elementos determinantes: el primero de ellos es que el desplazamiento , que no ha de tener como destino el lugar de trabajo habitual, es absolutamente necesario para cumplir una misión laboral específica; el segundo, que existe un mandato empresarial de realizar una actividad concreta (misión) que puede ser (normalmente lo es, aunque no tiene que serlo necesariamente) una actividad ajena, o cuando menos no habitual, a la pactada en el contrato de trabajo. En síntesis: desplazamiento para cumplir por orden del empresario una tarea laboral que no suele ser la habitual del trabajador” ³⁰ .	“La afirmación legal que afecta al accidente <i>in itinere</i> lo es únicamente con respecto a la relación de causalidad con el trabajo, mientras que la presunción del art. 115.3 LGSS se refiere a que cualquier lesión exteriorizada en tiempo y lugar de trabajo se presume accidente de trabajo, salvo prueba en contrario” ³¹ .
<i>A sensu contrario</i> , el accidente “en misión se produce durante la ejecución del trabajo	La ida y vuelta del domicilio al trabajo y viceversa es la razón de ser del accidente <i>in itinere</i>
	“En una palabra, entre el accidente de trabajo en misión y el accidente <i>in itinere</i> hay una clara distinción conceptual: en el accidente <i>in itinere</i> la lesión no se produce durante la ejecución del trabajo, sino antes, o bien después de esa prestación” ³² .

²⁶ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014)

²⁷ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 5

²⁸ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 6

²⁹ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 6

³⁰ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), pp. 5-6

³¹ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente *in itinere* del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 4

³² BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “El accidente de trabajo *in itinere*: ampliaciones judiciales”. ACTUALIDAD LABORAL, nº 5 (2007), pp.540-556

4.2. Accidente “en misión” y trabajo itinerante

Conceptuación	
ACCIDENTE EN MISIÓN	TRABAJO ITINERANTE
<p>“En el trabajo en misión”, puntualizará la jurisprudencia, “estamos ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrolla normalmente en un lugar determinado y se encarga al trabajador la realización de un servicio en otro lugar distinto” –STS de 6 de marzo de 2007–³³.</p>	<p>“En el trabajo itinerante, el desplazamiento es inseparable del trabajo (...) el accidente se produce mientras se trabaja, ya que este desempeño implica en sí mismo la movilidad”³⁴.</p> <p>“Hay un trabajo itinerante, cuya ejecución exige, precisamente, ese desplazamiento. Tal sucede, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En el trabajo del empleado-repartidor de productos a domicilio; - En el trabajo del empleado-mensajero; - En el de instalador eléctrico. <p>En general, en cualquier actividad que ha de desempeñar un trabajador que, por su condición de tal, ha de trabajar fuera de su centro de trabajo y que, por tanto, ha de desplazarse”³⁵.</p>

Normativa aplicable	
<p>“El accidente que se produce durante la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión sigue el régimen ordinario del artículo 115.1 de la LGSS, siéndole de aplicación la presunción de laboralidad que contiene al art. 115.3 de la LGSS (accidente laboral propio)”³⁶.</p>	<p>Entiendo que tanto el 115.1 (con ocasión o por consecuencia) como el 115.3 (en tiempo y lugar de trabajo)</p>

ACCIDENTE EN MISIÓN	TRABAJO ITINERANTE
Desplazamiento y Actividad	
<p>“Lo característico por tanto, y esto es lo que diferencia al trabajo en misión del trabajo itinerante, es que los dos elementos que lo definen, aun íntimamente relacionados, <u>se pueden desdoblar y considerarse de forma separada y autónoma</u>, esto es, el trabajo y el desplazamiento propio de la misión”³⁷.</p>	<p>“Lo característico por tanto, y esto es lo que diferencia al trabajo en misión del trabajo itinerante, es que (...) en los trabajadores itinerantes, el desplazamiento es consustancial a la prestación de servicios y, por tanto, <u>imposible de desdoblar o separar</u>”³⁸.</p>

³³ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 6

³⁴ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 6

³⁵ BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “El accidente de trabajo *in itinere*: ampliaciones judiciales”. ACTUALIDAD LABORAL, nº 5 (2007), p. 553

³⁶ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014), p. 6

³⁷ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014)

³⁸ CARRIZOSA PRIETO, ESTHER: “El accidente in itinere del “trabajador en misión” ¿Imposible concurrencia?. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº 171 (2014)

5. CONSIDERACIONES FINALES

Cabe la posibilidad de que estas líneas puedan resultar comprensibles, válidas y útiles para los que frecuenten el Derecho de la Seguridad Social.

Además, la experiencia profesional y los singulares apremios derivados centran nuestra proximidad al accidente en misión.

Estas líneas, aderezadas con la experiencia de su autor, han sido preparadas con la única meta de ir cruzando sucesivos círculos relativamente concéntricos para que cada lector alcance lo que necesite en este ámbito.

Incentivos al empleo, por cuenta propia y ajena, a través de entidades de economía social

Measures to promote entrepreneurship and employment through Social Economy Entities

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

PROFESORA T.U. DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El art. 129.2 CE encomienda a los poderes públicos el fomento, mediante una legislación adecuada, de las cooperativas y demás modalidades asociativas. A tal fin, y en el convencimiento de que las entidades de Economía Social constituyen una clave para activar el desarrollo económico de su entorno, así como para la creación de empleo estable y de calidad, los legisladores nacional y autonómicos vienen fomentando la incorporación tanto de socios trabajadores y de trabajo, como de trabajadores por cuenta ajena a estas entidades, por medio de incentivos tales como las subvenciones, las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, la capitalización de la prestación contributiva por desempleo y de la prestación por cese de actividad, entre otros.

Este estudio analiza dichas medidas, reguladas fundamentalmente por la Ley 5/2011, de Economía Social y la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo (reformadas ambas por la Ley 31/2015, para el fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social), poniendo especial énfasis en los colectivos priorizados por ellas.

Palabras clave

Promoción del empleo y del emprendimiento, incentivos en las cotizaciones de Seguridad Social, capitalización de las prestaciones por desempleo, entidades de Economía Social, cooperativas de trabajo asociado, emprendimiento colectivo.

Abstract

Art. 129.2 of Spanish Constitution entrusts public powers promoting, by means of appropriate legislation, cooperative societies and other forms of association. To this end, in the understanding that Social Economy entities are a key to energize their environment economic development and to create stable and quality jobs, state and regional legislators have been supporting the incorporation of worker-members and employees in these entities, through grants, benefits in Social Security contributions, capitalization of contributory unemployment benefit and capitalization of economic allowance for cessation of activity of self-employed persons, among other measures.

This study analyzes the main groups of such measures, envisaged by Act 5/2011 on Social Economy and Act 20/2007 on Autonomous Work Statute (as amended by Act 31/2015 for promoting autonomous work and Social Economy), placing special emphasis on those collective prioritized by them.

Keywords

Promotion of employment and self-employment, benefits in contributions to Social Security, capitalization of unemployment benefits, Social economy entities, Associated Workers Cooperatives, collective entrepreneurship.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El fomento del empleo en el ámbito de la Economía Social como política activa de empleo

Es de sobra conocido el impacto negativo que la coyuntura de crisis que atraviesa España desde el año 2008, ha tenido en el empleo, llevando a una tasa de paro que superó, en el año 2013, el 25% de la población activa¹. Aunque los datos han mejorado desde entonces², la situación no deja de ser gravísima, y reclama el máximo esfuerzo en el diseño e implementación de políticas públicas de empleo suficientes y eficaces.

En el diseño de las políticas activas de empleo los poderes públicos han previsto diversos programas y medidas encaminadas a mejorar las posibilidades de inserción de los desempleados en el mercado de trabajo –ya sea por cuenta propia o ajena–, a adaptar la formación y cualificación para el empleo de los trabajadores y a fomentar el espíritu empresarial. En efecto, el art. 36.1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo³, define las políticas activas como “el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas, y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”. En definitiva, se trata de medidas destinadas a fomentar, crear y mantener tanto el empleo por cuenta ajena como el autoempleo, a través de diversos cauces, entre los que la norma cita de forma explícita las entidades de Economía Social.

Por regla general, el estímulo directo del empleo y el emprendimiento se articula mediante incentivos, que pueden actuar como refuerzo negativo, en cuanto suponen que la Administración deja de recaudar una determinada cantidad que en otro caso el empresario hubiera debido abonar en concepto de cuotas a la Seguridad Social (bonificaciones, reducciones y exenciones de las cuotas de Seguridad Social) y/o impuestos (deducciones y exenciones fiscales), o como refuerzo positivo, en el caso de concesión de subvenciones y préstamos. Como habrá ocasión de comprobar, el ámbito de la Economía Social no constituye una excepción en esta materia, antes bien el legislador ha recurrido de forma genérica y específica a todas estas medidas a fin de fomentar tanto la incorporación de socios como el trabajo por cuenta ajena en el marco de estas entidades.

1.2. El papel de las Entidades de Economía Social en la creación de empleo y autoempleo

La especial consideración que en este conjunto de programas se atribuye a las entidades de Economía Social obedece a la percepción, por parte de los poderes públicos, de

¹ Concretamente, el 25,7%, según la Encuesta de Población Activa para 2013.

² En el tercer trimestre de 2015, la tasa de paro registrada fue del 21,18%.

³ En adelante, LE. Dicho precepto reproduce la definición contenida en el art. 23.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

los beneficios que esta fórmula asociativa conlleva, tanto en el ámbito de su gestión interna, como respecto del medio social y económico que les rodea⁴.

En efecto, las referidas entidades representan un modelo de emprendimiento colectivo basado en valores como la democracia, la solidaridad y la cohesión social, que impregnan la gestión de la empresa, primando a la persona sobre el capital⁵. De otro lado, las entidades de Economía Social contribuyen al desarrollo económico y social de su entorno, y constituyen una fórmula idónea para la canalización de la fuerza productiva, bien mediante la incorporación de socios trabajadores, bien mediante la creación de empleo por cuenta ajena en su seno⁶. Los valores anteriormente citados, recogidos en el art. 4 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, como principios orientadores de la actuación de estas entidades, se traducen, además, en las características del empleo que se genera en su seno, un empleo estable y de calidad, como se deduce del hecho de que, durante la crisis, “la destrucción de empleo en estas empresas haya sido casi cinco puntos inferior al del resto de las fórmulas societarias” y de que “el 75 % de los contratos que se encuentran en vigor en las cooperativas y en las sociedades laborales son de carácter indefinido”⁷.

Todo ello determina que desde diversas instancias internacionales se haya valorado positivamente este enfoque diferente de la actividad empresarial, invitando a los gobiernos a apoyar su labor. Cabe destacar en este sentido, la Recomendación 193/2002 de la OIT, sobre la promoción de las cooperativas, así como la Resolución 2008/2250 (INI) del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009.

Ya, en el ámbito nacional, el art. 129.2 de la Constitución Española, encomienda a los poderes públicos el fomento “mediante una legislación adecuada, (de) las sociedades cooperativas y demás modalidades asociativas”. En su desarrollo se han aprobado diversas normas, como la precitada Ley de Economía Social (en adelante, LES), la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, el RD 219/2001, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Consejo para el Fomento de la Economía Social, y la anteriormente aludida Ley de Empleo, cuyo art. 23.1 incluye expresamente entre las políticas activas de empleo, las medidas destinadas al fomento de la economía social. Más recientemente, la Ley 31/2015, de 9 septiembre, ha adoptado medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, en los términos que se expondrán a lo largo de este estudio.

⁴ Subcomisión para el Fomento de la Economía Social, 2011. Informe para el fomento de la Economía Social, Congreso de los Diputados, BOCG, 2 junio 2011, Serie D. Num. 581, 154/000015; CEPES, “El impacto socioeconómico de las entidades de Economía Social”, 2013. Publicado en http://www.cepes.es/publicacion_cepes=96 [vi: 13 junio 2015].

⁵ GARCÍA, J.I., “Cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y fomento del cooperativismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37, 2014, págs. 28-54.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A., “Economía Social, autoempleo e integración laboral”, en GÓMEZ MANRESA, M.F. y PARDO, M.M. (Dirs.), *Economía Social y Derecho: Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía Social*, Comares, Granada, 2013, pág. 257; DÍAZ, M. y MARCUELLO, C., “Impacto económico de las cooperativas. La generación de empleo en las sociedades cooperativas y su relación con el PIB”, *Revista de Economía pública, social y cooperativa*, CIRIEC-España, 67, 2010, págs. 23-44.

⁷ HIDALGO, E., “Autónomos y emprendedores, palanca de cambio para la salida de la crisis”, *Cuadernos de Economía Social*, núm. 1, 2013, pág. 7.

Este entendimiento del papel de las cooperativas y demás modalidades asociativas laborales como pieza clave para la dinamización del tejido empresarial y la creación de empleo de calidad, ha llevado a los legisladores estatal y autonómicos a impulsar su constitución y mantenimiento, mediante la aprobación de diversos programas de subvenciones, así como mediante la concesión –en el ámbito estatal– de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Al estudio de esta normativa promocional del empleo y el autoempleo en la economía social se dedican los epígrafes siguientes.

2. AYUDAS AL EMPRENDIMIENTO Y AL AUTOEMPLO A TRAVÉS DE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

2.1. Consideraciones previas sobre la política de fomento del trabajo autónomo

Aun cuando una buena parte de las políticas activas de empleo se centran en la contratación por cuenta ajena, el interés por las políticas de fomento del trabajo autónomo, antecedente de las modernas de fomento y promoción del emprendimiento, ha crecido notablemente. En esta fórmula de actividad se ve una herramienta para transformar el modelo productivo y el germen de futuras contrataciones⁸.

Como se sabe, las primeras referencias al fomento del autoempleo se pueden situar en el Consejo Europeo Extraordinario sobre empleo celebrado en Luxemburgo en 1997 su momento inicial. Desde entonces, el fomento del espíritu de empresa aparece en los textos políticos europeos y nacionales como uno de los pilares de la política de empleo. En España, el fomento del empleo autónomo, adquiere especial relieve con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo⁹.

Pues bien, art. 27.1 LETA encomienda a los poderes públicos, “en el ámbito de sus respectivas competencias”, la adopción de “políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia”. En similares términos se expresa el art. 8 LE con relación al fomento y difusión de la economía social. En ambas normas se enuncia entre los objetivos de las políticas de promoción del trabajo autónomo (art. 27.2 LETA) y de promoción de la economía social (art. 8.2 LES), respectivamente, la remoción de los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de la actividad económica autónoma y de las entidades de la economía social, así como el apoyo a las diversas iniciativas de trabajo autónomo y de economía social. Por su parte, el aptdo. c), del art. 27.2 LETA, se refiere expresamente al establecimiento de “exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social”, en cuya aplicación los trabajadores incluidos en el RETA se vienen aplicando diversos beneficios en las cuotas a la Seguridad Social.

En los últimos dos años, el legislador español ha intensificado sus esfuerzos por remover los obstáculos que coartan la iniciativa emprendedora o la privan de eficacia, con el objeto de crear un entorno que promueva la cultura emprendedora. En esta línea de actuación

⁸ LUJÁN, J., “Fomento y promoción del trabajo autónomo”, en Luján, J. (Dir.), *El Estatuto del Trabajador Autónomo: Análisis de la Ley 20/2007, de 11 julio*, Laborum, Murcia, 2007, págs. 227-290.

⁹ En adelante, LETA. Dicha norma ha sido recientemente modificada por la Ley 31/2015, en lo que atañe al fomento y promoción del trabajo autónomo (arts. 27 a 39).

se incardinan diversas normas como la Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, que desarrolla la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Dichas normas contemplan, entre otras medidas, reducciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, así como reformas en el régimen de la capitalización de la prestación por desempleo, aplicables a los emprendedores, término indeterminado que, según la norma de que se trate, puede venir referido a las empresas (con determinados límites numéricos), a los trabajadores autónomos e, incluso, a los socios trabajadores de entidades de Economía Social¹⁰.

En lo que concierne específicamente a estas últimas, la Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, contempla subvenciones destinadas exclusivamente a incentivar el fomento del empleo y la incorporación a las entidades de Economía Social. Respecto de los incentivos en las cuotas de Seguridad Social, se centran en las sociedades laborales y en las cooperativas de trabajo asociado, cuya razón de ser es, precisamente, “servir de instrumentos de potenciación del autoempleo”¹¹.

En efecto, el art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, establece que las cooperativas de trabajo asociado “*tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros*”. Conviene advertir que la cooperativa puede optar por el encuadramiento de sus socios de trabajo como trabajadores autónomos en el Régimen Especial de la Seguridad Social que corresponda o, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad (art. 14 LGSS¹²). El sentido de la opción condicionará, como habrá ocasión de comprobar, el programa de fomento del empleo al que tendrán acceso los socios, bien el destinado a autónomos emprendedores o bien el previsto para los trabajadores por cuenta ajena. Esta situación constituye una lógica consecuencia de la difícil ubicación de este vínculo en el ámbito del ordenamiento jurídico, que representa, a tenor de la doctrina, “una de las zonas grises del mercado de trabajo de más difícil deslinde”¹³.

A diferencia de los cooperativistas, los socios-trabajadores de sociedades laborales son considerados trabajadores por cuenta ajena y, como tales, se hallan integrados en el

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Emprendedores y reformas laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, 8/2013.

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A., “Economía Social, autoempleo e integración laboral”, cit., pág. 256.

¹² Texto Refundido aprobado por RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014, pág. 17. Como afirman estos autores, “los socios trabajadores *stricto sensu* no están ligados a la sociedad por un contrato de trabajo, sino a través de un vínculo de naturaleza eminentemente societaria, aunque por constituir una figura compleja y mixta se les conceda un tratamiento jurídico-laboral: se trata de personas relacionadas por un negocio jurídico societario, pero, estando además obligadas a realizar una prestación laboral dependiente apenas diferenciable de la que lleva a cabo el asalariado en sentido estricto, si no es por la nota de ajeneidad difusa en el ámbito cooperativo”.

Régimen General de la Seguridad Social [art. 136.2.d) LGSS]¹⁴, a pesar de su condición de socios de la sociedad. Ahora bien, para salvaguardar la propia naturaleza laboral de la sociedad, se establecen ciertas limitaciones respecto del capital social, que debe estar en su mayoría en manos de socios trabajadores, si bien cada uno de ellos no puede poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social¹⁵ (arts. 1 y 5 Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas).

Lo que interesa ahora destacar es que, en virtud de la inclusión en el RGSS, ya sea opcional en el caso de los socios de trabajo de las cooperativas, ya necesaria cuando se trata de los socios trabajadores de las sociedades laborales, el legislador ha querido extenderles determinadas medidas de fomento del empleo previstas *a priori* para la contratación de trabajadores por cuenta ajena, como es el caso del Programa de Fomento de Empleo previsto en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (art. 1.3).

El panorama de incentivos es, pues, complejo y refleja la naturaleza híbrida de la relación de trabajo de los socios trabajadores y socios de trabajo de esas entidades. De ahí que el objeto principal de este trabajo sea clarificar el conjunto de medidas de fomento del empleo (subvenciones e incentivos en materia de Seguridad Social) de las que pueden beneficiarse las entidades de Economía Social como destinatarias específicas, así como exponer, a grandes rasgos, las líneas maestras de los programas de fomento tanto del emprendimiento o autoempleo, como del empleo por cuenta ajena, en la medida en que el legislador ha extendido su aplicación a estas entidades.

2.2. Subvenciones específicas al emprendimiento a través de entidades de Economía social

2.2.1. Subvenciones por la incorporación de socios trabajadores o socios de trabajo a cooperativas y sociedades laborales

La Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las

¹⁴ Salvo que “su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares”, en cuyo caso se hallan incluidos en el RETA [art. 305.2.e) LGSS]. En análogo sentido se expresa la Disp. Final 1ª de la Ley 44/2015, que si bien no contiene novedades sustantivas en esta materia, supone una reordenación de la regulación contenida en el art. 21 de la precedente Ley 4/1997, y “la inclusión de toda la normativa del encuadramiento de los socios de las sociedades laborales dentro de la normativa específica del sistema de la Seguridad Social (...), incrementándose de esta forma la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación del ordenamiento de la Seguridad Social” [PANIZO ROBLES, J.A., “La Seguridad Social de los socios de las Sociedades Laborales y Participadas (Con ocasión de la Ley 44/2015, de 14 de octubre)”, *CEF-Laboral Social*, octubre 2015, pág.3.

¹⁵ Ello, salvo que “(1)La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado”, o “(s)e trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social” [art. 1.2.b) Ley 44/2015].

cooperativas y sociedades laborales¹⁶. Estas ayudas persiguen fomentar: a) la incorporación de desempleados como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales; b) la realización de inversiones en inmovilizado material o inmaterial que contribuyan a la creación, consolidación o mejora de la competitividad de cooperativas y sociedades laborales; c) la asistencia técnica; así como d) actividades de formación, difusión y fomento de la economía social.

Las líneas que siguen analizan únicamente el programa de ayudas directamente dirigidas al fomento del empleo en entidades de Economía Social¹⁷. No obstante, el resto de programas también constituyen, siquiera indirectamente, mecanismos de fomento del empleo, en la medida en que la creación de puestos de trabajo se incluye entre los criterios de baremación utilizados para la concesión de las subvenciones.

El art. 3.1 Orden TAS/3501/2005 limita las ayudas a los supuestos de incorporación de personas incluidas en alguno de los colectivos siguientes: (a) desempleados menores de 25 años que no hayan tenido antes un primer empleo fijo; (b) desempleados mayores de 45 años; (c) desempleados de larga duración que hayan estado sin trabajo e inscritos en la oficina de empleo durante al menos 12 de los anteriores 16 meses o durante 6 meses de los anteriores 8 meses si fueran menores de 25 años; (d) desempleados a quienes se haya reconocido el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, para su incorporación como socios a la sociedad cooperativa o sociedad laboral que solicita la subvención, siempre que el periodo de prestación por desempleo que tengan reconocido no sea inferior a 360 días si tienen 25 años o más, y a 180 días si son menores de 25 años; (e) mujeres desempleadas que se incorporen como socias trabajadoras o de trabajo en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, adopción o acogimiento; (f) desempleados discapacitados, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100; (g) desempleados en situación de exclusión social pertenecientes a alguno de los colectivos contemplados en el Programa de Fomento del Empleo vigente en el momento de la incorporación como socio; (h) trabajadores vinculados a la empresa por contrato de trabajo de carácter temporal no superior a 24 meses, con una vigencia mínima de seis meses a la fecha de solicitud de la subvención.

Salvo el último supuesto enunciado, en el resto de los casos los trabajadores han de ser desempleados inscritos en la oficina de empleo. Por otra parte, con carácter previo a la incorporación como socio, el trabajador debe estar dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. Ahora bien, estas ayudas no alcanzan a los supuestos de incorporación de socios trabajadores o de trabajo que hubieran ostentado tal condición en la misma empresa en los dos años anteriores a su incorporación como socios.

¹⁶ Dichas entidades pueden beneficiarse, asimismo, de las subvenciones a las actividades de promoción del trabajo autónomo, de la economía social y de la responsabilidad social de las empresas y para sufragar los gastos de funcionamiento de las asociaciones de trabajadores autónomos, de cooperativas, de sociedades laborales, de empresas de inserción y de otros entes representativos de la economía social de ámbito estatal, cuyas bases reguladoras se hayan contenidas en la Orden ESS/1338/2013, de 11 de julio, modificada por Orden ESS/419/2015, de 26 de febrero.

¹⁷ Pueden beneficiarse de las ayudas las empresas de Economía Social, es decir, las cooperativas y sociedades laborales, legalmente constituidas, que estén al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y no hayan sido sancionadas mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones (art. 4 Orden TAS/3501/2005). Sin embargo, quedan excluidas de estas subvenciones las entidades dedicadas a las actividades enunciadas en el art. 4.3 de la precitada Orden (producción, primera transformación o comercialización al por mayor de los productos que figuran en el anexo I del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y exportación).

Adicionalmente, y puesto que la finalidad de la norma es fomentar la creación de empleo, se exige que la incorporación del trabajador suponga un incremento efectivo del empleo respecto de la media de los 12 meses anteriores a la fecha de incorporación de los nuevos socios por los que se percibe la ayuda¹⁸.

La cuantía de la subvención viene establecida en el art. 5.1 de la Orden TAS/3501/2005, en función del colectivo de que se trate. Cuando el trabajador se incorpore a tiempo parcial, la cuantía de la subvención que corresponda al colectivo se calculará en proporcionalmente a la duración de su jornada:

a) La cuantía de esta subvención será de 5.500 euros por cada persona perteneciente a los colectivos de los aptdos. a), b), c), d) y h), del art. 3.1, que se incorpore a jornada completa, como socio trabajador o de trabajo, en una cooperativa o sociedad laboral. Si la persona incorporada pertenece a cualquiera de estos cinco colectivos y es mujer, la cuantía de la subvención será de 7.000 euros.

b) Cuando la persona incorporada sea una mujer desempleada que se incorpora como socia trabajadora o de trabajo a jornada completa en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, adopción o acogimiento la cuantía de la subvención será de 7.000 euros.

c) En el caso de personas con discapacidad, la cuantía de la ayuda será de 10.000 euros y en el de los desempleados en situación de exclusión social de 8.000 euros, siempre que ambos casos la incorporación sea a jornada completa.

Las ayudas se hallan cofinanciadas por el Fondo Social Europeo y el FEDER, pero el grado de implicación de las CC.AA. es dispar, lo que determina que si bien los objetivos y medidas adoptadas han de coincidir, la cuantía de las subvenciones puede variar de unas a otras¹⁹, en la medida que pueden contemplar subvenciones adicionales con cargo a sus propios presupuestos, compatibles con las previstas en el precitado art. 5 de la Orden TAS/3501/2005 (art. 12).

Según dispone el art. 12 Orden TAS/3501/2005, las subvenciones por incorporación de socios trabajadores o socios de trabajo son incompatibles con otras ayudas o subvenciones que puedan concederse con igual finalidad. Ahora bien, según se ha señalado, esta limitación no operará cuando se trate de ayudas concedidas por las CC.AA., destinadas a complementar estas subvenciones hasta el importe máximo autorizado en su normativa para el mismo tipo de ayuda. También quedan exceptuadas de esta incompatibilidad las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social por incorporación de desempleados como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales (previstas en la Ley 43/2006), siempre que se respeten los límites establecidos en la normativa que regule dicha bonificación.

Como es habitual en los programas de fomento del empleo, las cooperativas y sociedades laborales beneficiarias de estas subvenciones deben mantener, al menos durante

¹⁸ A efectos del cálculo del incremento del empleo se tendrá en cuenta el número de socios trabajadores o de trabajo y el número de trabajadores con contrato indefinido.

¹⁹ FAJARDO GARCÍA, G., "El fomento de la 'Economía Social' en la legislación española", *REVESCO*, núm. 107, 2012, pág. 94.

tres años, como socio trabajador o de trabajo, a la persona o personas por cuya incorporación se concede la ayuda. Cuando la persona cause baja, deberán sustituirla por otra persona y por el período que reste hasta completar los tres años, o reintegrar las cantidades percibidas, con sus intereses de demora, desde que el incorporado dejó de tener la condición de socio trabajador o de trabajo de la entidad, estando obligadas a comunicar la baja al MESS en el plazo de un mes a contar desde aquél en que se haya producido la misma.

Cuando la ayuda se haya concedido por la incorporación de una persona perteneciente a un colectivo determinado, la sustitución deberá realizarse por otra persona perteneciente a alguno de los colectivos que puedan ser beneficiarios de estas subvenciones por importe igual o superior al de aquel que ha causado baja. Esta sustitución deberá realizarse en el plazo máximo de seis meses desde la fecha en que causó baja la persona por cuya incorporación se concedió la ayuda y deberá comunicarse al MESS en el plazo de un mes desde que se lleve a efecto dicha sustitución (art. 10 Orden TAS/3501/2005).

2.2.2. Exclusión de las subvenciones previstas en la Orden TAS/1622/2007

Con relación a las subvenciones al emprendimiento, es preciso por último traer a colación la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, que regula la concesión de subvenciones para la promoción del empleo autónomo, entre los demandantes de empleo. El art. 3 de la norma contempla la concesión de subvenciones con diverso objeto y cuantía. Concretamente, el art. 3.1 de la norma prevé las siguientes subvenciones: (a) para el establecimiento como trabajador autónomo (por un importe máximo de 10.000 euros); (b) subvención financiera, que consiste en reducir los intereses del préstamo para a financiar las inversiones para la creación y puesta en marcha de la empresa (cuya cuantía también se limita a 10.000 euros); (c) subvención para asistencia técnica, cuyo objeto es la financiación parcial de la contratación, durante el proceso de puesta en marcha de la empresa, de los servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la actividad empresarial, así como para la realización de estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis u otros de naturaleza análoga; (d) subvención para la formación del trabajador autónomo, durante la puesta en marcha de la empresa.

A simple vista se observa que las cuantías máximas previstas para estas subvenciones son más generosas que las específicas contempladas en la Orden TAS/3501/2005 para la incorporación de socios trabajadores o de trabajo a entidades de Economía Social. No obstante, la norma excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los socios de sociedades mercantiles, cooperativas y sociedades laborales y los autónomos colaboradores (art. 2 Orden TAS/1622/2007), quienes, por tanto, cuentan únicamente con el respaldo de las subvenciones menos cuantiosas señaladas en la precitada Orden TAS/3501/2005.

2.3. Reducciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social

Hasta fechas recientes, los incentivos para el emprendimiento consistentes en una menor cotización a la Seguridad Social se hallaban dispersos en diversas normas. Seguramente, para dar mayor visibilidad a las medidas y favorecer una visión de conjunto, la Ley 31/2015 ha unificado en un único cuerpo legal, la Ley de Economía Social, los incentivos al emprendimiento colectivo a través de entidades de Economía Social, ampliando en algunos casos su ámbito subjetivo y su cuantía. Del mismo modo, para completar formalmente el estatuto del trabajo autónomo, la Ley 31/2015 ha llevado a la LETA la

regulación de los incentivos al emprendimiento mediante la constitución como trabajadores autónomos o sociedades mercantiles, a los que es preciso hacer mención puesto que también pueden alcanzar a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, de forma que el esfuerzo unificador de la norma ha sido en vano en lo que concierne a estos trabajadores²⁰.

En el conjunto de incentivos contemplados por la LETA, cobran especial protagonismo las reducciones en las cotizaciones de la Seguridad Social que, como bien recuerda el art. 31.5 LETA, serán soportadas por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, a diferencia de las bonificaciones, financiadas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, solución que resulta más coherente tratándose de políticas activas de empleo. En consecuencia, el coste de estas importantes reducciones en la cotización de los trabajadores autónomos repercutirá en la financiación del conjunto del sistema, “que habrá de asumir, como menores ingresos, buena parte del coste de los mayores incentivos previstos”²¹.

Con carácter previo al análisis particularizado de los incentivos en las cotizaciones de Seguridad Social, conviene recordar que los colectivos priorizados por dichas medidas deberían ser, de conformidad con el art. 30.1 LE, aquellas personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, entre los que se cita “especialmente”, a jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social e inmigrantes. El mismo espíritu restrictivo inspira el art. 25.3 LETA, cuando se refiere a la posibilidad de que determinados colectivos de trabajadores autónomos se beneficien de reducciones o bonificaciones, en función de sus características personales o de las características profesionales de la actividad ejercida.

Sin embargo, como habrá ocasión de comprobar, el legislador ha extendido paulatinamente el ámbito subjetivo de los incentivos –v.gr. mediante la inclusión de los trabajadores con 30 años o más–, generalizando las ayudas hasta el punto de descentrar el punto de mira de las políticas activas de empleo y, con ello, mermar su eficacia²².

²⁰ La Ley 31/2015 buscaba dar cumplimiento al art. 121 Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que encomendó al Gobierno la “reordenación normativa de los incentivos al autoempleo en el ámbito de empleo y Seguridad Social, en el título V de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, según corresponda”. La unificación de la normativa en materia de incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, se funda en los principios de racionalización y seguridad jurídica, de ahí que la Disp. Adic. 2ª LETA establezca expresamente que “todas aquellas medidas de fomento del autoempleo consistentes en reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social,” se regularán a través de dicha ley.

²¹ Dictamen 7/2015, de 13 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social.

²² En este sentido, el precitado Dictamen 7/2015 advierte sobre la “excesiva generalización de colectivos susceptibles de acogerse a bonificaciones que anula la eficacia de estas últimas” (apdo.3, pág. 12), afirmando la existencia de “consenso respecto a la limitación en la eficacia de estas medidas sobre la generación de empleo cuando estas ayudas se universalizan” (pág. 13). En la misma línea, el estudio *Reflexiones y propuestas para la reforma de las políticas activas de empleo en España* señala, entre otras condiciones de eficiencia de las políticas activas de empleo, la identificación precisa de los grupos de población destinatarios, que permita priorizar y especializar las actuaciones en cada Comunidad Autónoma, ajustando los recursos disponibles a las necesidades y vulnerabilidades (ROCHA SÁNCHEZ, F., *Reflexiones y propuestas para la reforma de las políticas activas de empleo en España*, Estudios de la Fundación, Fundación 1º Mayo, núm. 42, 2010, pág. 31).

2.3.1. Trabajadores con edad igual o superior a 30 años

a) Incentivos específicos a la incorporación a entidades de Economía Social

Con relación a las cooperativas y sociedades laborales, el art. 9.1.a) LES establece una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 66,67 euros/mes (800 euros/año) durante tres años, aplicable a los desempleados mayores de 30 años (o de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento) que se incorporen estas entidades como socios trabajadores o de trabajo. En el caso de las cooperativas, se requiere que estas hayan optado por un Régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena, en los términos de la Disp. Adicional 4ª LGSS²³.

b) Trabajadores que causen alta inicial en el RETA o que no hayan estado en alta en los cinco años inmediatamente anteriores

La Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo mediante la Disp. Adicional 35ª bis LGSS/1994 un programa de reducciones en las cuotas a la Seguridad Social aplicable a los autónomos con edad igual o superior a 30, que causarían alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores a contar desde la fecha de efectos de alta, en el RETA. La Ley 31/2015 ha incorporado esta disposición al apartado 1º del nuevo art. 31 LETA con las modificaciones a que se hará oportuna referencia.

En primer lugar, la Ley 31/2015 extiende expresamente el ámbito de aplicación de estos incentivos “a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que estén encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos” (art. 31.3 LETA).

El art. 31.1 LETA contempla un primer período de 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el que los autónomos podrán beneficiarse de una reducción de la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, a la cuantía fija (conocida como “tarifa plana”) de 50 euros mensuales²⁴, siempre que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda²⁵. Alternativamente, si optan por cotizar por una base de cotización superior a la mínima, podrán aplicarse una reducción de la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, equivalente al 80 % de la cuota resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento.

A continuación de dicho período de 6 meses, y con independencia de la base de cotización elegida, los autónomos pueden beneficiarse de las siguientes reducciones y

²³ El citado precepto se corresponde con el art. 14 del Texto Refundido aprobado por RD Leg. 8/2015.

²⁴ Las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán actualizar esta cuantía, según la Disp. Final 4ª LETA, introducida por la Ley 31/2015.

²⁵ La tarifa plana fue introducida por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, únicamente para los autónomos menores de 30 años, y extendida a los mayores de dicha edad por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

bonificaciones sobre la cuota de contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 12 meses, hasta completar un periodo máximo de 18 meses tras la fecha de efectos del alta, según la siguiente escala descendente, a medida que transcurre el tiempo desde el alta: (a) una reducción equivalente al 50 % de la cuota durante los 6 meses inmediatamente siguientes al período inicial anteriormente mencionado; (b) una reducción equivalente al 30 % de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra a); (c) una bonificación equivalente al 30 % de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra b).

2.3.2. Incentivos al emprendimiento juvenil

En el año 2013, la tasa de desempleo de los jóvenes menores de 25 años, había alcanzado en España el 54,9%, según la Encuesta de Población Activa, frente al 23% de la UE-27, según datos de Eurostat. Aunque en el tercer trimestre de 2015 dicha tasa ha descendido al 46,58%, las cifras continúan siendo alarmantes, y requieren un estudio cuidadoso de características y posibles soluciones.

Como se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, las dificultades que encuentran los jóvenes no se limitan al acceso a un puesto de trabajo. Además, se observa una “marcada polarización del mercado de trabajo, donde unos jóvenes abandonan sus estudios con escasa cualificación y otros, altamente cualificados, están subempleados; el escaso peso relativo de la formación profesional de grado medio y la baja empleabilidad de los jóvenes, especialmente en lo relativo al conocimiento de idiomas extranjeros; la alta temporalidad y contratación parcial no deseada; la dificultad de acceso al mercado laboral de los grupos en riesgo de exclusión social; y la necesidad de mejorar el nivel de autoempleo e iniciativa empresarial entre los jóvenes”.

En otro orden de consideraciones, no cabe ignorar que el paro juvenil tiene otras consecuencias perniciosas para la sociedad, como son la infrautilización de los recursos humanos en el momento de su mayor potencial productivo, y el desaprovechamiento de la inversión pública realizada en su formación.

A la vista de estas circunstancias, además de las políticas activas de empleo vertebradas en los programas y medidas de fomento del empleo, desde instancias europeas y nacionales se ha concluido la necesidad de implementar acciones específicas para fomentar el empleo y el autoempleo de los jóvenes. Así, de conformidad con la Estrategia Europa 2020, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, establece las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, entre las que interesa ahora la Orientación nº 7, que recoge entre sus objetivos prioritarios la ampliación al 75 % de la tasa de empleo, mediante una mayor participación de los jóvenes, entre otros colectivos. En lo que concierne a las políticas financiables desde la UE, el art. 3.1 del Reglamento 1081/2006, relativo al Fondo Social Europeo, establece las prioridades que serán apoyadas por el mismo, entre las que figuran, “facilitar el acceso al empleo y la inserción duradera en el mercado de trabajo de las personas inactivas y de las que buscan trabajo, evitar el desempleo, en particular, el desempleo de larga duración y el desempleo de los jóvenes...”.

En coherencia con las directrices comunitarias, el art. 2.d) LE concreta los objetivos de nuestra política de empleo, aludiendo expresamente a la integración laboral de aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, entre los que cita a los jóvenes. Asimismo, la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (epígrafe 5.7) incluye a los jóvenes como colectivo destinatario de las políticas públicas de fomento del autoempleo y creación de empresas, junto a los mayores de 45 años, las mujeres y las personas con discapacidad.

Sin duda lo anteriormente expuesto justifica la aprobación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, a la que se han adherido las empresas de Economía Social, a través de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), toda vez que “la Economía Social se configura como un excelente instrumento para generar proyectos de emprendimiento en los jóvenes”²⁶. En desarrollo de esta Estrategia²⁷, se han adoptado medidas específicamente encaminadas a facilitar el emprendimiento juvenil, en unos casos referidas exclusivamente a la incorporación de jóvenes en determinadas entidades de Economía Social, en otros, aplicables a los trabajadores autónomos con carácter general.

a) Incorporación de jóvenes a entidades de Economía Social

El art. 9.1.a) LES contempla una bonificación en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 137,5 euros/mes (1.650 euros/año) durante el primer año, y de 66,67 euros/mes (800 euros/año) durante los dos años restantes, de la que podrán beneficiarse las cooperativas y sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados como socios trabajadores o de trabajo, y que sean menores de 30 años, o menores de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento²⁸. En el caso de cooperativas, se requiere además que hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

b) Alta como autónomos de trabajadores menores de 30 años y trabajadoras menores de 35 años

Otra de las medidas de apoyo al emprendimiento juvenil, anteriormente regulada en la Disp. Adicional 35ª LGSS/1994²⁹, e incorporada en el nuevo art. 31.2 LETA en virtud de la Ley 31/2015, consiste en la aplicación de ciertas reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social a los jóvenes trabajadores por cuenta propia, que el apartado 3 extiende expresamente

²⁶ PEDREÑO FRUTOS, J.A., “El emprendimiento en la Economía Social: perspectivas de futuro y líneas de actuación”, *Cuadernos de Economía Social*, núm. 1, 2013, págs. 1-4.

²⁷ Objeto de interesantes estudios doctrinales; por todos, véase GONZÁLEZ-POSADA, E., “Políticas activas de fomento del empleo juvenil en España”, *Documentación Laboral*, 98, 2013, págs. 75-97.

²⁸ Según la redacción dada por la Ley 31/2015, que viene a incorporar a la LES la bonificación prevista hasta entonces por el art. 14.1.a) Ley 11/2013. El art. 9.1.a) LES recoge una mejora en las bonificaciones contempladas por la Ley 11/2013, cuya cuantía era uniforme, de 66,67 euros/mes (800 euros/año) durante los tres años de bonificación. Asimismo, se incorpora la ampliación del límite de edad respecto de las personas con discapacidad, previsto en la Disp. Adic. 9ª Ley 11/2013.

²⁹ Sustancialmente mejorada por la Ley 11/2013, hasta el punto de constituir, según la doctrina, “la estrella de los beneficios en los trabajadores autónomos que deciden iniciar por vez primera una actividad (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Medidas laborales y de Seguridad Social de apoyo a los emprendedores”, en RODRÍGUEZ ARANA, M.A. y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Ley de Emprendedores: Aspectos fiscales, laborales, mercantiles y administrativos*, Lex Nova – Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pág. 116).

a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado encuadrados en el RETA, razón por la que resulta obligado su análisis en este estudio.

Los beneficios se limitan ahora al trabajador que cause alta inicial en el RETA o que no haya estado en alta en los cinco años inmediatamente anteriores, pues se han suprimido los incentivos para los supuestos de iniciativa empresarial por parte de los jóvenes emprendedores que hubieran estado de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, que anteriormente contemplaba la derogada Disp. Adicional 35.1 LGSS/1994³⁰.

Pues bien, en los supuestos de alta inicial o de trabajadores que no hubieran estado de alta en los 5 años anteriores, los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años, o de 35 años si se trata de mujeres, podrán aplicarse, además de las reducciones y bonificaciones previstas en el art. 31.1 LETA para quienes superen dicha edad, una bonificación adicional equivalente al 30 %, sobre la cuota por contingencias comunes, en los 12 meses siguientes a la finalización del periodo de bonificación previsto en el apartado 1º, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En consecuencia, para los jóvenes emprendedores la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses.

Este programa de beneficios establece una escala descendente del importe de las reducciones y bonificaciones, quizá partiendo de la presunción de que, con el paso del tiempo, el emprendedor obtiene ingresos suficientes para atender sus contribuciones a la Seguridad Social³¹, lo que no siempre es así, ni desde luego se corresponde necesariamente con la cronología prevista por el legislador.

En la nueva regulación ha desaparecido la prohibición de que los beneficiarios empleen a trabajadores por cuenta ajena; por el contrario, se permite expresamente dicha contratación (art. 31.4 LETA). Esta modificación resulta más coherente con las políticas activas de empleo, en las que se enmarcan los incentivos al emprendimiento como germen de futuras contrataciones, respondiendo a las críticas que dicha traba a la contratación de trabajadores asalariados había suscitado en la doctrina³².

³⁰ Los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años de edad, o menores de 35 años en el caso de mujeres, incorporados al RETA a partir de la entrada en vigor de la LETA (15 de octubre de 2007), se podían beneficiar de una reducción de la cuota por contingencias comunes correspondiente en función de la base de cotización elegida y del tipo de cotización aplicable, según el ámbito de protección por el que se hubiera optado, durante los 15 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, que la Ley 11/2013 elevó del 25% al 30 % de la cuota resultante de aplicar sobre la base mínima de cotización aplicable el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, y de una bonificación, en los 15 meses siguientes a la finalización del período de reducción, de igual cuantía que ésta. En consecuencia, el beneficio llegaba a los 30 meses de duración.

³¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Medidas laborales y de Seguridad Social de apoyo a los emprendedores”, cit., pág. 120.

³² En este sentido, CASAS BAAMONDE, Mª. E., “El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2013, tomo 1, págs. 139-140 (LA LEY 8223/2013, págs. 2 y 3); CHARRO BAENA, P., “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”, AAVV., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 104.

2.3.3. Incentivos al trabajo autónomo de personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia

El art. 32 LETA establece el programa de bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social aplicables a las personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento, que se establezcan como trabajadores autónomos o como socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado³³ (pero no como socios de trabajo de las sociedades laborales). El precepto, introducido por la Ley 31/2015, contiene importantes novedades respecto de la normativa anterior, entre las que cabe destacar la ampliación de los incentivos a las víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que inicien una actividad por cuenta propia.

Por otra parte, se ha suprimido el programa específico de incentivos al emprendimiento de personas discapacitadas menores de 30 años, contenido en la Disp. Adicional 11ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre (según la redacción dada por el art. 30 Ley 14/2013, de 27 de septiembre), si bien ello no constituye un retroceso en la protección de las personas discapacitadas pues los derechos que tenían reconocidos los menores de 30 años se han extendido a los mayores de dicha edad.

De esta forma, los beneficios en la cotización de estos trabajadores autónomos alcanzan un período de cinco años, que se estructura en dos etapas:

a) Una primera, que comprende los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en la que los trabajadores podrán beneficiarse, alternativamente, en función de que coticen o no por la base mínima que les corresponda, de una cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, reducida a la cuantía de 50 euros mensuales³⁴, o de una reducción en dicha cuota equivalente al 80 % del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente.

b) Con posterioridad al período inicial de 12 meses, y con independencia de la base de cotización elegida, estos autónomos podrán aplicarse una bonificación sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar el 50 % del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 48 meses, hasta completar un período máximo de 5 años desde la fecha de efectos del alta.

Análogamente a lo previsto para el resto de trabajadores autónomos, la Ley 31/2015 ha suprimido el requisito de acceso a los beneficios en la cotización, que impedía a los trabajadores por cuenta propia con discapacidad (menores de 30 años) que emplearan a trabajadores por cuenta ajena. Antes bien, el art. 32.3 LETA dispone que las reducciones y bonificaciones resultarán de aplicación “aun cuando los beneficiarios de esta medida, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena”.

³³ A quienes, según el art. 32.3 LETA, se extiende lo dispuesto en el art. 32.1 de la misma norma.

³⁴ Cuantía susceptible de actualización por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (Disp. Final 4ª LETA, introducida por la Ley 31/2015).

2.3.4. Bonificación aplicable a trabajadores autónomos en Ceuta y Melilla

Tanto el art. 36 LETA, como la Disp. Adicional 23ª. 2 LGSS, establecen el derecho de los trabajadores autónomos encuadrados en el RETA dedicados a actividades encuadradas en los sectores de agricultura, pesca y acuicultura; industria (excepto energía y agua); comercio, turismo, hostelería y resto de servicios, excepto el transporte aéreo; construcción de edificios, actividades financieras y de seguros y actividades inmobiliarias, que residan y ejerzan su actividad en Ceuta y Melilla, a beneficiarse de una bonificación del 50 % de la cuota por contingencias comunes. Dicha bonificación trae su causa del aptdo. 2º de la Disp. Adicional 30ª LGSS/1994, cuya norma de desarrollo, la Orden TAS/471/2004, de 20 de febrero, estableció expresamente la aplicación de esta bonificación a los socios de cooperativas de trabajo asociado.

2.4. Aplicación a los socios trabajadores de los incentivos previstos con carácter general para la contratación de trabajadores por cuenta ajena

Sin perjuicio de las medidas destinadas específicamente a la incorporación de socios a las cooperativas y sociedades laborales, la Disp. Adicional 12ª Ley 27/1999, de Cooperativas establece que será asimismo de aplicación “a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y a los socios de trabajo de las otras clases de cooperativas todas las normas e incentivos sobre trabajadores por cuenta ajena que tengan por objeto la consolidación y creación de empleos estables, tanto las relativas a la Seguridad Social como a las modalidades de contratación”. La fórmula omnicompreensiva utilizada por la disposición (“todas las normas e incentivos”) es clara y engloba cualesquiera programas de fomento del empleo por cuenta ajena, claro está bajo las condiciones que en ellos se establezcan, por ejemplo, respecto del número de trabajadores de la empresa. Como ha señalado la doctrina, la consideración del trabajo asociado como destinatario de medidas de fomento del empleo, supone “una nueva manifestación del proceso de extensión de medidas laborales a relaciones que jurídicamente no son tales”³⁵, salvo por la mera asimilación a efectos de Seguridad Social.

De forma análoga, la Disp. Adicional 4ª Ley 44/2015, bajo la rúbrica “Medidas de fomento para la constitución de sociedades laborales y la creación de empleo”, establece la aplicación a los socios trabajadores de las sociedades laborales de todos los beneficios que, en el ámbito de empleo y de la seguridad social, y en desarrollo de la Ley 5/2011, de Economía Social, tengan por objeto impulsar la realización de actuaciones de promoción, difusión y formación de la economía social.

Sin duda, el estudio exhaustivo de los programas de fomento del empleo por cuenta ajena que resultan de aplicación a los socios trabajadores y de trabajo de estas entidades rebasaría los límites de este trabajo, por lo que, de forma meramente ilustrativa se apuntan de forma resumida los principales incentivos a la contratación por cuenta ajena previstos por el legislador español, en la medida en que sean aplicables a las entidades de Economía Social.

³⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 134.

2.4.1. Aplicación del Programa de Fomento del Empleo aprobado por la Ley 43/2006

El art. 1.3 de la Ley 43/2006, incluye expresamente entre los beneficiarios de las bonificaciones establecidas en el Programa de Fomento del Empleo, a las sociedades laborales y cooperativas a las que se incorporen a desempleados en las Oficinas de empleo, como demandantes de empleo³⁶, como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. Por el contrario, si la cooperativa optó por incluir a sus trabajadores en el RETA, procede la aplicación de las medidas de apoyo al emprendimiento contenidas en la LETA, anteriormente analizadas.

No es este el lugar para efectuar un análisis detallado del citado Programa de Fomento del Empleo, pero interesa destacar que las sociedades laborales y cooperativas podrán acceder a las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social que establece, para la contratación indefinida de determinados colectivos de trabajadores, a saber: personas con discapacidad³⁷ –estableciendo la cuantía de las bonificaciones en función del sexo, grado de discapacidad y edad de la persona (art. 2.2)³⁸, y de la contratación por centros especiales de empleo (art. 2.3)³⁹–, víctimas de violencia de género (art. 2.4) y del terrorismo (art. 2.4 bis) y personas en situación de exclusión social (art. 2.5). Las bonificaciones alcanzan también a la contratación o incorporación a tiempo parcial, si bien en tal supuesto la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso, un porcentaje igual al de la jornada pactada, al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 % de la cuantía prevista (art. 2.6).

En igualdad de condiciones que el resto de empresas, las sociedades laborales y cooperativas podrán ser beneficiarias de bonificaciones en caso de transformación de contratos temporales en contratos o vínculos societarios indefinidos, en los supuestos incluidos en este Programa de Fomento del Empleo (art. 1.3), es decir, en caso de transformación de contratos formativos o para el fomento del empleo de personas con

³⁶ Salvo cuando se trate de víctimas de violencia de género, víctimas de violencia doméstica o víctimas del terrorismo (art. 2.4 y 2.4. bis).

³⁷ Con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. El art. 2.2.5) de la Ley considera también a estos efectos, “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

³⁸ Con carácter general, se establece “una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador contratado, de 375 euros/mes (4500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato” (art. 2.2.1). Ahora bien, la cuantía se incrementa a 425 euros/mes (5100 euros/año) “si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100” (art. 2.2.2). Además, “si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los números anteriores, se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que los incrementos establecidos en este número sean compatibles entre sí” (art. 2.2.3).

³⁹ El citado precepto establece bonificaciones del 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.

discapacidad (art. 2 aptdos. 2.1 y 3)⁴⁰ y de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración y de su transformación en indefinido (art. 2.6)⁴¹.

Aunque de forma excepcional, la Ley 43/2006 también prevé bonificaciones a la contratación temporal de personas con discapacidad –respecto de las cuales la norma distingue los supuestos de contratación temporal de fomento del empleo (art. 2.2.4)⁴² y contratación por un centro especial de empleo (art. 2.3)⁴³–, así como de víctimas de violencia de género y doméstica (art. 2.4), de víctimas del terrorismo (art. 2.4.bis)⁴⁴ y personas en situación de exclusión social (art. 2.5)⁴⁵, cuya cuantía se verá reducida en proporción a la jornada en caso de trabajo a tiempo parcial (art. 2.6), durante toda la vigencia del contrato.

2.4.2. Aplicación de incentivos coyunturales en la cotización de los trabajadores por cuenta ajena

Existen, en fin, otras normas que prevén la extensión de ciertos incentivos coyunturales en la cotización de los trabajadores por cuenta ajena, a los socios trabajadores o de trabajo de cooperativas y a los socios trabajadores de sociedades laborales. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe citar el art. único 5 bis RD-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas de fomento del empleo y la contratación indefinida⁴⁶, relativo a la tarifa plana de 100 euros⁴⁷ en las cuotas por contingencias comunes durante 12 meses, además de una reducción del 50 % durante otros 12 meses, aplicable a los supuestos de incorporación, entre el 25 de febrero de

⁴⁰ La bonificación en caso de transformación de estos contratos es igual a la prevista para la contratación indefinida inicial.

⁴¹ El art. 7.2 Ley 3/2012 introdujo las bonificaciones a la transformación de los contratos temporales en prácticas, de relevo o de sustitución por anticipación de la edad de jubilación en contratos indefinidos, así como en vínculos societarios indefinidos con Sociedades laborales o cooperativas (siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena), a las que se incorporen los trabajadores como socios trabajadores o de trabajo. La bonificación, que con carácter general asciende a 500 euros/año, durante tres años, se incrementa hasta los 700 euros/año, en el caso de las mujeres (art. 7.1).

⁴² Con carácter general, en el contrato temporal de fomento del empleo (regulado conforme a la Disp. Adic. 1ª de la propia Ley 43/2006), la bonificación ascenderá a 291,66 euros/mes (3500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. No obstante, la bonificación varía en función del grado de discapacidad, así como de la edad y el sexo de la persona discapacitada. En efecto, “la bonificación será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: i) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100. ii) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100. Por otra parte, “si el trabajador tiene en el momento de la contratación 45 o más años, o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los párrafos anteriores, se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí”.

⁴³ Se prevén las mismas bonificaciones que en el caso de la contratación indefinida.

⁴⁴ Tanto para la contratación temporal de víctimas de violencia de género y doméstica (art. 2.4 Ley 43/2006), como de víctimas del terrorismo (art. 2.4. bis Ley 43/2006), la bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social asciende a 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

⁴⁵ De conformidad con el art. 2.5 Ley 43/2006, la contratación temporal de estas personas dará derecho a una bonificación de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

⁴⁶ Introducido por el art. 120 Ley 18/2014.

⁴⁷ La cuantía será de 75 euros o 50 euros en los contratos a tiempo parcial en función de la jornada de trabajo que se pacte, debiendo ser al menos, entre un 75 y un 50 por cien de la jornada habitual de un trabajador a tiempo completo comparable.

2014 y el 31 de marzo de 2015, con carácter indefinido en las precitadas entidades, cuya plantilla tuviera menos de 10 miembros⁴⁸.

En sustitución de esta medida, el art. 8.8 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social⁴⁹, ha previsto una exención de 500 euros⁵⁰ en la base de cotización por contingencias comunes de las personas que se incorporen con carácter indefinido, entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016, como socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, siempre que hayan optado por un régimen de la Seguridad Social propio de los trabajadores por cuenta ajena, o como socios trabajadores de las sociedades laborales. Con carácter general, el incentivo tiene una duración de 24 meses, ahora bien cuando la cooperativa o la sociedad laboral tenga menos de 10 miembros, podrá aplicarse una exención de 250 euros (o la cuantía proporcionalmente reducida que corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial) durante otros 12 meses.

2.5. Bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad

El fomento del emprendimiento colectivo se logra no solamente mediante la aplicación de beneficios en caso de incorporación a entidades de economía social, sino también apoyando a los socios frente a vicisitudes personales que pueden afectar y condicionar gravemente la continuidad de su actividad. Con este fin, el art. 11 LES ha introducido bonificaciones en la cotización para los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, siempre y cuando dichos trabajadores sean sustituidos mediante contratos de interinidad bonificados celebrados con desempleados, al amparo del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre.

Durante el período en que coincidan el contrato de interinidad y el descanso del socio, se aplica una bonificación cuya cuantía se halla en función del régimen de Seguridad Social en el que se encuadre el socio, de manera que: a) Cuando se halle incluido en un régimen de Seguridad Social para trabajadores por cuenta ajena, tendrá derecho a una bonificación del 100 % en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, por contingencias comunes y profesionales, incluidas las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. b) Cuando esté encuadrado en un régimen de la Seguridad Social propio de

⁴⁸ La efectividad de la tarifa plana en la contratación ha sido cuestionada por la doctrina, toda vez que implica la bonificación generalizada “aplicable a cualquier trabajador, independientemente de su historial de empleo, su cualificación o su salario, por lo que es previsible que su efecto peso muerto o inercia sea muy elevado” (CUETO IGLESIAS, B., y SUÁREZ CANO, P., “El papel de las políticas activas: una perspectiva desde las Comunidades Autónomas”, *Ekonomiaz*, núm. 87, 2015, págs. 303 y 306).

⁴⁹ Que trae causa del homónimo RD-ley 1/2015, de 27 de febrero.

⁵⁰ La norma habla de “mínimo exento de cotización”. Si la relación es a tiempo parcial, por una jornada equivalente al menos al 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, la exención se aplicará proporcionalmente.

trabajadores autónomos, se beneficiará de una bonificación del 100 % de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio en el citado régimen.

2.6. Capitalización de la prestación por desempleo para la incorporación en cooperativas y sociedades Laborales

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia una recuperación generadora de empleo”, de 18 de abril de 2012, recoge la necesidad de promover y apoyar el trabajo por cuenta propia, las empresas sociales y las empresas de nueva creación, recomendado a este fin los sistemas de conversión de las prestaciones de desempleo en subvenciones para la creación de empresas, orientados a *“los grupos con mayor potencial (como los trabajadores desempleados con capacidades profesionales, las mujeres o los jóvenes)”*.

En esta línea venía ya trabajando el legislador español mediante sucesivas reformas que, desde la Ley 31/1984, de 2 de agosto, a la Ley 31/2015, han incidido en la regulación del pago de la prestación por desempleo, a fin de permitir su capitalización para financiar determinados costes derivados de la integración en entidades de Economía Social. Dicha capitalización se justifica en la necesidad de fomentar la vuelta a la actividad laboral por las personas desempleadas, de ahí que el art. 296.3 LGSS condicione la posibilidad de abono de la prestación de nivel contributivo por una sola vez, o de aplicar dicha prestación a la financiación de la cotización del trabajador, a lo previsto en tal sentido por *“algún programa de fomento del empleo”*.

La capitalización de la prestación por desempleo contributiva se halla en la actualidad regulada en el art. 34 LETA para los trabajadores autónomos, y en el art. 10 LES, respecto de las cooperativas y sociedades laborales. Dichos preceptos vienen a sustituir a la Disp. Transitoria 4ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que queda derogada (Disp. Derogatoria Única. 3 Ley 31/2015). No así el RD 1044/1985, de 19 de junio, que continúa siendo de aplicación en cuanto no se oponga a la regulación contenida en los mencionados artículos.

Como condición de acceso a la capitalización de la prestación, se establece que la solicitud sea de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral. Y “si el trabajador hubiera impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente” (Regla 3ª art. 10.1 LES). Análoga condición se exige en el art. 34.1. Regla 3ª LETA, de forma que la solicitud de liquidación anticipada de la prestación por desempleo debe formularse antes del inicio de la actividad como trabajador autónomo o como socio de la entidad mercantil, obligando al trabajador a una dilación innecesaria en los trámites necesarios para la puesta en marcha de la actividad, pudiendo incluso suponer una pérdida de oportunidades de negocio que ralentiza su consolidación.

Sin embargo, otra solución es posible, como demuestra el art. 8 del Decreto Legislativo italiano n. 22, de 4 marzo 2015⁵¹, donde se prevé el abono anticipado de la prestación por desempleo tanto al trabajador que inicia su actividad tras la cesación de la relación laboral, como al que intenta desarrollar a tiempo completo una actividad autónoma ya iniciada en régimen de pluriactividad, vigente el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya cesación ha dado lugar a la prestación por desempleo. En suma, y a diferencia de lo que ocurre en Derecho español, no se requiere que el inicio de la actividad sea posterior a la situación de desempleo, ni tan siquiera a la solicitud de la prestación⁵².

Es preciso recordar que una jurisprudencia flexible viene admitiendo la solicitud de capitalización en momento posterior a la formalización del alta en el RETA, siempre y cuando sea posterior a la situación legal de desempleo, a fin de facilitar que el trabajador inicie cuanto antes los trámites para salir de la situación de desempleo⁵³. Con todo, el tenor del art. 10 LES parece cerrar el paso a esta interpretación judicial, en cuanto insiste en el hecho de que el inicio de la actividad sea “en todo caso” anterior a la fecha de la incorporación en la entidad⁵⁴.

El art. 10 LES contempla dos modalidades de abono de la prestación: de un lado, el pago mensual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo, para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social en el RETA, y, de otro, la liquidación anticipada de la prestación en pago único. Ambas modalidades se dirigen a fomentar la incorporación del desempleado como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales en funcionamiento o de nueva creación.

La Regla 1ª del art. 10.1 LES, establece la posibilidad de que entidad gestora abone el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, o constituirlos.

⁵¹ Decreto Legislativo n. 22, de 4 marzo 2015, *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori social in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n.183*.

⁵² Por el contrario, el beneficiario de la prestación por desempleo dispone de un plazo de 30 días desde el inicio de la actividad para solicitar la capitalización (art. 8.3 d.legs. n. 22/2015). Tampoco, en el caso de incorporación a una cooperativa, la necesidad de destinar la cuantía de la prestación a la suscripción del capital social determina que la capitalización de la prestación por desempleo deba ser solicitada con carácter previo a la incorporación a la cooperativa, pues en tal supuesto el trabajador dispone de un plazo de 30 días desde la suscripción de la cuota de capital para solicitar la capitalización (art. 8.3 d.legs. n. 22/2015).

⁵³ Por todas, véanse las SSTs de 7 noviembre 2005 (RJ 2006, 1690), 11 julio 2006 (RJ 2006, 8338) y 15 octubre 2009 (RJ 2009, 5732). En aplicación de esta jurisprudencia, pueden consultarse, entre otras, las SSTSJ Galicia, de 23 abril 2010 (AS 2010, 2065) y 22 octubre 2012 (AS 2012, 445), TSJ Andalucía, Sevilla, de 13 mayo 2010 (AS 2010, 1661), STSJ Canarias, de 18 septiembre 2014 (JUR 2015, 13593). Sobre la cuestión, véanse, DE VAL TENA, A., “Capitalización de la prestación por desempleo”, en AAVV., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, págs. 472 y 473; FERRANDO GARCÍA, F., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Reflexiones sobre la aplicación en España de la Estrategia Europea de Empleo”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F., (coords.), *Políticas de Empleo*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 409-427.

⁵⁴ En este sentido, véase Cavas Martínez, F., “Incentivos laborales al autoempleo colectivo (I): Incentivos a la constitución de empresas de economía social”, en AAVV., (FARIAS BATLLE, M., y FERRANDO GARCÍA, F., Dirs.), *Fomento del emprendimiento y Economía Social*, Aranzadi, 2015, en prensa.

La norma no establece límites en cuanto al porcentaje de la prestación que se puede capitalizar, de forma que el pago puede alcanzar el 100 por 100 del importe de la prestación causada⁵⁵. Sin embargo, en esta modalidad de abono de la prestación, la capitalización tiene carácter finalista, puesto que se condiciona a la financiación de determinados gastos. En efecto, cuando se trate de la incorporación del desempleado como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, la liquidación anticipada de la prestación por desempleo tendrá como finalidad la financiación de la aportación al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio. Asimismo, la Ley 31/2015 ha introducido la posibilidad de que se destine la prestación “a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender” (art. 10.1. Regla 1ª LES).

La cuantía de la prestación devengada que, en su caso, exceda de los gastos financiados con cargo al pago único de la prestación, se podrá aplicar al abono mensual de las cotizaciones (art. 10.1. Regla 1ª LES).

La Regla 2ª del art. 10.1 LES se refiere a esta otra modalidad de capitalización de la prestación por desempleo de nivel contributivo, consistente en el abono mensual por parte de la entidad gestora del importe de la prestación para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

La cuantía de la subvención mensual, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, en cuyo caso, se abonará ésta última.

2.7. Capitalización de la prestación por cese de actividad para la incorporación en cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales

El art. 12 LES, introducido por la Ley 31/2015⁵⁶, establece lo que cabría denominar incentivo al “reemprendimiento” o a una segunda oportunidad⁵⁷, por cuanto permite a los titulares del derecho a la prestación por cese de actividad, percibir el valor actual del importe de la prestación de una sola vez, con el objeto de realizar una actividad profesional como

⁵⁵ Tras la reforma introducida por la Ley 31/2015, el art. 34 LETA tampoco establece ya límites a la capitalización de la prestación para quienes deseen constituirse como autónomos o como socios de una entidad mercantil, de forma que, con independencia de su edad, y sin exigencia un porcentaje determinado de discapacidad, podrán solicitar la liquidación anticipada del 100 por 100 de la prestación por desempleo devengada, como ya se venía aplicando en los supuestos de incorporación a cooperativas y sociedades laborales.

⁵⁶ Anteriormente regulada en la Disp. Adic. 4ª RD 1541/2011, de 31 de octubre [derogada por la propia Ley 31/2015], por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto [derogada por el RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre (Disp. Derog. Única.18)].

⁵⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento”, en AAVV., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 564.

socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral⁵⁸. Este derecho se ha regulado de forma mimética respecto de la capitalización de la prestación por desempleo, en lo que concierne a los fines a los que se puede aplicar el importe de la prestación por cese de actividad capitalizada, a saber, aportaciones al capital y cuota de ingreso en cooperativas, adquisición de acciones o participaciones del capital social en sociedades laborales, cargas tributarias derivadas del inicio de la actividad, gastos de constitución y puesta en funcionamiento y, con el límite del 15 % de la prestación, pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender (art. 12.5 LES). Asimismo, se podrá destinar el importe de la prestación a cubrir los costes de cotización a la Seguridad Social (art. 12.6 LES).

Esta institución ha reclamado la atención doctrinal, pues ciertamente, su regulación adolece de lagunas y aspectos susceptibles de crítica, siendo uno de ellos el riguroso requisito de acceso consistente en que el beneficiario tenga pendiente de percibir, al menos, 6 mensualidades de prestación, que se traduce en que al menos debió cotizar por esta contingencia durante treinta y seis meses (art. 338.1 LGSS). Esta circunstancia, unida a la escasa cuantía de la prestación, debido a que los autónomos a menudo cotizan por la base mínima de cotización, ha determinado que la modalidad de pago único de la prestación por cese de actividad sea solicitada en raras ocasiones por los beneficiarios⁵⁹.

En fin, la necesidad de que la cooperativa a la que el trabajador quiere incorporarse sea distinta de aquella en la que, en su caso, cesó su actividad causando el derecho a la prestación capitalizada, se deduce por coherencia con el art. 335.3 LGSS según el cual, si el socio trabajador reingresa en la misma sociedad cooperativa en el plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación, deberá reintegrar la prestación percibida.

3. BREVE REFERENCIA A LAS AYUDAS A LA CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA EN ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

Para finalizar este estudio, conviene recordar que la capacidad generadora de empleo de las entidades de Economía social no se agota única y exclusivamente en la creación de empleo para sus socios. Estas entidades constituyen asimismo el germen de futuras oportunidades de empleo para los trabajadores por cuenta ajena que dichas entidades contraten, dado que no existe impedimento legal para que las cooperativas y sociedades laborales actúen como empresario⁶⁰.

Es más, existen entidades de Economía Social que se constituyen precisamente para procurar el empleo de determinados colectivos desfavorecidos, lo que justifica la previsión

⁵⁸ Medida también prevista en el art. 39 LETA respecto de quienes deseen iniciar una nueva actividad como trabajadores autónomos o realizar una aportación al capital social de una sociedad mercantil de nueva constitución o constituida en el plazo máximo de 12 meses anteriores.

⁵⁹ TALÉNS VISCONTI, E., “La capitalización de la prestación por cese de actividad: problemas prácticos”, en AAVV., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, ppág. 534.

⁶⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A., “Economía Social, autoempleo e integración laboral”, cit., págs. 249-279.

de medidas específicas para fomentar su labor. Se trata de las empresas de inserción, los centros especiales de empleo y los enclaves laborales⁶¹:

a) Respecto de las empresas de inserción, el art. 16 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, contempla un conjunto de medidas de promoción consistente en bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, subvenciones y ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social. Concretamente, el aptdo. 3.a) del citado precepto contempla bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social, en los contratos de trabajo de las personas en situación de exclusión social incluidas en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida.

Estas bonificaciones son incompatibles con las previstas en el art. 9.1.b) LES, introducido por la Ley 31/2015, que establece bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social aplicables a las empresas de inserción en los referidos supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas en situación de exclusión, de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida (que más que incompatible con el art. 16 Ley 44/2007, es reiterativo), o bien de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años, en caso de contratación indefinida, para el caso de menores de 30 años, o menores de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

b) El art. 42 Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del minusválido (LISMI) configura los centros especiales de empleo como instrumento para la integración laboral de los minusválidos, mediante el desempeño de un empleo remunerado, y la prestación de servicios de ajuste personal y social. En atención a la función social que desarrollan, el art. 43 LISMI ordena a la Administración el establecimiento de compensaciones económicas que ayuden a la viabilidad de los centros especiales de empleo, que se han instrumentado a través de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de octubre de 1998.

Dicha norma, objeto de sucesivas modificaciones, contempla un catálogo de ayudas destinadas, tanto a la creación de empleo estable, como al mantenimiento del empleo: En la primera categoría se incluyen las ayudas a la asistencia técnica, a la inversión en activos fijos y a la subvención parcial de intereses de préstamos, en las condiciones y cuantías máximas establecidas por la norma [art. 4.A) Orden]. En la segunda categoría, se prevé la bonificación del 100 % de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, por contingencias

⁶¹ Para que las mismas puedan beneficiarse al máximo de las diversas ayudas destinadas a fomentar su actuación, el art. 5.4 LES reconoce a las empresas de inserción y los centros especiales de empleo como entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General. Asimismo, abre la posibilidad de extender este carácter a otras entidades dedicadas a la inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión, conforme a los requisitos que se establezcan reglamentariamente. En términos de la E.M. de la Ley 31/2005 que introduce esta medida, “(s)e trata, de una declaración respaldada por la propia Comisión Europea, que considera la inclusión social y laboral como un Servicio de Interés Económico General, y estas entidades son las que centran precisamente su actividad en los colectivos más desfavorecidos y en torno al concepto del empleo protegido”. Las consecuencias prácticas de este reconocimiento son evidentes, pues “las subvenciones concedidas a estas entidades estén sometidas ahora al Reglamento 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, y (pueden) alcanzar los 500.000 € en un período de tres años cuando hasta la fecha el máximo era de 200.000 € en el mismo período de tiempo”.

comunes y profesionales, así como de las cuotas de recaudación conjunta, la subvención del coste salarial correspondiente a los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores con discapacidad (50 % del salario base del trabajador, con el límite del 50 % del SMI vigente en el año de referencia), y una serie de subvenciones para la eliminación de barreras arquitectónicas y la adaptación de puestos de trabajo, el saneamiento financiero, asistencia técnica, etc.

c) Como se sabe, el enclave laboral aparece definido en el art. 1.2 RD 290/2004, de 20 de febrero como “*el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora*”.

El art. 12 RD 290/2004 establece incentivos a la contratación indefinida de trabajadores del enclave (y por tanto, del centro especial de empleo) por la empresa colaboradora, de alcance y cuantía variable en función de las circunstancias de las personas contratadas, que consisten en subvenciones por cada contrato indefinido celebrado, bonificaciones del 100 % de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, por contingencias comunes y profesionales, así como de las cuotas de recaudación conjunta, durante toda la vigencia del contrato, y la subvención para la adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras u obstáculos, señalada anteriormente⁶².

Dejando a un lado las ayudas específicas a las empresas de inserción, centros especiales de empleo y enclaves laborales, las entidades de Economía Social pueden beneficiarse, como cualquier otra empresa, de las medidas de fomento a la contratación de trabajadores por cuenta ajena, previstas con carácter general: desde el Programa de Fomento del Empleo contenido en la Ley 43/2006 anteriormente aludido, hasta el polémico contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (favorecido con un período de prueba de un año de duración), previsto en la Ley 3/2012, además de los incentivos a la contratación de jóvenes (contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, primer empleo joven, etc.), introducidos por la Ley 11/2013⁶³. El estudio de dichas medidas sería en

⁶² Conviene tener presente que la Ley 31/2015 ha introducido una extensión de las bonificaciones a la contratación de trabajadores provenientes de empresas de inserción y centros especiales de empleo, estableciendo un nuevo incentivo para el supuesto de contratación de personas por empresas que no tengan la condición de empresas de inserción ni de centros especiales de empleo, cuando dichos trabajadores hayan prestado sus servicios para una empresa de inserción, al amparo de un contrato finalizado dentro de los 12 meses anteriores, y no hayan prestado sus servicios por cuenta ajena para otro empleador con posterioridad al cese en la empresa de inserción. En estos casos, el nuevo párrafo tercero del art. 2.5 Ley 43/2006, dispone que “la bonificación será de 137,50 euros al mes, durante un periodo máximo de 12 meses”.

Según el mismo precepto, “A la finalización de este periodo de 12 meses, serán de aplicación las bonificaciones previstas en los párrafos primero y segundo de este apartado hasta la duración máxima prevista.” Es decir, se aplicarán las bonificaciones previstas para la contratación por empresas ordinarias: 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años, para supuestos de contratación indefinida, o 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante toda la vigencia del contrato, en caso de contratación temporal.

⁶³ Para un interesante análisis crítico de estas nuevas modalidades contractuales, véase CHARRO BAENA, P., “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”, cit., págs. 99-108.

este momento demasiado prolijo; de ahí que baste señalar su aplicación a las Entidades de Economía Social que empleen a trabajadores por cuenta ajena.

4. CONCLUSIONES

El conjunto de medidas de fomento del empleo y el emprendimiento de las que se pueden beneficiar las entidades de Economía Social es el resultado de la conjunción de dos circunstancias: En primer lugar, el reconocimiento del doble valor que poseen estas entidades, y en particular las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales, como instrumentos de emprendimiento colectivo de los trabajadores generadores de autoempleo, y como germen de futuras contrataciones por cuenta ajena, que además suponen normalmente un empleo estable y de calidad, especialmente atento a la inserción de colectivos con dificultades de inserción laboral. En segundo lugar, la naturaleza difusa o, si se prefiere, híbrida de los vínculos que mantienen las entidades con sus socios trabajadores o de trabajo, e incluso en algunos casos, la posibilidad de opción que el legislador confiere (en el caso de las cooperativas de trabajo asociado) para la inclusión de sus socios trabajadores en el RGSS o en el RETA.

Ello se traduce en la posibilidad de acceso a diversos programas de subvenciones e incentivos en materia de Seguridad Social, que integran un panorama muy complejo como consecuencia de las siguientes decisiones de política legislativa:

a) Establecimiento de programas diseñados específicamente para las entidades de Economía social y, en particular, para las que procuran la inserción laboral de colectivos desfavorecidos, como las empresas de inserción.

b) Extensión de las medidas previstas con carácter general para el fomento del autoempleo o del emprendimiento a los socios trabajadores y de trabajo que se incorporen a las cooperativas (siempre que se opte por su inclusión en el RETA).

c) Extensión de las medidas previstas con carácter general para el fomento del empleo por cuenta ajena a los socios trabajadores que se incorporen a las cooperativas (siempre que se opte por su inclusión en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena) y sociedades laborales.

d) Tratamiento de estas entidades como una empresa más a efectos de incentivos a la contratación de trabajadores por cuenta ajena, si bien la contratación de personas con dificultades de inserción en empresas de inserción y en centros especiales de empleo tendrá un tratamiento más beneficioso.

De lo anterior se deduce que el objetivo pretendido con la Ley 31/2015, en lo que concierne a la sistematización en un único cuerpo legal de las medidas de fomento del empleo en y a través de las entidades de Economía Social, no sólo ha resultado fallido, sino que probablemente es de imposible consecución; si bien no hubiera estado de más una remisión en la Ley de Economía Social a las principales normas que contienen programas de fomento del empleo, por cuenta propia o ajena, que resultan de aplicación a estas entidades.

Balance de las reformas en materia de jubilación durante las dos legislaturas de la crisis económica (2008-2015) al hilo de las recomendaciones europeas

Balance of retirement pensions reforms during the two economic crisis legislatures (2008-2015) in line with the European recommendations

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ CONDE

DOCTORANDO FPU DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

Al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, estallaba la crisis financiera, que pronto dejó notar sus efectos en el ámbito social, quedando desbordada esta reforma y abriendo un nuevo panorama nada halagüeño en materia de jubilación. Dos gobiernos de diferente color político han agotado sus legislaturas desde entonces, con distintas reformas en la materia, que parecen no tener fin. En este artículo se propone, a modo de balance, una reconstrucción del iter normativo de las medidas operadas en la pensión de jubilación durante dichas legislaturas, pero imbricándolo con las recomendaciones europeas que les han dado origen y soporte.

Abstract

At the time of the entry into force Law 40/2007, the financial crisis broke out, and its effects coming into the social sphere; the crisis spilled over the reform and opened a new era for the retirement pension. Two governments of different political colors have passed since then, with each important reforms. This article proposes a balance reconstruction of the measures operated into the retirement pension during these two terms, from an european recommendation point of view, in the end supports the reforms.

Palabras clave

Envejecimiento activo, Reforma de Pensiones, Revalorización, Política social europea Unión Europea

Keywords

Active Ageing, Pensions Reform, Pensions Increase, European social policy

1. INTRODUCCIÓN

En el momento de escribir estas líneas, acaba de hacerse público el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, que pone punto y final a esta legislatura, la décima del nuevo orden constitucional, y la segunda desde el estallido de la crisis económico-financiera.

Las cifras de la Seguridad Social son especialmente sensibles a reflejar la virulencia de dicha crisis respecto al mundo del trabajo. El gasto en pensiones de jubilación, por su importancia tanto en términos absolutos como relativos, junto con las nada halagüeñas previsiones demográficas, ha implicado una revisión continua de la materia, acelerando la implantación del “envejecimiento activo”.

Todo ello explica que la materia sea objeto de continuas recomendaciones formuladas desde instancias Europeas. Este artículo propone una reconstrucción del *iter* normativo de las

reformas operadas en la pensión de jubilación durante estas dos legislaturas, a modo de balance, imbricándolo con las actuaciones europeas que les dan origen y soporte.

2. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE JUBILACIÓN

Conviene aclarar, como paso previo, cual es la competencia legislativa de la Unión en todo el proceso. Las normas europeas, como tales, en materia de Seguridad Social comunitaria, únicamente se limitan a una coordinación de los ordenamientos a efectos de mantener los derechos en curso de los trabajadores migrantes¹; de ahí que se viniera considerando el mal llamado de Derecho Social Comunitario como una materia subdesarrollada, limitada únicamente al ámbito de la coordinación en pro de favorecer la libre circulación. Pero, si la Seguridad Social es una competencia en exclusividad de cada Estado miembro y, al mismo tiempo, la Unión no deja de ser en esencia el alcance de un objetivo compartido ¿dónde radica el interés comunitario de los últimos tiempos por la pensión de jubilación?

El art. 3 TUE afirma, como objetivo principal de la Unión, el fomento de la protección social². Con vistas a su realización, el art. 121 TUE –dentro del título VII sobre política económica y monetaria– prevé que los Estados miembros deberán orientar sus políticas económicas hacia su consecución³. Estas políticas económicas (a nuestro interés, las consecuencias presupuestarias del envejecimiento) son consideradas como una cuestión de interés común, coordinadas por el Consejo e informadas y evaluadas por la Comisión.

A su vez, el art. 151 TUE –título X sobre política social– prevé que la Unión y los Estados Miembros, en base a los derechos sociales fundamentales recogidos en la Carta Social Europea (1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), tendrán como objetivo el “*fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada*”, etc., y puntualiza que, con el fin de alcanzarlos, la Unión y Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, tanto contractuales como de competitividad de la Unión. Seguidamente, el art. 156 TUE dirige el papel de la Comisión a fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones, particularmente en las materias relacionadas con el empleo, las condiciones de trabajo, la higiene de trabajo, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la formación, y la Seguridad Social.

¹ ORDOÑEZ SOLIS, D.: “Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, *Actualidad Laboral*, núm.1, 2001, pág. 157.

² GALIANA MORENO, J.M.: “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revistas Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998, pág. 191. El origen de este precepto se remonta al Tratado de Amsterdam (1997) que sentó las bases depara la intervención social comunitaria pues su predecesor, el Tratado de Maastricht (1992) no atendió los aspectos de la dimensión social.

³ VIGNON J.: “La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva estrategia de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pág. 21. La dejadez en la protección social a nivel comunitario, contrasta con la intervención en otras como por ejemplo, la protección del medio ambiente, donde Europa sí había desarrollado unos estándares comunes.

De este modo, el envejecimiento de la población activa y sus consecuencias macroeconómicas, al englobarse dentro del capítulo común de “económica y de política social”, han servido de base –estirando al máximo las bases de cooperación previstas en los tratados⁴– para europeizar el problema y sus soluciones.

A ello habría que sumar la irrupción de ciertos factores exógenos, pero ligados a la Seguridad Social, como la integración de los mercados financieros, la libre circulación de personas, la introducción del euro o la influencia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁵, que han intensificado la intromisión comunitaria en el tema de las pensiones⁶.

Tanto es así que la propia Comisión lo ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones; sirvan, a modo de ejemplo, los siguientes pasajes del Libro Verde y del Libro Blanco de la Comisión: “*aunque, en general, son los Estados miembros los responsables de diseñar y organizar sus sistemas de pensiones, algunos ámbitos específicos relacionados con las pensiones son competencia directa de la UE. Los Estados miembros han reconocido que la actuación conjunta puede ser más eficaz y eficiente y que la acción a nivel de la UE puede aportar un valor añadido, viendo que los retos son similares en toda la Unión y que las políticas de reforma tienen que ser coherentes con los marcos existentes, como el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y Europa 2020*” (Libro Verde).

De modo similar, en el Libro Blanco se declara que “a medida que aumenta el nivel de integración de las economías y las sociedades de los Estados miembros, el éxito o el fracaso de las políticas y reformas nacionales en materia de pensiones tiene repercusiones cada vez mayores más allá de las fronteras nacionales, en particular en la Unión económica y monetaria. La importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa y el creciente riesgo de desbordamiento transfronterizo de las políticas nacionales en materia de pensiones hacen que las pensiones se estén convirtiendo, cada vez más, en una preocupación común de la UE⁸”.

El Tratado de Ámsterdam, además de introducir un nuevo título sobre empleo al texto fundacional europeo, trajo consigo un nuevo instrumento de acción, el *Método Abierto de Coordinación*, MAC⁹ –*Open Method of Coordination*, OMC por sus siglas en inglés– empleado en diversidad de ámbitos, como la formación, la investigación, la innovación, la innovación, la política empresarial, las reformas económicas, la educación, la política europea de empleo, la inclusión social, o más recientemente, la sanitaria¹⁰. Desde la década

⁴ MORALES RAMÍREZ, M.A.: “La política de la Unión Europea sobre las pensiones de vejez”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 12, 2011, pág. 68.

⁵ SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*. Lex Nova, Valladolid, 2014, pág. 93.

⁶ MORALES RAMÍREZ, M.A.: “La política de la Unión Europea...”, op. cit. pág. 64.

⁷ COM (2010) 365 final, Libro Verde “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”, pág. 20.

⁸ COM (2012) 55 final, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, pág. 4.

⁹ ROBLES CARRILLO, M.: “El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 239, 2005, pág. 3

¹⁰ COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social, pág. 2.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Constitución europea, política social y método abierto de coordinación”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, p. 61 y ss.

del 2000, se ha trasladado la aplicación del MAC a la política de pensiones. En una primera fase, respecto a la flexibilidad de la misma¹¹. Ahora, respecto al aumento de la edad que se examina en el próximo apartado.

El funcionamiento es bastante simple, preestablecidos unos principios y objetivos, los Estados informan de las medidas adoptadas en virtud de los mismos; la Comisión Europea evalúa dichos informes y el Consejo Europeo procede a emitir las recomendaciones pertinentes, que tienen carácter individual para cada Estado; detectadas las buenas prácticas o aspectos a reformar, nuevamente se reinicia el proceso. En ningún momento se establecen obligaciones directas (Directivas, Reglamentos o Decisiones) para los Estados miembros.

El debate en cuanto a la conveniencia del MAC se ubica dentro de la conveniencia del *soft law* como técnica legislativa¹²; aparentemente supone una interesante ventaja al permitir la introducción de soluciones más flexibles y novedosas que difícilmente superarían un proceso típico de elaboración normativa y facilitar la llamada “europeización” de la política social y del empleo¹³, incluso el tránsito de una “subsidiariedad pasiva” a una “subsidiariedad activa.”¹⁴ Sin embargo, estas prácticas no están exentas de riesgos, como el desplazamiento de las técnicas de armonización, quedando éstas únicamente enfocadas a evitar el *dumping social* y asegurar la liberación de mercados y no a garantizar derechos mínimos,¹⁵ y para colmo de males, el hecho de que sea un proceso en constante revisión y supuesto perfeccionamiento no facilita la tarea¹⁶.

3. LA ORIENTACIÓN POLÍTICA DE LOS CONSEJOS EUROPEOS

El preámbulo de la Ley 27/2011 menciona los Consejos europeos de Lisboa, Estocolmo, Gotemburgo, Barcelona, Bruselas, hasta llegar a los más recientes, como antecedentes que promueven la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada como prioridad, habiendo realizado ya algunos países de nuestro entorno en la aprobación de las pertinentes reformas legales que reduzcan los estímulos al abandono prematuro de la vida activa e incremento de la edad de retiro. De modo que el turno de España había llegado.

El antecedente inmediato de actuación de la Comisión Europea en pensiones se encuentra en 1999¹⁷, año en que la misma lanzó una comunicación sobre la necesidad de concertar una estrategia que permitiera modernizar la protección social¹⁸. A tal fin, la Comisión propuso a los Estados miembros como objetivos:

¹¹ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Jubilación flexible en la Unión Europea”, núm. Extra 1, 2002, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, p.4.

¹² ALONSO GARCÍA, R.: “El soft law comunitario”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, págs. 63-94.

¹³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “constitución europea...” op. cit. pág. 65

¹⁴ PÉREZ MENAYO, V.: “El método abierto de coordinación en la Unión europea: su aplicación a las pensiones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, 2003, pág. 58

¹⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: “Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, 2005, T.I, pág. 43-44.

¹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *La Ley Unión Europea*, núm. 79, 2013, pág. 45.

¹⁷ COM (1999) 347 final, Una estrategia concertada para modernizar la protección social.

¹⁸ En marzo de 1999 el Parlamento Europeo pedía a la Comisión que pusiera en marcha un proceso de conciliación voluntaria de los objetivos y políticas en materia de protección social a semejanza de la estrategia europea de empleo.

- Hacer que trabajar sea rentable y proporcione unos ingresos seguros.
- Garantizar unas pensiones seguras y sistemas de pensiones viables.
- Promover la inclusión social.
- Garantizar un nivel alto y duradero de atención sanitaria.

Dentro del objetivo de pensiones se encuadraba la preocupación por la jubilación. Ciertamente, no era la primera vez que la Comisión se pronunciaba sobre la materia¹⁹, pero esta ocasión era diferente, dado el influjo de los Consejos Europeos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia sobre coordinación en materia de empleo y pobreza. Con esta nueva Comunicación se inicia una nueva etapa, asentada la cooperación sobre dichos objetivos que permita superar la incidencia negativa detectada que los diversos sistemas de protección social puedan ejercer sobre el mercado único²⁰. Asimismo, se proponía la creación de lo que más tarde se convertiría en el Comité de Protección Social²¹ (CPS o SPC por sus siglas en inglés) cuyo establecimiento, acordado unánimemente por los Estados miembros, se llevó a cabo en un tiempo record²².

En el Consejo Europeo de Lisboa²³ (marzo del 2000), los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE fijaron un nuevo objetivo estratégico para la próxima década: *“convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”*, entendiéndose por esta última la lucha contra la exclusión social y la necesidad de modernizar la protección social, aspecto que nos contextualiza dentro del estudio de esta monografía. Las conclusiones del Consejo hicieron propias los cuatro objetivos de la Comisión, y consciente de que tal tarea puede afrontarse mejor mediante la cooperación, el Consejo Europeo invita al Consejo a:

- Reforzar la cooperación entre los Estados miembros, intercambiando experiencias y buenas prácticas a partir de la mejora de las redes de información, que son los instrumentos básicos en este ámbito.
- Mandatar a un grupo de expertos, denominado Grupo de Alto Nivel para la Modernización de la Protección, con el encargo de *“estudiar la evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo, prestando particular*

¹⁹ COM (86) 365 final, Report from the commission to the Council, on the application of the Council Recommendation of 20 December 1982 on the principles of a Community policy with regard to retirement age (82/857/EEC); SEC (92) 2288 final, Report from the Commission on the application in the Member States of the Council Recommendation 82/857/EEC of 10 December 1982 on the principles of a Community policy with regard to retirement age; COM (1999) 221 final, Comunicación de la comisión sobre una Europa para todas las edades.

²⁰ PÉREZ MENAYO, V.: “La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 784, 2000, pág. 155.

²¹ Decisión 2000/436/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se crea un Comité de protección social (DO L 172 de 12.7.2000, p. 26); Decisión 2004/689/CE del Consejo, de 4 de octubre de 2004, por la que se crea un Comité de protección social y se deroga la Decisión 2000/436/CE (DO L 314 de 13.10.2004, p. 8); Decisión (UE) 2015/773 del Consejo de 11 de mayo de 2015 por la que se crea el Comité de Protección Social y se deroga la Decisión 2004/689/CE

²² VIGNON, J.: “La protección social...”, op. cit. pág. 22.

²³ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 marzo de 2000 (punto 31) consilium.europa.eu/es/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00100-r1.es0.htm

atención a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en distintos marcos temporales hasta el año 2020 y más allá, de ser necesario”, momento que podemos calificar como el punto de partida.

Del seguimiento de la Estrategia de Lisboa se ocupó el Consejo Europeo de Santa María da Feira²⁴ (junio de 2000), en relación con el empleo, las reformas económicas y la cohesión social, haciendo hincapié en materia de pensiones, estableciendo para cada una de estas políticas una serie de prioridades. En concreto, sobre la protección social se señaló que *“debería prestarse especial atención a la sostenibilidad de los regímenes de pensiones mediante la definición de dos líneas de acción, con objeto de pronosticar mejor las tendencias futuras y lograr un conocimiento profundo de las estrategias nacionales recientes, aplicadas o previstas, de reforma de las pensiones”*.

Asimismo, se instó a los gobiernos de los Estados Miembros a que realizaran esfuerzos de consolidación fiscal más allá del mínimo requerido por el Pacto de Estabilidad, y se decidió apostar por una mejora de los métodos de trabajo en el seno de la UE, especialmente mediante el desarrollo del método de coordinación abierto. El Grupo de Alto Nivel presentó su informe y expuso el objetivo fundamental de los sistemas de pensiones, las estrategias y tipos de reformas²⁵. Cumplido su cometido, el grupo de expertos fue reemplazado con la creación del CPS.

El siguiente Consejo Europeo celebrado fue la cumbre de Niza²⁶ (diciembre del 2000), que destacaría en materia de lo social por tres aspectos. En primer lugar, la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales, que reunía en un solo texto los derechos civiles, políticos, económicos y sociales enunciados hasta la fecha en distintas fuentes internacionales, europeas o nacionales, nacía en medio de una controversia, pues, algunos países no eran partidarios de la misma y los derechos proclamados no estaban integrados en el propio Tratado, aunque se reservaba que *“la cuestión del alcance de la Carta se examinará posteriormente”* (por lo que se anunciaba su fracaso)²⁷. En segundo lugar, la aprobación de la Agenda Social Europea, en la que se definen las prioridades de actuación concretas para los años sucesivos, en torno a seis orientaciones estratégicas en todos los ámbitos de la política social²⁸, entre ellos la modernización de la protección social. Y en tercer lugar, el CPS entra en el Tratado de Funcionamiento de la UE (nuevo art. 114)

²⁴ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa Maria Da Feira, 19 y 20 junio de 2000 (punto 35) consilium.europa.eu/da/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es0.htm

²⁵ Informe de situación del Grupo de Alto Nivel sobre la intensificación de la cooperación para modernizar y mejorar la protección social *8634/00 COR 1 (en) COR 2 (gr)*

COM (2000) 622 final, Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0622

²⁶ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza, 7,8 y 9 diciembre de 2000 consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00400-r1.%20ann.es0.htm

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pág. 60; DE LA VILLA GIL, L.E.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 32, 2001, págs. 19-22.

²⁸ Políticas de empleo (mayor número y mejor calidad de los puestos de trabajo); anticipo a los cambios del entorno laboral y sacar partido de ellos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad; lucha contra cualquier forma de exclusión y de discriminación para favorecer la integración social; modernización de la protección social; fomento de la igualdad entre hombres y mujeres; y refuerzo de la dimensión social de la ampliación y las relaciones exteriores de la Unión Europea).

así como en la fallida Constitución Europea de 2005 (art. III 217). En lo que a nuestro interés respecta, sobre pensiones²⁹, “*el Consejo Europeo invita a los Estados miembros a que, en cooperación con la Comisión, intercambien sus respectivas experiencias a través de la presentación de sus estrategias nacionales en este ámbito*”, para conseguir “*evaluar de manera global la sostenibilidad y la calidad de los regímenes de pensiones.*” Los resultados de este primer estudio general sobre la viabilidad a largo plazo de las pensiones deberían estar disponibles para el Consejo Europeo de Estocolmo.

El primer Consejo Europeo de primavera después del de Lisboa, celebrado en Estocolmo³⁰ –marzo de 2001–, señaló “*el acuerdo total en que la reforma económica y las políticas sociales y de empleo se refuerzan mutuamente*”; y subrayó que “*el próximo decenio ofrece la oportunidad de abordar el reto demográfico elevando las tasas de empleo, reduciendo la deuda pública y adaptando los sistemas de protección social, incluidos los sistemas de pensiones.*”

En este marco, el Consejo Europeo de Estocolmo ha concluido, tras la discusión sobre cómo crear más y mejores empleos, con un compromiso de la Unión y los Estados miembros con el logro del pleno empleo, que consideran un medio importante para hacer frente al reto del envejecimiento de la población, y la fijación de objetivos intermedios para enero de 2005, coincidiendo prácticamente con el fin de la vigencia de la Agenda Social Europea, para las tasas de empleo en toda la Unión, del 67% en general, y del 57% para las mujeres, así como la adición a los objetivos de Lisboa de uno nuevo, referido expresamente a la tasa media de empleo de los hombres y mujeres de más edad (55-64 años), que se propone aumentar hasta el 50% en 2010, invitando al Consejo y la Comisión³¹. Además, en esta reunión también se sentaron las bases para el método abierto de coordinación en materia de pensiones, como instrumento importante para avanzar y alcanzar el objetivo estratégico de la Unión; en este sentido se señaló que “*cuando sea factible, deberán aprovecharse plenamente todas las posibilidades que ofrece el sistema abierto de coordinación, en particular en el ámbito de las pensiones, teniendo debidamente en cuenta el principio de subsidiariedad.*”

El CPS, un año más tarde de su institución, en junio de 2001³², presentó los resultados para hacer frente al problema del envejecimiento demográfico. En base a ese nuevo informe, el Consejo de Gotemburgo³³ (junio de 2001) aprobó tres amplios principios para la modernización de los sistemas de pensiones: “*la salvaguardia de la capacidad de los sistemas para cumplir sus objetivos sociales, el mantenimiento de la sostenibilidad financiera y la satisfacción de las nuevas necesidades de la sociedad.*”

²⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza..., op. cit. (punto n. 31)

³⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo, 23 y 24 marzo de 2000 consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/acf429.html

³¹ En el 2005, la media de los países de la UE de los 25 fue del 42,5%, lo que supone una diferencia a la baja del 7,5% entre la situación real y el objetivo marcado, habiendo diferencias sustanciales en algunos casos entre los distintos países.

³² Informe del comité de Protección Social sobre la evolución futura de la protección social: pensiones seguras y viables, junio de 2001.

³³ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 junio de 2001 consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf

En consonancia con estos principios generales, la siguiente cumbre, el Consejo de Laeken³⁴ (diciembre de 2001), desarrolló once objetivos comunes con objeto de impulsar el proceso de MAC, a saber:

- Prevención de la exclusión social: necesidad de garantizar una renta mínima o prestaciones en metálico y especie para reducir el riesgo de la pobreza durante la vejez, especialmente las mujeres.
- Permitir a las personas mantener su nivel de vida: impulso de los fondos de pensiones profesionales y personales.
- Promover la solidaridad: el cómputo de periodos sin cotización para el cálculo de la pensión, son elementos de solidaridad; asimismo, *“en los regímenes de pensiones profesionales puede haber sólidos elementos de solidaridad, basados en convenios colectivos”*.
- Elevar los niveles de empleo: la consecución del objetivo de empleo de la estrategia de Lisboa reduciría en un tercio el gasto público en pensiones en 2050, pero sería insuficiente a juicio de la Comisión para resolver el problema de la sostenibilidad financiera
- Prolongar la vida activa.
- Sistema de pensiones viables dentro de unas finanzas públicas sanas: elevar las tasas de empleo, reducir la deuda pública y reformar los propios sistemas de pensiones
- Ajuste equilibrado de las prestaciones y las cotizaciones: ningún Estado miembro prevé financiar el mayor gasto en pensiones únicamente elevando las tasas contributivas, a las que algunos de ellos ponen, de hecho, límites máximos. En los nuevos regímenes de pensiones de cotización definida teórica, las prestaciones se ajustan de manera automática para mantener el equilibrio financiero de dichos regímenes, concretamente ante la creciente esperanza de vida.
- Garantizar que la gestión de los planes de pensiones basados en la capitalización sea adecuada y sana desde el punto de vista financiero.
- Flexibilizar los modelos de carrera profesional.
- Mayor igualdad entre mujeres y hombres.
- Transparencia e información sistemáticamente que permita a las personas planear y prever su jubilación de modo que alcancen el nivel de vida deseado.

El quinto Consejo Europeo reseñable en materia de jubilación fue el Consejo de Barcelona³⁵ (marzo de 2002) donde definitivamente se instó a los Estado a *“acelerar la reforma de los regímenes de pensiones, tanto para asegurar su sostenibilidad financiera como para que puedan seguir cumpliendo sus objetivos sociales”*; desechar la jubilación

³⁴ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 diciembre de 2001 consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf

³⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 marzo de 2002, (punto n. 32) consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/70829.pdf .

anticipada (como incentivo a trabajadores o mecanismos de reestructuración para las empresas); aumentar la empleabilidad de los trabajadores de mayor edad “*mediante formación permanente*”; y, lo más relevante a nuestros efectos, “*para 2010 deberá intentar elevarse progresivamente en torno a 5 años la edad media efectiva a la que las personas cesan de trabajar en la Unión Europea*”.

Posteriormente, los Consejos Europeos de Bruselas de octubre de 2003³⁶, marzo 2004³⁷ y marzo 2005³⁸, mantuvieron menciones al envejecimiento y las pensiones. El último Consejo Europeo previo al estallido de la crisis crediticia, se celebró en Bruselas (junio 2007), y en sus conclusiones figuraba que “*en el ámbito de la política social, es preciso proseguir con energía los trabajos sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, con el fin de dar solución lo antes posible a los capítulos pendientes*”; así como que se estaba a la espera de una propuesta modificada de Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores mediante la mejora de la consolidación y preservación de los derechos de pensión complementaria, como base para proseguir los trabajos sobre este asunto.

4. LOS INFORMES DE LAS ESTRATEGIAS NACIONALES Y SUS EVALUACIONES EUROPEAS

Los Estados Miembros presentaron los Informes de Estrategia Nacional en septiembre de 2002³⁹, donde se informaba detalladamente sobre como intentar cumplir los objetivos de Leaken, a partir de los cuales, la Comisión Europea elaboraría un informe de evaluación en 2003⁴⁰. Los segundos Informes de estrategia nacional, en esta ocasión elaborados por los 25 Estados Miembros, se publicaron en 2005⁴¹; y los de tercera generación en 2008⁴².

³⁶ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza, 7,8 y 9 diciembre de 2000 (punto n. 22) “los Estados miembros y los interlocutores sociales deberían estudiar el modo de poner en práctica la relación entre las políticas de empleo y las pensiones a la luz de los objetivos fijados por el Consejo Europeo de Barcelona” consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/77690.pdf.

³⁷ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 25 y 26 marzo 2004 (punto n. 14) “*El Consejo Europeo alienta decididamente a los Estados miembros a que hagan frente a las consecuencias financieras del envejecimiento de la población, reduciendo la deuda pública e intensificando las reformas del empleo, la sanidad y las pensiones*” consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/79704.pdf.

³⁸ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 22 y 23 marzo de 2005, “*El Consejo reconoce que debe prestarse una atención especial a la reforma de las pensiones “mediante la introducción de un sistema multipilares que incluya un pilar obligatorio totalmente financiado. Aun cuando tales reformas supongan un deterioro a corto plazo de las finanzas públicas durante su período de aplicación, la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas se verá claramente mejorada.*” consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/84344.pdf

³⁹ Estrategia nacional de España en relación con el sistema de pensiones (2002) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5464&langId=es (informe) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5465&langId=es (anexo)

⁴⁰ Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y viabilidad de las pensiones, 6527/03 REV 2, 3 marzo 2003

⁴¹ Estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones (2005) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5441&langId=es (informe) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5442&langId=es (anexo)

⁴² Estrategia sobre el futuro de pensiones (2008) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2566&langId=es

La evaluación inicial de las Estrategias Nacionales, en el Informe de marzo de 2003 de la Comisión, y del Consejo Europeo, examinó pormenorizadamente cada uno de los objetivos comunes propuestos. El informe constató que todos los Estados miembros han iniciado algún tipo de reforma, incluso algunas radicales durante los años noventa. En cualquier caso, se habrá de estar atento, pues reformas suplementarias podrían acuñarse nuevamente para velar por la viabilidad a largo plazo de sus sistemas de pensiones, pues la reforma de las pensiones ha de entenderse como “*un proceso continuo y no un evento único y aislado*”⁴³. A pesar de tratarse de un reto común, el envejecimiento empezará a producir efectos en los sistemas de pensiones a un ritmo desigual, comenzando en algunos Estados miembros en los próximos diez años. Por todo ello, se considera “*urgente poner en marcha estrategias creíbles y eficaces, y dar a los ciudadanos señales claras de lo que pueden esperar de sus sistemas de pensiones y de lo que deben hacer para lograr un nivel de vida adecuado durante su jubilación*”⁴⁴.

Entre las conclusiones generales, se contenían las siguientes indicaciones a España: “El sistema español de pensiones parece funcionar bien en lo que respecta a la adecuación, pero se enfrenta a un reto importante en materia de viabilidad financiera. Si bien la reorganización de la financiación del sistema de seguridad social, incluida la creación de un fondo de reserva, así como ciertos ajustes en los parámetros del sistema de pensiones, son pasos en la dirección adecuada, las reformas llevadas a cabo hasta el momento no parecen ser suficientes para dar respuesta al reto de la viabilidad financiera. Se están preparando, y serán necesarias, importantes reformas para garantizar la viabilidad financiera del sistema de pensiones. Dada la baja tasa de empleo femenino y la baja tasa de actividad de las personas mayores, se requieren también más esfuerzos para permitir a estas personas participar activamente en el mercado laboral y para ofrecerles los incentivos adecuados para hacerlo”⁴⁵.

En el entretiempp, la Comisión hacía pública la comunicación de 2003 “Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa”⁴⁶, que racionalizaba el método abierto de coordinación, en tres capítulos, inclusión social, pensiones y asistencia sanitaria y cuidados de larga duración, el llamado *MAC social único*⁴⁷. El segundo informe conjunto, de 2006⁴⁸, se ajustaría a él y respondería a las estrategias nacionales de 2005. Se identificaron las

⁴³ Informe 2003, op. cit. pág. 104

⁴⁴ Informe 2003, op. cit. pág. 10

⁴⁵ Informe 2003, op. cit. pág. 135

⁴⁶ COM (2003) 261 final, Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2003:0261:FIN

⁴⁷ COM (2005) 706 final, Trabajar juntos, trabajar mejor. Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52005DC0706 Como hemos visto, el MAC nació de la Estrategia europea de Empleo (1997) y se extendió al ámbito social en la Estrategia de Lisboa (2000), primero al proceso social de inclusión (2000), luego a las pensiones (2001), y más tarde a la atención sanitaria y a los cuidados de larga duración (2004). Para cada uno de estos ámbitos se seguía una estrategia determinada. Pues bien, a partir de 2005 se integrarán las tres áreas sociales citadas en un MAC Social único y se simplificará el procedimiento de coordinación. A su vez, fue reforzado en 2008 por la comunicación COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social. eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0418&from=ES

⁴⁸ COM (2006), 62 final, Informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2006
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0062

buenas prácticas y se definió una metodología común sobre los indicadores que permitieran examinar las tendencias y los cambios políticos para lograr los objetivos señalados y las previsiones. Se informó sobre los frentes seguidos por los estados miembros, para garantizar sistemas de pensiones adecuados y viables:

- Una reducción de la deuda pública desigual entre países.
- Reformas de las pensiones: se han reforzado los vínculos entre cotización y prestación al tenerse en cuenta la esperanza de vida en el cálculo de la pensión, lo que suele traducirse en un descenso de las tasas de sustitución, que, no obstante, *“puede compensarse prolongando la vida laboral y ahorrando más⁴⁹”*. Algunos Estados miembros han aumentado el nivel de las pensiones mínimas garantizadas; asimismo, se han reconocido los periodos dedicados al cuidado de personas dependientes. Sin embargo, el Informe reconoce que las tasas de reemplazo son bajas, por lo que se han promovido los regímenes privados complementarios.
- Aumento del empleo entre personas mayores: se han reducido los factores que puedan disuadir de prolongar la vida activa y se han reforzado los incentivos para seguir en la misma.

El informe de 2008⁵⁰ destacó que los objetivos claves de las reformas emprendidas se centraron en el endurecimiento de las condiciones de retiro y en la creación de un marco adecuado para que los trabajadores de más edad puedan seguir participando en el mercado laboral, con excepciones en los casos de trabajos especialmente exigentes o peligrosos:

- Los trabajadores que se acogen a una jubilación anticipada representan en torno a un 20 % de la población de entre 55 y 64 años. Por lo tanto, la reducción de estas jubilaciones anticipadas puede contribuir considerablemente a extender la vida laboral.
- En algunos Estados miembros siguen aumentando las jubilaciones anticipadas. Por ello, deben aplicarse medidas más sistemáticas para reducir de manera significativa el tiempo entre el final del último empleo y el inicio de la jubilación legal.

En el informe de 2009⁵¹, la Comisión Europea dio cuenta del avance de las orientaciones comunitarias incorporadas a las reformas a los sistemas de pensiones, destacando dos aspectos en donde se habían centrado hasta septiembre de 2008, antes de que las consecuencias de la crisis financiera calasen en la economía real:

- Tasa de empleo más altas de los trabajadores de edad avanzada, como consecuencia del aumento de la esperanza de vida. Dicha tasa ha aumentado en la última década, habiendo alcanzado once países el objetivo de Lisboa del 50%.

⁴⁹ Informe 2006, op. cit. pág. 9

eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0062&from=ES

⁵⁰ COM(2008) 42 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2008

eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0042:FIN:ES:PDF

⁵¹ COM (2009) 58 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2009, pág. 7

- Aumento de la edad de retiro y eliminación de los incentivos a la jubilación anticipada. En este sentido, el Informe señala que *“la duración normal de la vida activa debe prolongarse y los informes muestran que los Estados miembros están comenzando a retrasar la edad de jubilación en los regímenes obligatorios (...). Las posibilidades de abandono temprano de la vida activa y los incentivos a la jubilación anticipada se están suprimiendo. Se trata de señales claras para que los empresarios y los trabajadores mejoren sus prácticas de gestión de la edad y pospongan la jubilación. (...)Es imprescindible evitar que la edad real de jubilación empiece a disminuir, lo que podría ocurrir si se recurre a vías de salida anticipada del mercado de trabajo como solución al aumento del desempleo”*⁵².

En el informe 2010⁵³, la Comisión Europea destacó tres aspectos que la crisis mundial de 2008 puso de relieve:

- *“Los regímenes públicos se reparto se han mostrado bastante resistentes a las fluctuaciones cíclicas a corto plazo (...). Los pensionistas se han visto relativamente poco afectados hasta la fecha, dado que sus ingresos estables y el bajo nivel de inflación, junto con la mejora de las pensiones mínimas en los últimos años, han servido de amortiguadores. No obstante, aunque estén sometidos a una presión creciente conforme la menor tasa de empleo reduce las cotizaciones y la base imponible como los regímenes de pensiones y su contexto económico experimentan cambios, las repercusiones de la crisis a largo plazo podrían ser bastante más graves para los futuros pensionistas si no se abordan adecuadamente”*.
- Ante la volatilidad de los mercados financieros, se subraya la necesidad de que los agentes políticos y las autoridades de regulación y supervisión promuevan una gestión más prudente del ahorro destinado por los ciudadanos a la jubilación, hallando así un medio equilibrado para aprovechar las ventajas de los regímenes de capitalización. La gran variedad de las pérdidas sufridas, y la todavía más variable capacidad para absorber esta conmoción, ponen de manifiesto que las diferencias en la concepción de los fondos de pensiones y en las estrategias de inversión son elementos que hay que tener en cuenta.
- No obstante, se propone reevaluar el progreso de los últimos diez años de reformas de las pensiones, a la luz de los reveses de la crisis y de los retos más intensos que supone garantizar pensiones adecuadas y sostenibles en un contexto de menor crecimiento y de envejecimiento acelerado.

5. LOS ESTUDIOS PROSPECTIVOS ANUALES SOBRE EL CRECIMIENTO EUROPEO Y LOS PROGRAMAS NACIONALES DE REFORMAS

Con el cambio de década, la nueva estrategia Europa 2020 ha reafirmado el papel del MAC Social; desde sus comienzos, el MAC Social ha sido tema objeto de debate, pero el Comité de Protección Social y la Comisión lo han corroborado como un instrumento clave

⁵² Informe 2009, op. cit., pág. 7

⁵³ COM (2010) 25 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social, pág. 9.

para reforzar la dimensión social de Europa 2020⁵⁴, sin obviar el reforzamiento en disciplina y gobernanza económica que ha supuesto la crisis económica.

Anualmente, la Comisión inicia el llamado “*Semestre Europeo*”⁵⁵, presentando al Parlamento Europeo y al Consejo un “*Estudio prospectivo anual sobre el crecimiento*” como documento de trabajo para los Consejos Europeos de primavera, de donde saldrán orientaciones generales hacia la Estrategia Europa 2020. En pro de dichas orientaciones, cada país elabora un *Programa Nacional de Reformas* –en adelante PNR– (que contiene los avances efectuados y deficiencias encontradas con los objetivos Europa 2020) y un *Programa de Estabilidad* –en adelante PE– (planes presupuestarios plurianuales del Estado miembro), que son evaluados y sometidos a recomendaciones individualizadas por países, y concretas sobre los objetivos a alcanzar, en un plazo de doce a dieciocho meses. Se basan en el análisis de los programas facilitados por los Estados miembros, y se complementan con las aportaciones procedentes de las reuniones bilaterales entre expertos de la Comisión y los Estados miembros, la Comisión Europea, refrendadas por el siguiente Consejo Europeo de junio. Los semestres cumplen un triple objetivo: garantizar unas finanzas públicas saneadas, fomentar el crecimiento económico, y prevenir desequilibrios macroeconómicos. Se propone ahora un ejercicio sistemático de revisión de estas dinámicas en el último lustro.

En el año 2011, los documentos nacionales enviados por el Gobierno español, en el PNR⁵⁶, anticipaba a Bruselas, entre otras reformas, “*el desarrollo de la reforma laboral aprobada el pasado año, así como la reforma del sistema de pensiones y de la negociación colectiva, a la que se han comprometido los interlocutores sociales en el Acuerdo Social y Económico alcanzado el 2 de febrero*”, valorando el alcance que el alargamiento de la edad de jubilación alcance en el PE⁵⁷ –“*el impacto agregado de la reforma se evalúa en un ahorro de 1,4% del PIB en 2030, 2,8% en 2040 y 3,5% en 2050*”– y desgranando las cifras:

- “*La tasa de actividad de la población mayor podría aumentar entre 1,5 y 2 puntos porcentuales a partir de 2030. Como consecuencia, el nivel del PIB real del escenario con reformas sería un 1,4%-1,7%*”.
- “*El alargamiento de la vida laboral (...) reduce el número de años en que los individuos reciben una pensión y, por tanto, el gasto agregado en pensiones. El ahorro agregado sería de 1 punto de PIB a partir de 2040, aumentando gradualmente hasta entonces*”.
- “*Aumento del periodo de cómputo de 15 a 25 años. Supone un importante ahorro al sistema, de 1 punto de PIB a largo plazo*”.
- El cambio en los porcentajes aplicables a la base reguladora se estima en un ahorro de 3 décimas de PIB a partir de 2040.

⁵⁴ COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.

⁵⁵ No confundir con la presidencia semestral rotatoria del Consejo de la Unión Europea.

⁵⁶ Programa Nacional de Reformas, España (2011), pág. 3 ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_spain_es.pdf

⁵⁷ Programa de Estabilidad, España (2011-2014), pág. 37 ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/sp_spain_es.pdf,

“*las actuales proyecciones demográficas sugieren que el envejecimiento tendrá un impacto importante en España, por lo que el Gobierno ha presentado al Parlamento una reforma del sistema público de pensiones.*”¹ “*la situación actual del Sistema de la Seguridad Social es sólida, presentan do un superávit en 2010 (excluido el Servicio Público de Empleo) y contando con un fondo de reserva que supone el 6,1% del PIB*” págs. 5-6.

- Como elemento clave para garantizar la sostenibilidad del sistema en el largo plazo, el factor de sostenibilidad implicaría un ahorro adicional de alrededor de un punto porcentual de PIB en 2050.

Con todo ello, se reducirá a la mitad el incremento esperado en el gasto en pensiones, en porcentaje sobre PIB, en ausencia de reforma.

La Comisión Europea consideraba que “España presenta un alto nivel de riesgo en cuanto a la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas”, pues “las repercusiones del envejecimiento de la población sobre el presupuesto a largo plazo serán claramente superiores a la media de la UE”, y valoraba la reforma propuesta, globalmente, como “un paso muy positivo en la dirección adecuada”, por lo que “su rápida entrada en vigor sería importante y se ajustaría a las invitaciones realizadas en ese sentido por la Comisión y el Consejo”, al tiempo que corroboraba las cifras aportadas por el gobierno español⁵⁸.

Las recomendaciones finales del Consejo adoptadas un mes antes de la aprobación de la Ley 27/2011, consideran que “el efecto previsible del envejecimiento de la población sobre el presupuesto español a largo plazo sería superior a la media de la UE (...)” y que “la propuesta del Gobierno español de reforma de las pensiones, concertada con los interlocutores sociales, mejorará de forma significativa la sostenibilidad de las finanzas públicas y creará incentivos para la participación en el mercado de trabajo”. Asimismo, advertía a navegantes que “no obstante, la reforma está pendiente de aprobación por el Parlamento y aún puede ser objeto de modificaciones menores”, por lo que recomendaba “adoptar la reforma del sistema de pensiones propuesta con el fin de retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones, según lo planeado; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida, según lo previsto, y adoptar nuevas medidas encaminadas a mejorar el aprendizaje permanente para los trabajadores de más edad”⁵⁹.

Para el ejercicio 2012, el gobierno estatal, en el PNR⁶⁰, daba cuenta a la Comisión de la reforma finalmente aprobada, e incluía como reformas la aplicabilidad de otras medidas adicionales, como “*restringir las prejubilaciones*” o el “*plan de lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social*”. Al mismo tiempo, hacía extensiva sobre el gasto de personal de las CC.AA. “*la jubilación forzosa a los 65 años con tasa de reposición nula*”; mientras que en el PE apuntaba a “*la congelación del desarrollo reglamentario del aumento de la edad de jubilación del personal docente e investigador universitario hasta los 75 años*”⁶¹.

⁵⁸ SEC (2011) 817 final, Evaluación del Programa Nacional de Reforma de 2011 y del Programa de Estabilidad de España, pág. 10. ec.europa.eu/europe2020/pdf/recommendations_2011/swp_spain_es.pdf

⁵⁹ Recomendación del Consejo de 12 julio de 2012 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España (2011-2014), recomendación n. 2. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:212:0001:0004:ES:PDF

⁶⁰ Programa Nacional de Reformas, España, 2012, págs. 82 y 117.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2012_spain_es.pdf.

⁶¹ Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España (2012-2015), pág. 44.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/sp2012_spain_es.pdf.

La Comisión⁶², respecto a la recomendación segunda del curso anterior, daba a España el visto bueno: “España ha aplicado la recomendación. Globalmente, las reformas adoptadas hasta ahora son ambiciosas en comparación con medidas anteriores, constituyen un paso significativo en la dirección adecuada, de conformidad con la recomendación del Consejo, y contribuyen a reducir los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de la hacienda pública”. No obstante, todo parecía quedar en aguas de borrajas, pues advertía que “el deterioro de las perspectivas económicas limitará los efectos de las reformas sobre el aumento de los gastos públicos derivados del envejecimiento de la población, que se prevé seguirán siendo superiores a la media de la UE en 2060”. Por otra parte –continuaba–, “la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 todavía no se ha reforzado con medidas concretas. España parece presentar actualmente un nivel de riesgo medio en cuanto a la sostenibilidad a largo plazo de sus finanzas pública”.

Por todo ello, la Recomendación del Consejo de 10 julio de 2012 instaba a “asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo”⁶³.

Para el tercer semestre europeo –2013–, el relevo gubernamental ya se había materializado, en el relativo PNR⁶⁴, por lo que se informó acerca de la nueva reforma en pro de cumplir con la Recomendación específica número 2 de 2012, con las siguientes estimaciones: el factor de sostenibilidad aumentaría el PIB un 2,4% en 2060; la reforma de la jubilación anticipada voluntaria e involuntaria y de jubilación parcial, aumentaría el PIB en un 0,005% en 2013 y un 0,009% en 2014, y produciría un aumento de la tasa de empleo del 0,007% y del 0,014% en cada uno de esos años respectivamente; y la compatibilidad entre empleo y pensión supondría un aumento de la tasa de empleo de 0,36% en 2013 y de 0,71% en 2014, con un efecto sobre el PIB de 0,24% y 0,47%, cada año, respectivamente. A su vez, el PE cuantifica el impacto estimado del RD-Ley 5/2013, en un ahorro de 250 millones de euros en 2013 y 820 millones de euros en 2014⁶⁵.

La Comisión Europea, sobre la reforma de 2013, advierte de su necesidad: “la reducción del gasto público vinculado al envejecimiento demográfico que se prevé propicie la reforma de las pensiones de 2011 no es suficiente”; ratifica su contenido: “la reforma de 2013 de los regímenes de jubilación anticipada contribuye a garantizar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de seguridad social”; insta a seguir actuando: “parece necesario

⁶² SWD (2012) 310 final, Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012, pág. 32. ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf

⁶³ Recomendación del Consejo de 10 julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reformas de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para (2012-2015), recomendación n. 2. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:219:0081:0084:ES:PDF

⁶⁴ Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2013, pág. 16.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2013_spain_es.pdf.

⁶⁵ Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España (2013-2016), pág. 75.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/sp2013_spain_es.pdf.

adoptar otras medidas para contener el crecimiento de los gastos relacionados con el envejecimiento de la población, por ejemplo a través de la regulación adecuada del factor de sostenibilidad previsto en la reforma de 2011 del régimen de pensiones”; y orienta la dirección del mismo: “deberá incluir un nexo claro entre la edad de jubilación y el aumento de la esperanza de vida, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema, y podría tener en cuenta otros factores pertinentes”⁶⁶.

Y sobre la valoración de la Recomendación segunda de 2012, califica las medidas adoptadas hasta la fecha de parcialmente positivas, pues se han conseguido algunos progresos en relación con la misma⁶⁷: “a principios de 2013 se limitó el acceso a los regímenes de jubilación anticipada y parcial. Se ha creado un grupo de expertos para valorar el factor de sostenibilidad, pero todavía está pendiente una propuesta sobre los detalles técnicos.”

Las recomendaciones finales del Consejo fueron en la dirección de “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, estableciendo, entre otras cosas, que la edad de jubilación vaya aumentando en función del aumento de la esperanza de vida”⁶⁸.

En el cuarto Semestre Europeo –2014–, el Gobierno español confirmaba en el PNR⁶⁹, la regulación del factor de sostenibilidad, incluyendo aspectos relativos a la revalorización de las pensiones y a la introducción del factor del índice de vida, mediante la Ley 23/2013, e informaba de la aprobación de normativa reglamentaria sobre derecho de información del sistema de pensiones, en línea con lo apuntado por el Libro Blanco. A su vez, el PE⁷⁰, como resultado del establecimiento, en el RDL 5/2013, de condiciones más estrictas para acceder a la jubilación anticipada, aumenta la edad efectiva de jubilación en casi nueve meses hasta 2027, adicional al impacto de 2 años estimados por la reforma de 2011. En términos macroeconómicos, la tasa de participación para las edades de 15 a 74 años aumenta en 1,3 puntos en 2060 (de 67,4 a 68,6%) y ya en 2023 el aumento estimado es de 0,5 puntos (de 68,0 a 68,5%). Por su parte, esta mayor participación tiene un impacto positivo sobre el empleo y por tanto sobre el PIB. Así, el impacto de la reforma en 2060 es un aumento del PIB real del 1,8% respecto del PIB sin reforma en 2060, y en 2023 dicho aumento ya asciende al 0,7%.

⁶⁶ SWD (2013) 359 final, Evaluación del Programa Nacional de Reformas y del Programa de Estabilidad de España para 2013, págs. 8 y 20. ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2013_spain_es.pdf

⁶⁷ SWD (2013) 359 final, op. cit. pág. 44.

⁶⁸ Recomendación del Consejo de 9 julio de 2013, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para (2012-2016), recomendación n.1 *in fine*. ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2013/spain/csr2013_council_spain_es.pdf

⁶⁹ Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2014, pág. 14.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/nrp2014_spain_es.pdf

⁷⁰ Actualización del Programa de Estabilidad. Reino de España, (2014-2017), pág. 80.

ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/sp2014_spain_es.pdf

La Comisión Europea validó el pleno seguimiento de la recomendación n. 1 de 2013 en materia de pensiones⁷¹, previendo una contención del gasto público en pensiones a largo plazo (“disminuirá del 10 % del PIB en 2010 al 9,6 % en 2060, frente a la previsión de un 13,7 % del PIB en 2060 que existía antes de la reforma”). Sin embargo, “la fórmula del factor de sostenibilidad no hace depender la edad legal de jubilación de la esperanza de vida, dificultando la adecuación de las pensiones en el caso de las pensiones más bajas. Unos altos niveles de inactividad, unos prolongados periodos de desempleo y diferencias de género en materia de empleo y periodos de cotización pueden tener efectos negativos sobre las prestaciones futuras”.

Como recomendación final, el Consejo no estableció nada en particular sobre pensiones⁷², no obstante, la recomendación primera es susceptible de incidir en ellas, al advertir que se deberá “reforzar la estrategia presupuestaria a partir de 2014, en particular especificando plenamente las medidas subyacentes para 2015 y los años posteriores, con objeto de lograr corregir el déficit excesivo de manera sostenible en 2016, a más tardar, merced al esfuerzo de ajuste estructural especificado en la Recomendación formulada por el Consejo en el marco del procedimiento de déficit excesivo”.

Finalmente, para el presente año, en el PNR de 2015⁷³, el Gobierno ha informado acerca del funcionamiento de las medidas puestas en marcha el anterior curso, señalando que “estas medidas han permitido controlar el déficit del sistema (de un déficit de 1,11% en 2013 se ha pasado al 1,06% en 2014, en línea con el objetivo marcado)”, al tiempo que se congratulaba de no menoscabar la protección, al señalar que la pensión media superó los 1.000 euros mensuales, “lo que supone un incremento de más del 9% respecto a 2011”, un presupuesto del 10,8% del PIB (115.000 M€), “el mayor porcentaje de riqueza nacional nunca dedicado a este concepto”, y el aumento del poder adquisitivo (700 M€), a “pesar de la aplicación del mínimo de revalorización del 0,25%, dada la inflación negativa (-0,4%, dato de noviembre)”. El PE recogía la evolución de la edad real de jubilación: “alcanzó los 64,1 años en 2014, acercándose a la edad legal de jubilación, y ya se observa una caída del porcentaje de jubilaciones anticipadas, que se sitúa en 2014 en 0,9 puntos porcentuales por debajo del nivel de 2012 [del 42,2% al 41,3%]⁷⁴”.

La evaluación de la Comisión reconoce que “en el primer semestre 2015, la Comisión y el Grupo de Trabajo sobre envejecimiento de la población y sostenibilidad, del Comité de Política Económica, publicarán una versión actualizada de las previsiones de gasto en

⁷¹ SWD (2014) 410 final, Evaluación del Programa Nacional de Reformas de 2014 del Programa de Estabilidad de 2014 de España. págs. 15 y 45. ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/swd2014_spain_es.pdf

⁷² Recomendación del Consejo de 8 de julio de 2014, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2014, recomendación n. 1 ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/csr2014_council_spain_es.pdf

⁷³ Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2015, pág. 70 ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/nrp2015_spain_es.pdf

⁷⁴ Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España, (2015-2018), pág. 49 ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/sp2015_spain_es.pdf

*materia de pensiones y asistencia sanitaria a largo plazo, basada en las hipótesis demográficas y económicas más recientes*⁷⁵”.

Entre las recomendaciones finales del Consejo⁷⁶, no figura alguna específica sobre pensiones como en otras ocasiones, pero nuevamente se insta a “*acelerar la reducción del déficit y de la deuda*” y “*racionalizar los regímenes de renta mínima y ayuda familiar y fomentar la movilidad regional*”.

6. LA IMPLANTACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN ESPAÑA

Por tanto, se pueden sintetizar en cuatro apartados las recomendaciones europeas para el reequilibrio del tiempo de vida laboral y el tiempo de jubilación⁷⁷: vincular la edad de jubilación a los aumentos de esperanza de vida; restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada; favorecer la prolongación de la vida laboral; y acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones. Sobre estos cuatro ejes gravitan las reformas de Seguridad Social de 2011 y 2013, cuyas medidas en esencia pretenden equiparar la edad efectiva con la edad legal⁷⁸.

6.1. La prolongación de la vida laboral

En vigor desde 2013, la reforma del sistema público de pensiones operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto de 2011 contiene como medida principal el aumento de edad ordinaria de jubilación en dos años, hasta los 67. El transito gradual que estamos experimentando se mantendrá hasta 2027, a un ritmo previsto de 1 mes hasta 2018 y 2 a partir de 2019. El incremento de edad supone una de las medidas de mayor trascendencia tanto política como jurídicamente. Desde el punto de vista político, por su impacto⁷⁹, y coste social⁸⁰; y, desde el punto de vista jurídico, porque esta medida, lejos de ser inocua, se ha visto acompañada por un reguero de modificaciones colaterales (en ocasiones implícitas), a saber:

En materia de jubilación, la modalidad de jubilación parcial a la edad ordinaria o diferida, del art. 166.1 LGSS, así como el convenio especial para determinados expedientes

⁷⁵ Informe sobre España 215, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, pág. 44

ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/cr2015_spain_es.pdf

⁷⁶ Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2015 de España, recomendaciones n. 1 y 3 ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_council_spain_es.pdf

⁷⁷ COM (2012) 55 final, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, pág. 9-10.

⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en VV.AA.: *La reforma de la pensión de jubilación*, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANORTE, M.C. (coord)., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 54

⁷⁹ La edad de jubilación en España se ha mantenido constante en 65 años desde la instauración del Seguro Obligatorio del Retiro Obrero en 1919. Cierto es que reformas de similar calado se están aplicando en países de nuestro entorno, pero una visita al derecho comparado pronto despeja cualquier duda acerca de la desigual posición de partida; así, por ejemplo, en el sistema italiano la edad variaba en función de trabajar en el sector público o privado, y a su vez, de ser hombre o mujer.

⁸⁰ NAVARRO, V.: Las pensiones son viables, en www.vnavarro.org/?p=3839, [29 enero 2010]. Señala que los promedios no son sensibles a las diferencias por clases sociales, y la esperanza de vida como promedio de la edad de fallecimiento, no tienen en cuenta estas posibles variaciones.

de regulación de empleo regulado por la DAD 31ª.1 LGSS y el art. 51.9 del ET, se ven afectados por el paso de los 65 años a la edad que legalmente marque en su momento el art. 161.1.a LGSS.

Igualmente, el aumento supone modificaciones en otras figuras, como en materia de incapacidad permanente (art. 138.1 LGSS), o sobre el cálculo de la base reguladora en pensiones de incapacidad permanente con origen en contingencias comunes (art. 140.1 b LGSS), que contienen referencias a la edad mínima del art. 161 LGSS.

En el área de desempleo, el acceso a la prestación de desempleo, el art. 207.d) LGSS contiene la expresión edad ordinaria de jubilación contributiva, luego será la edad que corresponda; por su parte, el subsidio de desempleo de trabajadores de más de 52 años aumentó hasta los 55 años en aplicación del art. 17 apartado séptimo RD-Ley 20/2012, mientras que la referencia inicial a la edad ordinaria de la que hablaba el art. 215.3 LGSS transmutó en “la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación” (incluidas las anticipadas).

Las medidas de estímulo al envejecimiento activo, también han repercutido en el lado empresarial, sobre las bonificaciones Seguridad Social en las cotizaciones por contingencias comunes de mayores de 65 años, previstas por el art. 112 bis LGSS y DA 32ª, que aun conservando la misma rúbrica, ahora remite a los 67 años (salvedad de aquellos con 65 y 38 años y 6 meses de cotización); mientras que para los trabajadores, el incentivo a la permanencia en activo, viene del reconocimiento de un porcentaje extra (adicional a los comunes del art. 163.1 LGSS, utilizados previamente para la determinación de la cuantía) por cada año completo cotizado entre la fecha en que se cumplió la edad pensionable y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización: hasta 25 años cotizados, el 2%; entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 %; a partir de 37 años cotizados, el 4%, y estará sujeto al límite del tope máximo de pensiones del art. 47 de la LGSS.

6.2. La restricción del acceso a los planes de jubilación anticipada

Las nuevas restricciones operadas por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, han ahondado en las restricciones de la edad de acceso a la jubilación anticipada previstas por la reforma de 2011. En la jubilación derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, la edad aumenta entre 2013 y 2027, de los 61 a los 63 años (edad inferior en cuatro años a la edad ordinaria, *ex* art. 161 bis.1.B LGSS) y se exigen 33 años de cotizaciones (como antes de la reforma). Para la jubilación voluntaria, se prevé un aumento progresivo de la edad en el mismo periodo, de los 63 a los 65 años (inferior en dos años la edad ordinaria, *ex* art. 161 bis.2.B LGSS), y ahora sí, se exige un periodo contributivo mayor, de 35 años (frente a los 33 años anteriores).

También en la modalidad de jubilación parcial anticipada ha tenido incidencia, aumentando la edad mínima de los 61 a los 63 años para carreras largas (36,5 años o más) y

de los 61 a los 65 para carreras medias (entre 33 y 36,5 años)⁸¹. Sin duda, la reforma busca poner fin a la facilidad de los reajustes de plantillas mediante financiación de la seguridad social⁸², e intentar trasladar el concepto de empleabilidad (otrora propio de jóvenes y parados) a los trabajadores de más edad a fin de potenciar su presencia activa el mayor tiempo posible⁸³.

No obstante, conviene reseñar la disonancia entre las previsiones normativas y la práctica cotidiana, pues pareciera que las cifras contradicen la eficacia de esta medida estrella, ya que según el último Informe Económico Financiero de la Seguridad Social⁸⁴, las altas por jubilación anticipada están experimentando, según la variación interanual respecto enero-junio 2015, un aumento del 7,38%; dato que hilvanado con los ejercicios anteriores parece responder a una tendencia soterrada, pues en 2014 el aumento fue del 3,1%, mientras que en 2013, fecha de entrada en vigor de las reformas, se produjo una reducción del -6,5%. En total, las jubilaciones anticipadas suponen ya el 43,9% (frente al 38% de 2013).

Más en perspectiva, las altas en jubilación a edad legal descendieron un -6,7% en 2014 y -7,6% en lo que va de 2015, y el seguimiento de jubilación activa (que permite compatibilizar el trabajo con el cobro del 50% de la pensión siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley), a 1 de julio fue de 22.354 jubilados acogidos a esta fórmula, de los que más del 84% eran autónomos⁸⁵ (cuando su peso en la población ocupada ronda el 20%, o dicho de otro modo, ni tan siquiera una cuarta parte de los asalariados contentplados en el supuesto de hecho ha optado por ella).

Este aumento del número de pensionistas anticipados, tal vez sea en buena medida por la actual coyuntura económica, o por un efecto rebote de incitación a la misma en los primeros estadios de las reformas, pero lo cierto es que ya fueron vaticinadas en su momento⁸⁶. Incluso se habla de una fractura de la pensión de jubilación para *ricos y pobres* según se trate o no de trabajadores cuyas empresas provean mecanismos complementarios, o trabajadores con salarios altos⁸⁷.

⁸¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 167. La deroga del régimen transitorio previsto por la Ley 40/2007, levantó dudas acerca de los derechos adquiridos por Convenios o acuerdos colectivos y su ultraactividad.

⁸² TORTUERO PLAZA, J.L.: La reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización, Adecuación, y Modernización del Sistema de Seguridad Social), Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 112

⁸³ LÓPEZ CUMBRE, L.: "Jubilación flexible en la Unión Europea", núm. Extra 1, 2002, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pág. 95.

⁸⁴ Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social 2016, Serie Verde: Desarrollo de Ingresos y Gastos, vol. V, Informe económico-financiero, pág. 161.

www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/PresupuestosyEstudi47977/Presupuestos/index.htm

⁸⁵ Sobre la materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 55-86.

⁸⁶ GETE CASTRILLO, P.: "La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)" *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2011, 11, pág. 1131. Así como advertencia a las dificultades, en ocasiones extremas, que en la práctica administrativa supone el mantenimiento simultáneo de distinta normativa transitoria.

⁸⁷ LÓPEZ CUMBRE, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción", *Documentación Laboral*, núm. 99, 2013, pág. 102.

6.3. La vinculación de la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida

La Ley 27/2001 introdujo en la LGSS, la DA 59ª, por la que se instituye el llamado “factor de sostenibilidad”, una revisión de la cuantía de las pensiones de periodicidad quinquenal prevista a partir de 2027, en relación a la esperanza de vida a los 67 años con base en el año 2012. El nuevo legislador de 2013, mediante el Real Decreto-Ley 5/2013, ordenó la constitución de un comité de expertos independientes, encargado de elaborar un Informe sobre el Factor de Sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social, cuyas recomendaciones se reflejaron en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones. Su entrada en vigor se ha adelantado impacientemente al año 2019⁸⁸, y sus efectos recaerán exclusivamente sobre las nuevas pensiones, afectando sólo a los ingresos calculados de los nuevos pensionistas, no a la edad de retiro.

La Ley 23/2013 también reemplaza la actualización de las pensiones por el IPC por un nuevo índice de revalorización de pensiones, que constituye una reforma estructural de gran calado gracias a la cual se aspira a que quede garantizada la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, entendida como la capacidad de auto-financiarse. Este índice no solo permite neutralizar los riesgos sobre la sostenibilidad que pudiese crear cualquier shock demográfico o macroeconómico, sino que sobre todo enfatiza la necesaria correspondencia que deben guardar los ingresos y los gastos del sistema. En puridad, sólo el primer índice responde al desarrollo del mandato contenido en la Ley 27/2011⁸⁹. La postura aquí defendida cuestiona esa “necesaria correspondencia” pues el déficit de ingresos bien podría compensarse con fórmulas alternativas de financiación de las prestaciones del sistema; de lo contrario se trataría de una jaula de contributividad⁹⁰.

6.4. La superación de las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones

La incidencia directa de esta medida en el ordenamiento español es menos intensa que en otros, pues el requisito de la edad legal pensionable en España se ha mantenido constante a lo largo del tiempo en género y número. No ocurre así en otros ordenamientos; una visita al ordenamiento comparado deja entrever la disparidad de edades entre hombres y mujeres. La Comisión Europea es consciente de que igualar las edades de jubilación para hombres y mujeres puede constituir un aporte significativo para aumentar la participación de trabajadores de más edad en el mercado laboral, a la par que contribuye a incrementar los ingresos para las mujeres⁹¹. No obstante, conviene tener presente la presencia de un factor inadvertido para este colectivo, como es la discriminación indirecta. Aún resuenan las

⁸⁸ RUESGA BENITO, S.M.: “En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág.56.

⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, 2013, núm. 62, pág. 234, consideran que el comité de expertos se ha extralimitado en el encargo legal que se le hizo.

⁹⁰ APARICIO TOVAR, J.: Jugar con las cartas marcadas: el informe de los expertos sobre pensiones, en www.japarciotovar.blogspot.com.es

⁹¹ COM (2012) 55 final, Libro Blanco, op. cit. pág. 13. En 2009, trece Estados miembros preveían diferentes edades.

Sentencias TJUE 22 noviembre 2012 (Asunto C-385-11) y TC 61/2013, que obligaron a España a revisar la normativa del cómputo del tiempo trabajado en orden al requisito de carencia respecto a trabajadoras a tiempo parcial.

7. CONCLUSIONES

Se encuentra ya entreabierto la nueva acepción de la pensión de jubilación, no como derecho individual del trabajador, ni como mecanismo empresarial de regulación de plantillas, sino como un constructo de la política macroeconómica.

En orden a la aplicación de las Recomendaciones europeas, los gobiernos han intentado mantener un equilibrio de intereses. No obstante, la Unión se ha mostrado implacable respecto a los suyos, debiendo atenerse los Estados miembros; a modo de ejemplo: la alerta sobre hipotéticas modificaciones durante el trámite parlamentario de la Ley 27/2011 (Recomendación final del Consejo de 2011 a España); la posterior advertencia sobre la insuficiencia de esa misma Ley (Recomendaciones de 2013); o la urgencia en adelantar la entrada en vigor del factor de sostenibilidad (Recomendaciones de 2013).

España ha aceptado y asumido tales Recomendaciones. En este sentido, se podría afirmar, con cierta contundencia, que el Gobierno “ha hecho lo que tenía hacer”, es decir, cumplir con los compromisos respecto a los socios comunitarios; pero, este racionamiento adolece de inexactitud en sí mismo, porque tratándose de Recomendaciones y no obligaciones, no había nada que fuera perentorio o preceptivo. Es más, ni siquiera el determinismo de la ciencia económica parece estar acertando, a raíz de las primeras cifras respecto a las restricciones de jubilación anticipada.

En cualquier caso, y dejando al margen la idoneidad del *soft law*, se puede concluir afirmando que las recomendaciones europeas en materia de jubilación, durante ambas legislaturas, han encontrado fácil acomodo en nuestra normativa interna. La atención se dirige ahora, en tanto nos aproximamos al final de la Estrategia Europa 2020, a señalar cuáles serán las nuevas recomendaciones, hacia dónde irán orientadas las prioridades, y más aún, cuál será al respecto el desempeño del próximo Gobierno español.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: “El soft law comunitario”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, págs. 63-94.
- APARICIO TOVAR, J.: Jugar con las cartas marcadas: el informe de los expertos sobre pensiones, en www.japarcicotovar.blogspot.com.es
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en VV.AA.: *La reforma de la pensión de jubilación*, GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coord):, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CHICHARRO LÁZARO, A.: “Política social y principio de subsidiariedad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2001, T.2, pág. 1055-1068.

- CRUZ VILLALÓN, J.: *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, J.C., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *et. alt.*, “El ordenamiento laboral comunitario”, en VV.AA.: *La Constitución europea y las relaciones laborales*, QUESADA SEGURA, R. (coord.), Mergablum, Sevilla, 2004.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 32, 2001, págs. 19-22.
- ETXEZARRETA ZUBIZARRETA, M.: “La evolución (perversa) de la política social de la Unión Europea”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 31, 2008, pág. 123-138.
- GALIANA MORENO, J.M.: “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revistas Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998.
- GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)” *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2011, 11, pág. 1105-1151.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 55-86.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Jubilación flexible en la Unión Europea”, núm. Extra 1, 2002, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pág. 77-114.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Jubilaciones anticipadas en extinción”, *Documentación Laboral*, núm. 99, 2013, pág. 81-104.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *La Ley Unión Europea*, núm. 79, 2013, pág. 24-51.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, 2013, núm. 62, pág. 209-238.
- MORALES RAMÍREZ, M.A.: “La política de la Unión Europea sobre las pensiones de vejez”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 12, 2011, pág. 63-88.
- NAVARRO, V.: Las pensiones son viables, en www.vnavarro.org/?p=3839, [29 enero 2010].
- ORDÓÑEZ SOLIS, D.: “Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, *Actualidad Laboral*, núm.1, 2001, pág. 151-171.
- PEDROSA SANZ, R.: “El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, págs. 613-638.
- PÉREZ MENAYO, V.: “La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 784, 2000, pág.146-170.
- PÉREZ MENAYO, V.: El método abierto de coordinación en la Unión europea: su aplicación a las pensiones, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, 2003, pág. 51-64.

- ROBLES CARRILLO, M.: “El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 239, 2005, pág. 3-21.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Constitución europea, política social y método abierto de coordinación”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, pág.61-70.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pág.55-77.
- RUESGA BENITO, S.M.: “En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, pág.51-71.
- SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*. Lex Nova, Valladolid, 2014.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización, Adecuación, y Modernización del Sistema de Seguridad Social)*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, 2005, T.I, pág. 37-54.
- VIGNON, J.: “La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva estrategia de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pág. 21-28.

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

La responsabilidad civil empresarial por accidente laboral en el Trabajo Temporal. (A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015. Rec. 1281/2014)

The employer's civil liability in case of accidents at work in Temporary Employment. [Regarding the Sentence of 4 May 2015 (Rec. 1281/2014), delivered by the Employment Division of the Supreme Court].

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Partiendo de los criterios jurisprudenciales sentados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2015 (Rec. 1281/2014) –en la que se reitera la doctrina iniciada fundamentalmente en su Sentencia de 30 de junio de 2010 (Rec. 4123/2008) y reflejada actualmente en el art. 96.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social–, el presente comentario pretende poner de relieve, de una parte, las distintas tesis que han ido marcando la evolución jurisprudencial en aras a determinar la existencia de responsabilidad civil empresarial derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y, de otra parte, los principales problemas que plantea la aplicación de esta responsabilidad en el marco de las relaciones laborales concertadas a través de una empresa de trabajo temporal.

Abstract

On the basis of the judicial criteria laid down by the Employment Division of the Supreme Court in its Sentence of 4 May 2015 (Rec. 1281/2014) –in which is reiterated the doctrine initiated primarily in its Sentence of 30 June 2010 (Rec. 4123/2008) and actually reflected in art. 96.2 Law 36/2011, of October 10, about the Social Jurisdiction–, this scientific paper tries to show, in first place, the different theses that have been defended by the courts to declare the employer's civil liability in case of accidents at work and occupational diseases, and in second place, the main problems raised by the application of this civil liability to the temporary work agencies and user undertakings.

Palabras clave

responsabilidad civil empresarial, accidentes de trabajo, empresa de trabajo temporal.

Keywords

employer's civil liability, accidents at work, temporary work agencies.

1. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015, estima el recurso de casación interpuesto por la trabajadora de una empresa de trabajo temporal (en adelante, ETT) frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de diciembre de 2013. Esta última recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la referida trabajadora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, de 8 de octubre de 2012, en procedimiento sobre responsabilidad

civil derivada de accidente de trabajo seguido a instancia de la misma recurrente contra la ETT, la empresa usuaria y sus respectivas aseguradoras.

Como se hace constar en los hechos declarados probados, la trabajadora había suscrito tres contratos de trabajo temporales con la ETT codemandada para prestar servicios como manipuladora en la empresa usuaria codemandada –dedicada a la actividad de fabricación y diseño de todo tipo de material de cartón– cuando, en fecha de 15 de junio de 2007, sufrió un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo, a consecuencia del cual fue declarada por el INSS (en junio de 2009) en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peón manipuladora.

En el momento de producirse el accidente, la trabajadora llevaba una semana desarrollando sus funciones en una máquina contracoladora que constaba de unos rodillos para prensar el cartón, y en la que se encontraban trabajando cuatro personas: un oficial echando el pliego, dos manipuladoras pegando (entre ellas la accidentada) colocadas una frente a la otra, y la cuarta detrás recogiendo el producto. Además, la máquina disponía por delante de los rodillos, a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm, de una placa metálica de protección provista de dos botones laterales para pararla en caso de emergencia, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego.

Según el Informe de investigación del accidente elaborado por la sociedad de prevención de riesgos laborales de la Mutua aseguradora, el siniestro se produjo porque la trabajadora introdujo la mano por debajo de la protección sin que se conozca la causa –se supone que para meter bien la pieza de cartón– y los rodillos le alcanzaron la mano atrapándosela. Y aunque uno de los trabajadores paró la máquina pulsando los botones de emergencia, la trabajadora no pudo sacar su mano de entre los rodillos debido a que la abertura era muy pequeña. Lo que motivó que los trabajadores procedieran, en primer lugar, a subir los rodillos al máximo y, en segundo lugar y ante la insuficiencia de aquella actuación, a hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo.

También se hace constar que los puestos de trabajo de manipulado y contracolado estaban evaluados por la sociedad de prevención de riesgos laborales (evaluación que formaba parte como Anexo al contrato de puesta a disposición); que la trabajadora había recibido de su empleadora –la ETT– la formación e información de prevención de riesgos laborales exigida para desempeñar las tareas de manipulado correspondientes a su puesto de trabajo; que la formación para el uso de la máquina contracoladora le fue impartida, al igual que al resto de sus compañeros con categoría de manipuladores, por una de las trabajadoras de la empresa usuaria con la categoría profesional de Oficial; y que la Inspección de Trabajo emitió Informe –a instancia de la trabajadora– en el que manifestó que, realizada visita al centro de trabajo dos años después del accidente, se comprueba que la máquina que causó el accidente ya no estaba en el centro de trabajo, y que dicha máquina disponía de la pertinente declaración de adecuación conforme al RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

Interpuesta demanda por la trabajadora, el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, de 8 de octubre de 2012, dictó sentencia por la que absolvía a las citadas empresas y a sus aseguradoras de la reclamación formulada frente a las mismas en concepto de indemnización

por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido, apoyándose para ello en el informe pericial que atribuyó el accidente, ocurrido en la última hora de la jornada del viernes, a una distracción de la trabajadora provocada por su cansancio físico y mental.

2. EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS INVOCADAS EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: TESIS CULPABILISTA *VERSUS* TESIS DE LA RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA

Antes de entrar a conocer del recurso de casación unificador planteado por la trabajadora, la STS de 4 de mayo de 2015 constató que, entre las sentencias objeto de comparación, concurría el presupuesto de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), para viabilizar dicho recurso. Y es que, partiendo de hechos análogos, las sentencias adoptaron soluciones diferentes al aplicar distintas tesis sobre el alcance de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y sobre la carga de la prueba.

En concreto, la STSJ de Madrid, de 30 de diciembre de 2013 (Rec. 582/2013), confirmó la sentencia de instancia afirmando que la responsabilidad civil del empresario, con fundamento en la cual pretendía hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, era una *responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional*. Por lo que incumbía a la trabajadora demandante la carga de probar que, en la relación laboral mantenida con la usuaria a través de su empleadora, éstas habían incurrido en algún incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, así como la existencia de un nexo causal entre dicho incumplimiento y el siniestro acaecido. Circunstancias que no quedaron demostradas a juicio del Tribunal, llegando a la conclusión de que, si la máquina era adecuada y coherente con el trabajo (estando evaluada a estos efectos por la sociedad de prevención de riesgos laborales) y la trabajadora había recibido la correspondiente formación e información preventiva para las tareas de manipulado que realizaba (tareas que, además, ya había realizado antes del accidente), no existía base para la exigencia de la responsabilidad civil por daños que se pretendía.

Mientras que, en la sentencia invocada como contradictoria por la trabajadora recurrente (STSJ de Aragón, de 4 de octubre de 2013, Rec. 416/2013), si bien se analizaba un supuesto similar al enjuiciado en la sentencia recurrida (trabajador cuyo brazo quedó atrapado en la máquina que manejaba, a pesar de que había recibido la correspondiente formación y de que la máquina estaba homologada y no presentaba anomalías) se llegó a distinta solución aplicando la *tesis de la responsabilidad cuasi-objetiva* acogida en la STS (Sala de lo Social) de 30 de junio de 2010 (Rec. 4123/2008). De modo que, trasladando a las empresas demandadas la carga de probar la inexistencia de culpa o negligencia en la producción del resultado lesivo, dicho Tribunal las declaró responsables del mismo al considerar que no habían conseguido acreditar, ni haber agotado toda la diligencia exigible, más allá incluso de las exigencias reglamentarias respecto de la deuda de seguridad, ni la concurrencia de una posible causa que les permitiera quedar exoneradas de dicha responsabilidad, pues, en suma, *«no evaluaron correctamente los riesgos, no evitaron lo evitable y no protegieron frente al riesgo detectable y no evitable»*

3. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO DERIVADA DE ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDADES PROFESIONAL

Como es sabido, la tradicional polémica doctrinal y jurisprudencial en torno al orden jurisdiccional competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹, quedó normativamente zanjada con la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo art. 2 b) se optó por atribuir dicha competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social, indicando que éstos conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «*en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*».

Pero, hasta ese momento, la prolongada pugna que mantuvieron las Salas Primera y Cuarta del TS en defensa de la inclusión de estos conflictos dentro de sus respectivas esferas competenciales, propició que los jueces y tribunales tanto de uno como de otro orden jurisdiccional entraran a conocer de las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios causados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. De suerte tal que, esta concurrencia conflictiva de índole procesal, tuvo a su vez una transcendencia sustantiva como consecuencia de los criterios divergentes empleados por una y otra jurisdicción, en aspectos tan relevantes como la valoración de la culpa del empleador y la evaluación económica del daño.

Partiendo de que se trataba de una responsabilidad de carácter extracontractual *ex art. 1902 del Código Civil*, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS descartó que esa responsabilidad pudiera ser considerada como objetiva, y se postuló a favor de la aplicación de una *responsabilidad cuasi-objetiva* en orden al nacimiento del deber empresarial de indemnizar los daños derivados de accidente de trabajo. Por lo que, aun cuando reconocía que esa obligación de resarcir debía estar ineludiblemente fundamentada en la culpabilidad de la empresa, dicha doctrina procedió a atemperar este condicionante (en claro beneficio para el trabajador accidentado), desplazando hacia aquélla la carga de probar la inexistencia de culpa y acentuando el rigor de la diligencia requerida, más allá incluso de la prescrita por la normativa en materia de seguridad laboral.

Sintetizando la posición referida, la STS de 22 de abril de 1987 declaró que, «*si bien el art. 1902 CC descansa en un principio básico culpabilista*», no se podía desconocer que «*la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la*

¹ Sobre esta cuestión, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo. El principio del fin de un desencuentro», *Diario La Ley*, núm. 6895, 2008; y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2008.

carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir» (entre otras, SSTS de 21 de junio y 1 de octubre de 1985, de 24 y 31 de enero de 1986). Criterio que fue mantenido en posteriores sentencias de esta Sala incidiendo en que, para apreciar la inexistencia de culpa, no era suficiente con que la empresa acreditara haber actuado conforme a la diligencia reglamentaria requerida cuando ésta no hubiera ofrecido un resultado positivo, pues el hecho de que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles hubieran resultado ineficaces, revelaba la insuficiencia de las mismas y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia (así en SSTS de 13 de julio de 1999 –Rec. 3619/1994–, de 15 de julio de 2002 –Rec. 240/1997–, de 22 de abril de 2003 –Rec. 2752/1997–, y de 4 de octubre de 2006).

De manera que la doctrina judicial civilista optó por un sistema de responsabilidad que, sin abandonar el elemento culpabilista, aceptaba soluciones cuasiobjetivas y próximas a la responsabilidad por riesgo, «*demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero*», tal y como resaltaba la STS de 3 de diciembre de 1998 (Rec. 2529/1994).

En cambio, la doctrina unificada de la Sala de lo Social del TS sostuvo tradicionalmente que, la responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, era una *responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional* (SSTS de 2 de febrero de 1998 –Rec. 124/1997–, de 18 de octubre de 1999 –Rec. 15/1999–, de 22 de enero de 2002 –Rec. 471/2002– y de 7 de febrero de 2003 –Rec. 1648/2002–). Situándose en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 del Código Civil, tal doctrina entendía que la concurrencia de culpa o negligencia debía ser exigida sin ninguna atenuación, esto es, sin recurrir a la idea del mero riesgo de la actividad productiva y sin proceder, en consecuencia, a la inversión de la carga de la prueba. Y advertía a este respecto que, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la responsabilidad objetiva ya quedaba cubierta con las prestaciones derivadas de las normas reguladoras del sistema de la Seguridad Social –y los recargos a las mismas– en relación a las normas dictadas para la prevención de riesgos laborales, «*por lo que venir a duplicar esta protección por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social, ni equitativa entre los distintos damnificados como la legislada, más que ser una mejora social se transformaría en un elemento de inestabilidad y desigualdad*» (STS de 30.9.1997 –Rec. 22/1997–)².

Sin embargo, este riguroso posicionamiento inicial de la jurisprudencia social fue evolucionando hacia las teorías civilistas, insistiéndose en la simple exigencia de culpa sin adjetivaciones y en la exclusión de una responsabilidad plenamente objetiva o por el

² En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. ha defendido que, «*en la medida en que el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad objetiva del empresario se mantenga en la Seguridad Social, la indemnización civil adicional debe seguir completando esa protección en los supuestos de culpa del empresario hasta la reparación íntegra del daño*», en «El daño y su valoración en los accidentes de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009 pág. 102.

resultado (SSTS de 18 de julio de 2008 –Rec. 2277/2007–, de 14 de julio de 2009 –Rec. 3576/2008–, y de 23 de julio de 2009 –Rec. 4501/2007–)³. Hasta el punto de que, mediante Sentencia de 30 de junio de 2010 (Rec. 4123/2008), la Sala de lo Social del TS clarificó dicha evolución doctrinal estableciendo nuevos criterios jurisprudenciales que posteriormente fueron reflejados en el actual art. 96.2 LRJS⁴, y que en síntesis sostienen:

- Que la existencia de un deber de seguridad por parte de la empresa –genéricamente consagrado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (arts. 4.2 d y 19.1) y específicamente en la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (arts. 14.2, 15.4 y 17.1)–, conduce a admitir que la responsabilidad civil empresarial en caso de accidente de trabajo es de naturaleza contractual y que, en consecuencia, precisa de la concurrencia de culpa o negligencia empresarial *ex art. 1101 Código Civil*.

- Que, aun cuando se trata de una responsabilidad contractual por culpa o negligencia empresarial, no puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, *«fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario “crea” el riesgo, mientras que el trabajador –al participar en el proceso productivo– es quien lo “sufre”; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de “garantizar la seguridad y salud laboral” de los trabajadores (art. 14.1 LPRL)»*.

- Que, por aplicación analógica de los arts. 1183 Código Civil y 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba debe desplazarse hacia el deudor de seguridad, quien deberá de acreditar, para enervar su posible responsabilidad, haber agotado toda la diligencia exigible incluso más allá de lo que establecen las concretas exigencias reglamentarias.

- Que los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 y 15.4 LPRL, que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, estando el empresario obligado a evaluar todos los riesgos no eliminados, y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente, y a proteger al trabajador incluso contra sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (arts. 14.2, 15 y 16 LPRL). Además, la propia existencia de un daño puede implicar el fracaso de la acción

³ Sobre las distintas vías que ha venido empleando la jurisdicción de lo social para rebajar la exigencia de culpa como criterio de imputación de responsabilidad, vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier, 2007, Barcelona, pág. 217 y ss.

⁴ Textualmente dispone este precepto que *«En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira»*

preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable), como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL).

- Que, aunque el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se ha producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador, o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (arts. 1.105 Código Civil y 15.4 LPRL], es a él a quien corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi-objetivos en que la misma está concebida legalmente.

- Y que la doctrina señalada no significa que en el ámbito laboral rija un sistema de responsabilidad empresarial plenamente objetiva o por resultado, pues además de ser incompatible con la regulación legal vigente, generaría efectos desmotivadores en el cumplimiento de la normativa de prevención en la medida en que *«si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención»*.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LAS RELACIONES LABORALES CONCERTADAS A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En relación a los trabajadores con relaciones laborales temporales, incluidos los empleados a través de empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT's), el art. 28.1 LPRL declara que éstos deberán de disfrutar, en materia de seguridad y salud en el trabajo, del mismo nivel de protección que los restantes trabajadores de la empresa en la que presten sus servicios, y que resultará injustificada cualquier diferencia de trato que puedan recibir en sus condiciones de trabajo en lo relativo a cualquiera de los aspectos de esa protección.

Tratándose de trabajadores cedidos por una ETT a una empresa usuaria, en principio es esta última la obligada a responder de la protección de los mismos en materia de seguridad e higiene en el trabajo –así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social–, en caso de que el accidente de laboral se produzca en su centro de trabajo, durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y traiga su causa en la falta de medidas de prevención de riesgos laborales.

Así lo indica expresamente el art. 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, LETT), en consonancia con lo establecido en el art. 28.5 LPRL, en donde se vuelve a incidir en que la empresa usuaria *«será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores»*, así como del cumplimiento de las obligaciones informativas que sobre esta materia le son legalmente atribuidas. Entre las que cabe destacar la de informar al trabajador cedido, con carácter previo al inicio de su prestación de servicios, sobre los riesgos profesionales a los que vaya a estar expuesto

durante el desempeño de su actividad –tanto de los generales de la empresa como de los específicos del puesto de trabajo a cubrir–, y sobre las medidas de protección y prevención previstas frente a los mismos (art. 16.1 LETT, art. 28.2 LPRL y art. 4 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.).

La razón de esta imputación de responsabilidad (que no es más que una transposición a nuestro derecho interno de lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 junio 1991), se encuentra en el hecho de que es la empresa usuaria la receptora de los frutos y rendimientos de la prestación laboral y a la que, en definitiva, corresponde la «dirección y control» de su actividad (art. 15 LETT) y, por tanto, también la obligación de ofrecer a sus empleados los medios que resulten adecuados para la protección de su salud e integridad física (STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 1998, Rec. 3632/1998).

Ahora bien, como empleadora directa y formal, no cabe duda de que la ETT también debe asumir una serie de obligaciones de formación, información y vigilancia de la salud que, según la jurisprudencia, no pueden ser consideradas como meras obligaciones formales susceptibles de cumplimiento ritual y genérico, sino como una pieza esencial para garantizar el principio de igualdad de trato y la seguridad de los trabajadores en misión (STSJ del País Vasco, de 16 noviembre 2010, Rec. 1922/2010).

En concreto, el art. 12.3 LETT impone a la ETT la obligación de asegurarse de que el trabajador, antes de ser puesto a disposición de la empresa usuaria, posee en materia de prevención de riesgos laborales la formación teórica y práctica necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, considerando su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto. Y añade que, en caso de que el trabajador carezca de dicha formación, la ETT deberá facilitársela con carácter previo a la prestación efectiva de sus servicios *«con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición»*; concluyendo con que, a tal efecto, *«la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales»*

Previsión que se complementa con lo establecido por el art. 28.5 LPRL, en cuyo párrafo segundo establece que la ETT *«será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo»*, y que, a tal fin, *«la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas»*.

Por lo que resulta evidente, a luz de los preceptos citados, que también la ETT podrá ser declarada responsable civil por el accidente de trabajo que sufra un trabajador cedido, en

el caso de que dicho siniestro sea motivado por en el incumplimiento de los deberes que, en materia de prevención, le corresponden legalmente⁵.

En este sentido se pronunció la STS (Sala de lo Civil) de 3 de julio de 2008 (Rec. 3820/2001), en la que se declaró que, con independencia de la responsabilidad atribuida a la empresa usuaria, la ETT debía a su vez responder de forma individualizada del siniestro laboral sufrido por el trabajador cedido, al considerar que la base de la producción del accidente se encontraba en que la ETT había desatendido «*las diligencias y obligaciones que el propio art. 12 de la Ley 14/94 le imponía*», pues «*sin asegurarse de la cualificación profesional para el puesto de trabajo al que lo destinaba, sin ningún tipo de experiencia, ni de formación, ni aptitud laboral idónea, ni previa evaluación del riesgo laboral, se limitó en su propio beneficio económico a ceder a un trabajador procedente del sector de hostelería en una fábrica de producción y transformación de textiles naturales y sintéticos con manipulación de maquinaria cuyos riesgos y funcionamiento le era desconocido y que además presentaba muy acusadas deficiencias, sin comprobarlas ni advertirlas como era su deber...*». Y es que, el hecho de que el art. 28.5 LPRL considere a la empresa usuaria responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores puestos a su disposición, no elimina completamente la responsabilidad de la ETT como garante del cumplimiento de la obligación de formar al trabajador de manera suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional, así como los riesgos a los que vaya a estar expuesto.

Sin embargo, cuestión especialmente controvertida ha sido la de determinar si, pese a que nuestra normativa delimita y separa los deberes de seguridad correspondientes a la ETT y a la empresa usuaria, cabría exigirles una responsabilidad solidaria en caso de que el accidente de trabajo se hubiera desencadenado como consecuencia de una concurrencia de incumplimientos provenientes de ambas⁶.

A este respecto y como punto de partida se ha de tener en cuenta, de un lado, que conforme a las reglas generales sobre obligaciones del derecho civil, la responsabilidad solidaria sólo puede ser exigida en los supuestos en los que legal o contractualmente se prevea *ex art. 1.138 del Código Civil* (en donde, como regla general, se establece el principio de mancomunidad). Y, de otro lado, que en lo concerniente el ámbito de las relaciones laborales mantenidas entre trabajador, ETT y empresa usuaria, el art. 16.3 LETT dispone que ambas empresas responderán solidariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador, sólo en el supuesto de que el contrato de puesta a disposición se haya celebrado, o bien contraviniendo los requisitos y presupuestos exigidos para ello en el art. 6 LETT, o bien incurriendo en alguna de las prohibiciones recogidas en el art. 8 LETT;

⁵ Un estudio exhaustivo sobre el régimen de responsabilidades existente en nuestro Ordenamiento frente a los daños sufridos por los trabajadores cedidos por ETT's, en MORENO VIDA, M.N.: «Responsabilidades empresariales en caso de pluralidad de empresarios (II). Empresas de Trabajo Temporal»; en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (dir.) y GARCÍA VALVERDE, M.D. (coord.): *Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 1581-1627.

⁶ En relación a las diversas posiciones doctrinales mantenidas sobre este tema, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: «La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal a las empresas usuarias», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, 2004, págs. 302 y 303.

entre las que se incluye la de celebrar contratos de puesta a disposición para actividades calificadas reglamentariamente como especialmente peligrosas. Pero no se prevé expresamente (a diferencia de lo que sucede en los supuestos de contrata y subcontrata *ex art. 42.3 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁷) que este tipo de responsabilidad pueda ser extendida a las deudas de seguridad laboral que las citadas empresas hayan podido contraer⁸; y ni siquiera se explicita que la responsabilidad solidaria pueda ser exigida en los supuestos en que el contrato de puesta a disposición se haya formalizado incumpliendo (además de lo prescrito en los arts. 6 y 8 LETT) lo establecido en el art. 12.3 LETT, esto es: para cubrir un puesto de trabajo sin haber realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales conforme a los arts. 15.1.b) y 16 LPRL.

Aun así, esta falta de norma legal expresa que permita exigir a la ETT y a la usuaria una responsabilidad civil solidaria en materia de prevención de riesgos laborales, no ha sido óbice para que determinadas sentencias judiciales hayan reconocido la existencia de esta responsabilidad ante un incumplimiento concurrente de sus respectivos deberes preventivos, condenando conjunta o solidariamente a las citadas empresas a indemnizar al trabajador accidentado por los daños y perjuicios sufridos. Este es el caso de la sentencia del TS objeto de comentario, tal y como a continuación se verá, o de otras sentencias dictadas en suplicación, como la STSJ de Castilla y León, de 16 julio de 2002 (Rec. 582/2002), en la que se afirmaba que, del examen pormenorizado de los preceptos que regulan las obligaciones de la ETT en materia de seguridad y salud en el trabajo, se extraía la conclusión de que ésta tenía un responsabilidad compartida con la empresa usuaria en cuanto a la obligación legal de informar a sus trabajadores sobre los riesgos a que pueden ser expuestos, así como sobre la protección y prevención frente a los mismos (art. 28.5 LPRL); o la STSJ del País Vasco, de 16 de noviembre de 2010 (Rec. 1922/2010), en la que se estimó que la causa del accidente se encontraba en una concurrencia de incumplimientos por parte de la empresa usuaria –que no había adoptado las medidas correctoras que le habían sido propuestas a raíz de un accidente anterior– y de la ETT –que no había cumplido con su obligación de informar y formar al trabajador sobre el riesgo de atrapamiento–.

⁷ Indica este precepto que «*La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal*».

⁸ Téngase en cuenta que, a la hora de abordar la responsabilidad empresarial en materia de seguridad e higiene en las relaciones laborales en las que concurren una pluralidad de empresas, el art. 42 RD- Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, distingue entre la a responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas (apartado 3) y la distribución de responsabilidades entre la empresa usuaria y la ETT (apartado 3, párrafo 2º, en el que se indica que «*en las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene*»).

5. CONCLUSIONES DE LA STS DE 4 DE MAYO DE 2015 EN RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DEUDORES DE SEGURIDAD

Aplicando los criterios jurisprudenciales consolidados en su Sentencia de 30 de junio de 2010 –y positivados en el actual art. 96.2 LRJS–, la Sala de lo Social del TS decide casar y anular la sentencia de suplicación impugnada declarando que, en el supuesto enjuiciado, ni la ETT ni la empresa usuaria codemandadas habían conseguido acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá incluso de las exigencias reglamentarias, para impedir el accidente sufrido por la trabajadora.

Y ello por cuanto considera, en primer lugar, que la ETT no había demostrado que la formación teórica y práctica que impartió a la trabajadora fuera suficiente y adecuada para el caso y trabajo concreto que le fue encomendado (incumpliendo, en consecuencia, con su deber formativo *ex* arts. 28.2 y 5 LPRL); y, en segundo lugar, que tampoco la empresa usuaria había logrado acreditar haber adoptado las medidas de protección necesarias en relación al uso de la máquina. Conclusión esta última a la que llega tras argüir que, aunque la máquina formalmente pareciera idónea (disponía de una declaración de conformidad al RD 1215/97), el hecho de que la trabajadora pudiera introducir su brazo por la abertura destinada a meter los pliegos de cartón (y situada por debajo de la placa metal de protección), evidenciaba que en la misma existían fallos de seguridad. Entre los que la sentencia resalta el que los botones para la detención manual de la máquina no estuvieran en una ubicación adecuada para que la trabajadora pudiera utilizarlos en caso de emergencia, o el que el tamaño de la abertura, en relación con la distancia de seguridad mínima entre el resguardo fijo y la zona de peligro (rodillos), fuera menor que la recomendada en las sucesivas guías de buenas prácticas que en la propia sentencia se citan.

Además, descarta el Alto Tribunal que los argumentos sustentados por la sentencia recurrida (máquina homologada y formación específica recibida por la trabajadora) fueran suficientes para exonerar a las empresas de responsabilidad; indicando a este respecto que, si bien la trabajadora debía observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET) según sus posibilidades (art. 29.1 LPRL), los deudores de seguridad debían efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de la trabajadora de las normas de prevención, *«no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud, si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización»*.

E igualmente rechaza que en el supuesto valorado concurriera alguna de las causas de exención de responsabilidad del art. 15.4 LPRL (fuerza mayor o caso fortuito, negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador, o culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario), ya que –dejando a un lado el hecho de que la carga de probar la concurrencia de estos factores incumbía en todo caso a los deudores de seguridad–, de haber existido imprudencia de la trabajadora al utilizar unos instrumentos que de ordinario no manejaba, ésta no tenía la trascendencia suficiente como para ser calificada de temeraria, pudiendo estar basada en la confianza de la trabajadora en el exigible normal funcionamiento de tales instrumentos. Si bien matiza a reglón seguido que, a efectos de determinar la responsabilidad por daños, es posible tener en cuenta todas las circunstancias que hubieran podido incidir en

la producción y gravedad del mismo y en su reparación (en especial, las relativas a las conductas de los implicados y a la forma de producirse el accidente y sus resultados), fijando los adecuados criterios de moderación del importe indemnizatorio.

De manera que, sobre la base de estos argumentos, la sentencia comentada declara que, constatada la existencia de una concurrencia de incumplimientos por parte de la ETT y la usuaria, y teniendo en cuenta el derecho de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal a «*disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios*» (art. 28.1 LPR), no cabe aplicar otra solución que la de considerar a las empresas demandadas responsables solidarias de los daños y perjuicios sufridos por la trabajadora accidentada.

6. REFLEXIÓN FINAL

Para concluir, son dos las apreciaciones a realizar en relación a la interpretación adoptada por el TS, en este último pronunciamiento, sobre el alcance de la responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y su aplicación a la ETT y a la empresa usuaria.

La primera de ellas es que, la tendencia de la jurisprudencial social a objetivar la responsabilidad civil empresarial por accidentes de trabajo –ahora amparada en gran medida por lo dispuesto en el art. 96.2 LRJS– sin duda alguna ha encontrado en la doctrina del TS una considerable aceptación a lo largo de sus sucesivos pronunciamientos, mediante una progresiva relajación del elemento culpabilista como criterio de imputación. De manera que, en la actualidad, si bien dicha doctrina descarta reiteradamente la aplicación de un principio de responsabilidad objetiva en sentido estricto –por el efecto desmotivador que tal objetivación de la culpa provocaría entre las empresas en orden al cumplimiento diligente de sus deberes y funciones preventivas (STS de 30 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Tercero)–, se postula a favor de una responsabilidad cuasi-objetiva y próxima a la teoría del riesgo que limita sobremanera las posibilidades de la empresa de quedar eximida, como deudora de seguridad, de la responsabilidad de resarcir a los trabajadores a su servicio que sufran un siniestro laboral.

Y ello en tanto que, según el razonamiento mantenido por el Alto Tribunal, la propia existencia de un resultado lesivo permitirá presumir la culpabilidad de la empresa y su obligación de resarcir (pues puede evidenciar que no evaluó correctamente los riesgos, que no evitó lo evitable, o que no protegió frente al riesgo detectable y no evitable); y aun cuando podrá quedar liberada de responsabilidad probando que su comportamiento fue diligente, resulta evidente que, el alto nivel de diligencia exigida por los imperativos términos con los que el legislador define el deber de seguridad empresarial *ex* art. 14.2 LPRL [«...deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad»] y art. 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»] –preceptos que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado–, prácticamente anulará su capacidad de demostrar que su actuación preventiva fue irreprochable a los efectos de quedar exenta de responsabilidad, a menos que justifique que el accidente fue producido por fuerza mayor o caso fortuito, por imprudencia temeraria del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por la empresa.

Razonamiento que, en cierto modo, comporta la aceptación de los parámetros utilizados por la denominada teoría del riesgo para determinar la existencia de responsabilidad civil empresarial, pues parte del principio de presunción culposa de la empresa bajo la idea de que, quien obtiene los beneficios de una actividad que en sí misma comporta un riesgo, también debe responder de las consecuencias dañosas que la citada actividad desencadene, pudiendo eximirse total o parcialmente de la obligación de indemnizar en la medida en que acredite la participación del perjudicado en el resultado lesivo⁹.

El segundo aspecto a comentar, es la escasez argumental en la que el TS parece apoyar su decisión de condenar solidariamente a la ETT y a la empresa usuaria a indemnizar a trabajadora por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del siniestro laboral. Al margen de lo deseable que pueda resultar esta decisión, de cara a garantizar una reparación efectiva del daño a la accidentada y una mayor implicación de ambas empresas en la prevención de los riesgos laborales a los que puedan estar expuestos los trabajadores en misión, lo cierto es que, desde una perspectiva técnico-jurídica, tal solución podría merecer el reproche jurídico de carecer de respaldo normativo, al no existir previsión legal expresa que permita imponer este tipo de responsabilidad a las referidas empresas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, al estilo de lo establecido para los casos de contratas y subcontratas por el art. 42.3 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Como ya hemos avanzado, la responsabilidad solidaria entre la ETT y la usuaria sólo opera cuando la cesión del trabajador se ha producido incumpliendo los requisitos del art. 6 LETT, o contraviniendo las prohibiciones del art. 8 LETT, y su alcance material se limita a las obligaciones salariales y de Seguridad Social (art. 16.3 LETT). Por lo que cabría interpretar que, en relación a los deberes preventivos que cada una de las empresas tiene atribuidos (no de manera compartida sino diferenciada y separada), y dado que la solidaridad no se presume (sino que deriva de pacto o normal legal *ex art. 1137 Código Civil*) sólo procedería imponer, en caso de que dichos deberes fueran trasgredidos, responsabilidades independientes e individualizadas.

Sin embargo, el TS fundamenta la responsabilidad solidaria de las referidas empresas en el hecho de que el accidente haya sido provocado por un incumplimiento conjunto de sus respectivos deberes preventivos. Con lo que parece estar implantando en un sistema de solidaridad *implícita o impropia*¹⁰ (es decir, al margen de norma legal que imponga la solidaridad de manera expresa.) que, sin perjuicio de que pueda resultar adecuado en

⁹ Sobre las diferencias existentes entre la responsabilidad objetiva, la responsabilidad cuasi-objetiva, y la responsabilidad por riesgo, *vid. HOYA COROMINA, J.*: «Hacia una visión integradora de la responsabilidad civil. Las reformas administrativas en la circulación vial. Un primer paso hacia el cambio», en MORENO MARTÍNEZ, J.A (coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dikynson, 2007, págs.380-384.

¹⁰ Término acuñado por la jurisdicción civil, dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, para hacer referencia a aquella solidaridad que —a diferencia de la denominada solidaridad propia o explícita— es aplicada por la jurisprudencia al margen de norma legal expresa que permita su imposición, cuando existen dos o más corresponsables de un mismo daño y es difícil determinar con precisión la porción del daño de que debe responder cada uno de ellos. Un análisis sobre esta práctica judicial en, GARNICA MARTÍN, J.F.: «Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil», ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el día 1 de febrero de 2008, y publicada en la página web de la Asociación de abogados especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro: www.asociacionabogadosrcs.org

términos teleológicos o finalísticos (razonamiento que en cualquier caso se echa en falta en su pronunciamiento), sin duda alguna le permite eludir el esfuerzo de identificar en el mismo proceso cuotas individuales de responsabilidad, propiciando que los corresponsables inicien ulteriores pleitos para determinar sus correspondientes contribuciones al daño¹¹.

Y además, junto al hecho de que exista un concurso de incumplimientos, el TS también alude para justificar la aplicación de una responsabilidad solidaria al derecho que tienen los trabajadores en misión a disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa usuaria. Con lo que también podría estar sugiriendo que, sobre la base de los deberes preventivos que las normas distribuyen entre la ETT y la usuaria, subyace el propósito final de garantizar la corresponsabilidad de ambas empresas en el cumplimiento de una obligación que les afecta de manera compartida o solidaria: la de garantizar el principio de igualdad de trato y la seguridad de los trabajadores cedidos.

Interpretaciones sobre lo interpretado que, en cualquier caso, dejan traslucir la inseguridad que genera en esta materia el Alto Tribunal con la parca argumentación en la que basa su decisión de imputar a la ETT y a la usuaria una responsabilidad solidaria.

¹¹ De hecho, hay autores que consideran que no hay razón para que en esta materia haya que sustraerse de la práctica común que, con interpretación correctora del art. 1137 del Código Civil, rige en materia de daños causados por varios agentes, y que se traduce en la responsabilidad solidaria de los mismos. Así en YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo», en REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil. Vol. III*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 801-871.

El alcance de la “garantía de no responsabilidad” ante el impago de cotizaciones sociales en caso de sucesión de empresas

The scope of the "guarantee of non-responsibility" to the non-payment of social contributions in case of business succession

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen

La responsabilidad solidaria en caso de sucesión de empresas extiende sus efectos jurídicos no sólo a los supuestos de impago de prestaciones sociales, sino también a los de falta de pago en cotizaciones a la Seguridad Social. La temática de la responsabilidad y la obligación de cotizar plantea múltiples problemas prácticos a los que no consigue dar respuesta la actual Ley General de la Seguridad Social. Es por ello que, ante la falta de una normativa adecuada, deban ser los tribunales los que encuentren respuestas que logren solventar las vicisitudes que plantea la “garantía de no responsabilidad” y su alcance en el momento presente.

Abstract

Joint and several liability in case of business succession legal effect extends not only to cases of non-payment of social benefits, but also the lack of payment of contributions to Social Security. The theme of the responsibility and the obligation to contribute raises many practical problems that fails to address the current General Social Security Act. That is why, in the absence of adequate legislation, the courts should be to find answers to solve achieve the vicissitudes posed by “guarantee no responsibility” and its scope at present.

Palabras clave

cotizaciones, responsabilidad, certificados, Seguridad Social e impago.

Keywords

contribution, responsibility, certificate, Seguridad Social –Spanish National Health Service– and outstanding payment

1. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO

En la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 21 de julio de 2015 se analiza un supuesto de responsabilidad social por el impago de cotizaciones sociales en caso de sucesión empresarial. Con fecha de 1 de julio de 2010, la empresa Al Andalus Management Hotels S.L firma con la empresa Hotetur Club, S.L un contrato en virtud del cual se produce la sucesión de la primera empresa respecto de la segunda.

Una vez producida la sucesión, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) dicta, con fecha de 27 de octubre de 2011, una resolución declarando la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora por las deudas a la Seguridad Social de la empresa sucedida en cuanto al impago de las cotizaciones correspondientes a los trabajadores que prestan sus servicios en ésta. La empresa Al Andalus Management Hotels S.L recurre en alzada la resolución de la TGSS, aportando en su defensa tres certificados

negativos (el primero, con fecha de 1 de julio; el segundo de 2 de agosto y el tercero de 27 de septiembre de 2010) expedidos por la misma entidad gestora y por los que se afirma que Hotetur Club S.L no tiene deudas pendientes. Los certificados indican, claramente, el siguiente tenor literal: *“De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto”*.

Mediante resolución de la TGSS de 2 de marzo de 2012 se confirma en alzada la declaración de 27 de octubre de 2011 y se declara la responsabilidad solidaria de ambas empresas por la falta de pago de las deudas que con la Seguridad Social tiene Hotetur Club S.L. Contra la presente resolución se presenta por Al Andalus Management Hotels S.L recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares en donde la recurrente alega que, a la vista de los tres certificados negativos expedidos por la TGSS, no cabe la posibilidad de atribuirle el pago de las deudas (junto con Hotetur Club S.L) en base a lo dispuesto por el artículo 127.2 del ya derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante LGSS– (actual artículo 168 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –TRLGSS2015–).

El TSJ de las Islas Baleares, en su sentencia de 3 de septiembre de 2013, desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la TGSS desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por Al Andalus Management Hotels S.L contra la resolución de 27 de octubre de 2011 y de la que se deriva la responsabilidad solidaria de la recurrente y Hotetur Club S.L por el impago de cotizaciones sociales de la segunda. Básicamente, el TSJ fundamenta su sentencia en base a la interpretación que del antiguo artículo 127.2 de la LGSS realiza y por el que se contempla la posibilidad de “expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes”. En concreto, este tribunal entiende que el artículo 127.2 de la LGSS se refiere exclusivamente a la responsabilidad por prestaciones y no a la responsabilidad por cualesquiera otra clase de deudas pendientes de la empresa sucedida, tal como ocurre en el presente caso, en que lo debido eran cotizaciones (artículo 104.1 de la LGSS que remite al 127.2 del mismo texto). Por lo tanto, el argumento central de la sentencia impugnada es que los certificados aportados carecen de eficacia para exonerar de la responsabilidad solidaria.

Finalmente, el TSJ de las Islas Baleares añade una idea más en torno al certificado negativo y es que considera que no puede ser invocado, en este caso, el hecho enjuiciado. Aun cuando se trata de un supuesto de responsabilidad solidaria, la exoneración de la garantía a la que se refiere el artículo 127.2 de la LGSS únicamente opera cuando el certificado negativo haya sido expedido a solicitud de la empresa sucesora. Sin embargo, aquí el certificado al que se refiere el artículo en cuestión fue expedido por la TGSS a solicitud de la empresa sucedida. Por todo ello, el TSJ considera aplicable por analogía la

certificación negativa por descubiertos prevista en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET– (ahora, de nuevo artículo 42.1, pero del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –LET2015–).

2. ANÁLISIS AL PRONUNCIAMIENTO Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2015

A fecha de 21 de julio de 2015 (y con número de recurso 3561/2013) se produce la sentencia del Supremo, fallando este tribunal en sentido de entender que: *“No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Al Andalus Management Hotels S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 de septiembre de 2013, con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos”*.

2.1. Problemática general y alcance de la responsabilidad solidaria en la sucesión empresarial

La responsabilidad solidaria a la que se refiere, actualmente, la LET2015 se hizo notar antes incluso de la aprobación del ET. Así pues, con la normativa que instituía la responsabilidad solidaria en contratas y subcontratas ya se establecía que esta garantía no sólo tenía una finalidad subjetiva (de hacer valer los derechos de los trabajadores)¹, sino también material, al recogerse dentro de su ámbito todas las obligaciones referidas a Seguridad Social². De este modo, se reforzaba la solvencia del empresario para hacer frente a los créditos salariales y, en su caso, de Seguridad Social causados respecto de sus trabajadores³.

En el sistema de Seguridad Social, como criterio general, se distingue entre “sujetos obligados a cotizar” y “sujetos responsables del pago”. En este sentido, el artículo 141 del TRLGSS2015 (antes 103 de la LGSS) intitulado como “sujetos obligados” se impone el deber de contribuir a la financiación del sistema de Seguridad Social a los empresarios y a los trabajadores. Ahora bien, acto seguido, el artículo 142 del TRLGSS2015 obliga a diferenciar entre dos tipos de sujetos responsables en orden del pago de cotizaciones, de un lado, se encuentran los obligados a contribuir con el sistema (los trabajadores y empresarios) y, de otro, quienes tienen la responsabilidad de contribuir con dicha obligación, a saber: *“El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad”*. A pesar de esta previsión, y como en este trabajo se verá, el empresario no es el único sujeto responsable del

¹ MARTÍNEZ MORENO, C: “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1999, página 601.

² MONEREO PÉREZ, J.L: “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Tomo II, 1992, página 2.

³ MARTÍN VALVERDE, A: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios”, VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (Dir) en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo VIII, Madrid, Edersa, 1988, página 212. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, páginas 35 y siguientes. MONEREO PÉREZ, J.L: “Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1987, páginas 127 y siguientes.

pago de cotizaciones, pues esa responsabilidad directa que la ley le atribuye puede, en ocasiones, derivar hacia otros sujetos como consecuencia de la transmisión de un negocio *inter vivos* o, incluso, *mortis causa*, siendo en unos casos la responsabilidad solidaria y en otros subsidiaria⁴.

El carácter específico de esta previsión (artículo 142 del TRLGSS2015) atribuye al empresario una triple obligación: 1) contribuir a la financiación del sistema; 2) descontar a los trabajadores las aportaciones (es decir, las cotizaciones) que cada uno de ellos realiza a la Seguridad Social e 3) ingresar las cotizaciones en la TGSS. Por lo que, a la luz de este mandato, el empresario sustituye al trabajador a fin de que se hagan efectivas los pagos de las cuotas sociales.

El mandato que recoge la Ley General de la Seguridad Social se establece con la finalidad de establecer una garantía reforzada que evite y sancione todas aquellas actividades fraudulentas en la contratación⁵ y empleo de trabajadores. En concreto, estas obligaciones (prestaciones y obligaciones instrumentales –cotizaciones, afiliaciones y alta en la Seguridad Social–) se refieren a las efectivamente contraídas tanto con los beneficiarios, como con las Entidades Gestoras. Aspectos, todos ellos, que pueden ser cubiertos por la responsabilidad solidaria en caso de que se produzca una transmisión de empresas⁶.

La regulación concreta de la responsabilidad solidaria en materia de cotización para los supuestos de sucesión de empresas está contenida en los artículos 44 de la LET2015 y en el 142 del TRLGSS2015, el cual se remite al artículo 168.2 del TRLGSS2015. A estas normativas se les añade la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁷.

⁴ CEINOS SUÁREZ, A: “Artículo 104. Sujeto responsable”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Dir.) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A en *Ley General de la Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2009, página 761.

⁵ DESDENTADO BONETE, A: “La sucesión de empresas: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Ejemplar dedicado a: Tendencias actuales de la jurisprudencia en materia de contrato de trabajo), nº38, 2002, páginas 257-258.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L: “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”...op.cit., página 3. Afirma este autor que: *De este modo la redacción del Estatuto de los Trabajadores ha venido a convalidar la interpretación finalista del art. 19.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (que a su vez recogía literalmente la redacción contenida en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecían normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores). Según ese criterio la alusión contenida en éste a las obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata comprendía extensivamente tanto las obligaciones efectivamente contraídas ante las entidades gestoras como frente, en su caso, a los beneficiarios, abarcando especialmente la responsabilidad empresarial de pago directo de prestaciones establecida en el art. 94.2 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en el caso de incumplimiento por parte de éste de las obligaciones instrumentales de cotización, afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social.*

⁷ Publicada en el Diario Oficial nº L 082 de 22/03/2001. Esta Directiva sustituye a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de (...)

La coexistencia de los preceptos 44 de la LET2015 y 168.2 del TRLGSS2015, al no estar coordinados entre sí, han dado lugar a multitud de conflictos y controversias que deben ser resueltas por vía doctrinal y jurisprudencial. A este respecto, la STS de 21 de julio de 2015 (doctrina judicial mayoritaria) aplica el principio de especialidad, por lo que aun cuando el artículo 168.2 del TRLGSS2015 no se refiere específicamente a las cotizaciones (sino a las prestaciones causadas antes de dicha sucesión), por remisión al artículo 142.1 del TRLGSS2015 sí que cabe extender aquí la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 a “*la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión*”. De este modo, los artículos 168.2 del TRLGSS2015 y 44 de la LET2015 pasan a ser complementarios⁸. Y es que, a juicio de la jurisprudencia mayoritaria: “*la sucesión implica responder solidariamente con el implica la obligación de responder solidariamente con el anterior titular en el pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión, entre las cuales se incluye, tal como se deduce con toda claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril 1990, la de las cotizaciones dejadas de ingresar. Se configura legalmente la responsabilidad solidaria en los supuestos de sucesión empresarial como destinada a reforzar la garantía de los derechos de los trabajadores, que pueden ser más vulnerables en casos de cambio de titularidad de la empresa*”⁹. Por todo ello, el Supremo extiende la responsabilidad solidaria del artículo 44.3 del vigente Estatuto de los Trabajadores tanto Al Andalus Management Hotels S.L, como Hotetur Club S.L, pues no hay que olvidar que el artículo 142.2 del TRLGSS2015 determina como “*sujetos responsables de la cotización*”–por remisión al artículo 168.2 de este mismo texto legal– a la empresa inicial y a la adquirente.

2.2. Los elementos de la subrogación empresarial y las dificultades interpretativas derivas de la prueba a la hora de exigir la responsabilidad solidaria en materia de cotización

La principal cuestión que plantea la sucesión de empresas es su propio concepto: “*El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma...*” (Art. 44 LET2015). A partir de esta definición, se han configurado los requisitos jurisprudenciales que deben darse para que pueda desplegarse el mecanismo jurídico de la responsabilidad solidaria.

Primero, se exige un requisito subjetivo¹⁰. Y es que debe producirse el cambio de la titularidad, consistente en sustituir de forma directa o mediante tránsito suceso al antiguo empresario (y titular de la empresa) por el nuevo adquirente, quien continuará el mismo tráfico mercantil o industrial del cedente¹¹. En este cambio de titularidad se establece una

partes de empresas o de centros de actividad, la cual ha sido modificada de forma sustancial. Por lo que conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de la mencionada Directiva.

⁸ PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V, 1998, página 3 de la versión digital.

⁹ Ver las sentencia del TSJ de Cantabria de 25 de febrero de 1993; de Cataluña de 3 de octubre de 1995 y de 22 de diciembre de 1997.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a N: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 13^a edición, páginas 606 y siguientes.

¹¹ Sentencia del TS de 9 de octubre de 1984, 29 de marzo de 1985 y 17 de diciembre de 1991. Del TSJ ver la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña de 18 de octubre de 1995.

relación jurídica, por la que el sucesor recibirá todo o parte de la titularidad del transmitente. En este sentido, “*cualquier especie o figura jurídica (directa o indirecta) puede constituir tal relación jurídica como elemento originario de la transmisión*”, puesto que la subrogación *ex lege* que impone el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores constituye un concepto de gran amplitud que comprende cualquier modalidad de transmisión (tanto *inter vivos*, como *mortis causa*)¹². No obstante, puede ocurrir que tal relación jurídica no aparezca sin más, sino enmascarada bajo las más variadas formas que el negocio jurídico permite, lo que es más habitual de lo que fuera deseable. Se hablaría, en este último caso, de “cambios no transparentes”¹³, cosa que no se discute en la STS de 21 de julio de 2015.

Segundo, se destaca un elemento objetivo consistente en “*la entrega efectiva del conjunto de elementos productivos que permite la continuidad de la actividad empresarial*”, esto es, lo que la jurisprudencia ha denominado “*identidad de la empresa*”¹⁴. Ello viene a suponer que se mantengan, tras la sucesión, la globalidad de los elementos personales y materiales (soporte económico de la empresa) sin que, en ningún caso, pueda implicar esta última la transmisión de elementos aislados de aquella. Por tanto, la sucesión consiste en la entrega efectiva del total conjunto operante de elementos esenciales de la empresa que permite la continuidad empresarial¹⁵, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido¹⁶.

Tercero y junto con los anteriores elementos, la jurisprudencia ha considerado exigible la existencia de una relación directa e inmediata entre el cedente y el cesionario, lo que supone que la empresa o centro de trabajo pase de un titular a otro sin solución de continuidad¹⁷. Se precisa, de esta forma, como requisito *sine qua non* para apreciar la sucesión empresarial de la existencia de relaciones laborales vivas¹⁸. Si estos requisitos permiten, en el campo de las relaciones laborales, apreciar la existencia de un fenómeno sucesorio; en el ámbito de la Seguridad Social, tal criterio facilita las posibilidades de eludir el pago de las cuotas sociales¹⁹. Es por ello que se establezcan límites ante la posibilidad de rehuir de las responsabilidades legales, cometiéndose así un fraude que deberá ser acreditado

¹² Sentencia del TS de 18 de julio de 1995, 28 de octubre de 1997, 28 de noviembre de 1997, 20 de febrero de 1998 y 3 de marzo de 1999. En esta línea, ver también la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de febrero de 2002.

¹³ PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., página 4.

¹⁴ Sentencia del TS de 18 de mayo de 1987, 26 de mayo de 1987 y 19 de abril de 1990. También la sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de julio y 3 de octubre de 1995. Recientemente, se ha pronunciado en esta línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-509/14).

¹⁵ Cabe excluir de aquí la transmisión de elementos materiales o instrumentales, tal y como ocurre cuando se transfiere solamente la maquinaria, las herramientas o las materias productivas. PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., página 5.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª N: *Manual de Derecho del Trabajo*...op.cit., páginas 606 y siguientes.

¹⁷ STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 1995.

¹⁸ STS de 16 de noviembre de 1992, 17 de mayo y 23 de noviembre de 1993; y 19 de julio de 2002.

¹⁹ El artículo 22 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social introdujo esta regla en el artículo 104 de la LGSS (ya derogado y sustituido por el art. 142.2 del nuevo TRLGSS2015) por medio de la cual se trataba de perseguir ciertos supuestos de fraude relacionados con la utilización de la sociedad laboral (es decir, la sociedad anónima y de responsabilidad limitada).

de manera fehacientemente²⁰. A tenor de lo dispuesto, resultará indispensable llevar a cabo una actividad probatoria para que pueda declararse la responsabilidad solidaria en las “sucesiones no transparentes”. Y es que, la sucesión como causa de responsabilidad solidaria no se presume²¹.

En relación a la prueba resultan especialmente llamativas las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998, en donde haciendo una interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 127.2 de la LGSS (hoy 168.2 del TRLGSS2015), el Supremo llega a afirmar que “*con independencia del negocio jurídico*” que dio lugar a la transmisión, incluso con independencia de que haya existido un acto formal de transmisión, lo importante para determinar la responsabilidad solidaria es que se acredite un desarrollo efectivo de la misma actividad laboral y de los mismos trabajadores.

2.3. La certificación exoneratoria o “garantía de no responsabilidad” derivada de la subrogación empresarial

Los artículos 142.2 y 168 del TRLGSS2015 (o 104 y 127 de la antigua LGSS), así como al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, constituyen base fundamental sobre los que se construye el recurso de casación que es presentado por el recurrente ante el Supremo.

Tal y como expone la STS de 21 de julio de 2015 el razonamiento que desarrolla el recurrente se sostiene en base a dos importantes cuestiones: 1) ¿es posible que la remisión que hace el artículo 142.2 del TRLGSS2015 al artículo 168.2 (de ese mismo cuerpo legal) alcance o abarque también la regla de “garantía de no responsabilidad” por analogía con el artículo 42.1 del ET? y 2) en caso contrario, ¿sería posible algún supuesto de exoneración de responsabilidad basado en lo preceptuado por el artículo 142.2 del TRLGSS2015, tal y como sostiene el TSJ de las Islas Baleares?

Antes de nada, conviene aclarar que en ningún momento el Supremo viene a despejar las dudas o *litis* que se plantean en la sentencia de 21 de julio de 2015. Es más, lo más lamentables es que éste se limita a dirimir la solución del caso en base al propio certificado negativo que es expedido por la TGSS, en lugar de entrar a analizar el contenido y el alcance de dicho documento exoneratorio de responsabilidad.

²⁰ Al hilo de esta idea en la Sentencia del TS de 6 de junio de 2005 se debate acerca de la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas en las cuotas a la Seguridad Social de tres empresas en las que aparentemente no existe relación o conexión. Finalmente, el TS entiende que las tres empresas son en realidad una, pues tienen el mismo domicilio, la misma dirección y el objeto. Se aplica aquí la teoría del levantamiento del velo.

²¹ Son supuestos en los que se ha entendido que hay sucesión de empresas y, por tanto responsabilidad solidaria, los siguientes: a) cuando por virtud de contrato de arrendamiento se continua con la actividad de la empresa anterior; b) en un subarriendo; c) al demostrarse la coincidencia de domicilio, actividad y un importante número de trabajadores; d) al constatarse la existencia de estrechos lazos familiares entre los socios y los sucesores; e) al haberse acreditado la coincidencia de la actividad desarrollada por la primera y la segunda empresa; f) cuando el administrador general de las dos sociedades es transmitente y adquirente; g) cuando exista entre una empresa y la otra identidad de socios, cargos directivos y representantes de las dos empresas involucradas; h) coincidiendo idéntica actividad comercial y objeto social en ambas empresas (sucesora y sucedida). Ver PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., páginas 10 y 11.

No obstante a lo anterior, entiendo que ambas son dos preguntas que se interrelacionan. De forma que, a la hora de resolver el presente caso, el Supremo debía haber fundamentado su respuesta en base al alcance que la remisión del artículo 142.2 TRLGSS2015 despliega sobre el artículo 127.2 de la nueva Ley General de la Seguridad Social.

Así pues, el artículo 168 del TRLGSS2015 contiene en su párrafo segundo una referencia al certificado exoneratorio de responsabilidad, que deberá ser desarrollado reglamentario. Actualmente, tal desarrollo no se ha producido por lo que este incumplimiento fue suplido, de forma irregular, por la Circular 2-2002, de 18 de enero de 1989, de la Dirección General de la TGSS (sustituida, en el momento presente, por la Circular 2-026, de 9 de julio de 1993)²². En ésta se preveía aplicable por analogía, conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la OM de 28 de diciembre de 1966, las normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación del período voluntario en el Régimen General a saber: *“En los casos de sucesión en la titularidad a que se refiere el apartado b) del número 1 del artículo anterior, el adquirente podrá solicitar del Instituto Nacional de Previsión la expedición de un certificado acreditativo de la situación de la Empresa en cuanto a sus obligaciones de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. El Instituto Nacional de Previsión solicitará informe de la Inspección de Trabajo y de la correspondiente Mutualidad Laboral o Mutua Patronal, en su caso, y en el plazo de un mes extenderá la certificación a que se refiere el número anterior. El certificado implicará, según los casos, la no responsabilidad para los adquirentes o la delimitación de la responsabilidad existente. Si después de expedido el certificado se comprobare la existencia de descubiertos de cotización de la Empresa, anteriores a dicha expedición y correspondientes a trabajadores cuya alta en el Régimen General no hubiese sido declarada, tales descubiertos no afectarán a la responsabilidad del adquirente, a no ser que éste se hubiera subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empresario respecto a los indicados trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944”*.

A mi juicio, no cabe hacer efectivo lo dispuesto por esta circular, ya que se trata de una normativa interna que no otorga transparencia jurídica y que, de hecho, no es conocida en el tráfico jurídico, de ahí que ni siquiera sea invocada por los propios tribunales. En efecto, no puede desplegar efectos jurídicos una circular que, simplemente, sirve a la Administración Pública como criterio interpretativo interno de la normativa legal vigente. Por esa razón, quizás la solución posible al caso sea aplicar por analogía la regulación establecida por el artículo 42.1 de la LET 2015 para la certificación exoneratoria en caso de contrata y subcontratas (tal y como lleva a cabo el TS en su sentencia de 21 de julio de 2015).

En relación a la primera cuestión, ¿es posible que la remisión que hace el artículo 142.2 del TRLGSS2015 al artículo 168.2 (de ese mismo cuerpo legal) alcance o abarque también la regla de “garantía de no responsabilidad” por analogía con el artículo 42.1 del LET2015?, cabe recordar lo dispuesto por este artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores:

²² Actualmente, el contenido de esta circular se encuentra provisionalmente vigente por aplicación de la Circular de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 7 de octubre de 1997, sobre “Declaración y exigencia de responsabilidad solidaria en el pago de deudas con la Seguridad Social, en el procedimiento administrativo de recaudación”.

“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”.

Por tanto, si el empresario principal obtiene certificación negativa de la TGSS en el plazo improrrogable de 30 días quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a la que se refiere dicho artículo²³. Ahora bien, la doctrina mayoritaria del TS viene sosteniendo²⁴, en relación al certificado negativo, que: *“(…) la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, única de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto, y que son las contempladas en este supuesto (...)”*²⁵.

²³ “Con una imposición documental de tan importantes consecuencias es obvio que el objetivo del legislador es restringir indirectamente la libre actividad de las empresas morosas a la Seguridad Social, puesto que de lo contrario éstas se encontrarían en una posición de ventaja en el mercado, al poder ofertar precios por debajo de aquellas empresas que cumplen adecuadamente con sus deberes sociales. De esta forma, aquella empresa que contrata o subcontrata una obra o actividad con una empresa morosa asume una serie de riesgos que se reducen drásticamente en el supuesto de la contratación mercantil de una empresa que está al corriente de sus deudas con la Seguridad Social”. Ver PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., páginas 16 y 17.

²⁴ Ver la sentencia del TS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de octubre de 1996.

²⁵ En contra, la interpretación de esta Sentencia contradice frontalmente con la propia postura de la misma Sala y Tribunal que con reiteración en las ya aludidas Sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 julio 1994 , 30 julio 1996 y 4 marzo y 20 junio 1997 en las cuales se impone al empresario principal la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por el contratista secundario durante la vigencia de la contrata en base a las siguientes razones: a) la coincidencia en la actividad en el sentido del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores; b) *“Que P. no comprobó si el contratista secundario estaba o no al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social (...) c) Que, en consecuencia, P. resultaba obligada –ex art. 42.2 ET– a pagar las cuotas por los trabajadores y períodos establecidos en el Acta, de las que es responsable solidario”*. En este sentido, GALA DURAN, C: *La Responsabilidad Empresarial por incumplimiento de las obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, páginas 425 y 426. Afirma esta autora que se han barajado al menos tres posiciones contrapuestas entre sí acerca de las consecuencias del incumplimiento del deber de comprobación impuesto por el art. 42.1 del ET: *“1.ª La que consideraba que la responsabilidad de que hablaba el art. 42.1 era una responsabilidad subsidiaria por los descubiertos pendientes de la empresa contratista, establecida de manera implícita en ese precepto, y de la que se descargaba al empresario principal cuando la entidad gestora no contestaba en tiempo a su solicitud de certificación o ésta resultaba ser negativa (en cuyo caso, salvo error, no había descubiertos, obviamente); 2.ª La que defendía que el art. 42.1 se refería exclusivamente a la responsabilidad administrativa por infracciones laborales cuya aplicación correspondía normalmente a la autoridad laboral; y 3.ª) La que sostenía que la responsabilidad de la que se exoneraba el empresario comitente era la responsabilidad solidaria por las cotizaciones de Seguridad Social de los trabajadores empleados en la contrata, establecida expresamente, en el apartado 2.º, del art. 42”*.

Por todo ello no cabe, en definitiva, aplicar la “garantía de no responsabilidad” a la recurrente Al Andalus Management Hotels S.L, debiendo ésta responder solidariamente junto con Hotetur Club S.L del pago de las cotizaciones anteriores al acto sucesorio (en el sentido que declara el TSJ de las Islas Baleares en la sentencia impugnada).

Al margen de esta cuestión interpretativa, cabe recordar el tenor literal del certificado expedido por la TGSS, esto es: *“De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto”*.

Y es que, en ningún momento, de los tres certificados negativos aportados por el recurrente cabe deducir que Hotetur Club S.L no tuviera deudas pendientes con la Seguridad Social, sino que lo que se indica es que la empresa sucedida no tenía pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas vencidas. De hecho ésta interpretación resultó coherente con la realidad de la situación que, posteriormente, se verificó. Así pues, en la práctica ocurría que Hotetur Club S.L gozaba de un aplazamiento del pago de las deudas por cotizaciones que tenía pendientes (Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 21 de julio de 2015). Por tanto, existían deudas y el certificado no ocultaba la verdad.

En este sentido, y como bien advierte el Supremo, los certificados emitidos por la TGSS han de ser leídos hasta en la letra pequeña (al igual que los contratos), ya que las consecuencias de este tipo de documentos informativos no pueden ser utilizados para exonerar de la responsabilidad solidaria. Es por ello que no cabe alegar que se han vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. A saber: *“los certificados advierten expresamente de que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad alguna. No deja de ser llamativo que, bajo el nombre de “certificado”, la Administración emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados; pero, cualquiera que sea la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la oportunidad y de las pautas de buena gestión, es claro que no puede decirse que vulnere los principios de seguridad jurídica y confianza legítima: si éstos se interpretan, como no puede ser de otro modo, como una exigencia de certidumbre, certificados como los aquí considerados no engañan a nadie, pues indican inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir ninguna obligación preexistente. Quien lee dichos certificados sabe a qué atenerse, que es lo crucial desde el punto de vista de los arriba mencionados principios”*.

Finalmente, en relación a la pregunta sobre ¿si existe o no algún posible supuesto de exoneración de responsabilidad basado en los preceptuado por el artículo 142.2 del TRLGSS2015, tal y como sostiene el TSJ de las Islas Baleares?, la respuesta del TS es contundente. Así pues: *“Por otro lado y con independencia de lo ya dicho, y para el caso de que se tratara de una subcontratación o bien deudas por el concepto de prestaciones, que no lo son, siempre sería exigible que quien solicitara la certificación de exoneración de responsabilidad fuera el empresario que contrata o subcontrata a tenor de la dicción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, extremo éste que ya se dijo en su día por esta*

Sala en la Sentencia 687 de 26 de julio de 2007 . Pero en todo caso y en lo que ahora importa, es que en el supuesto de sucesión empresarial por impago de cuotas de afiliación, que es el supuesto que en autos analizamos, no existe la posibilidad de limitación de responsabilidad que contempla el artículo 127-2 de la LGSS”.

Por todo ello, si el certificado negativo hubiese sido expedido a solicitud de la empresa sucesora (tal y como prevé el artículo 42.1 de la LET2015) y no por la sucedida, entonces sí que hubiese operado la exención o “garantía de no responsabilidad”. De igual modo, cabía la posibilidad de que Al Andalus Management Hotels S.L hubiese recabado información equivalente a través de los boletines de cotización que, debidamente sellados por una entidad bancaria colaboradora autorizada para actuar como oficina recaudatoria, se emiten a efectos exención de responsabilidad solidaria²⁶. Y es que, como bien apunta el artículo 25.5 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social²⁷: “*Los justificantes de pago expedidos por los colaboradores en la gestión recaudatoria surtirán para los responsables del pago los mismos efectos que si el ingreso se hubiera realizado en la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, quedarán liberados para con ésta, en la fecha de ingreso consignada en los justificantes, por el importe que figure en ellos. La posesión por los sujetos responsables del pago de los justificantes de éste expedidos por los colaboradores determinará la presunción de ingreso en la entidad, órgano o agente que expidió el justificante de pago*”.

²⁶ Ver la STS de 6 de marzo de 2002.

²⁷ BOE núm. 153 de 25 de Junio de 2004 y con vigencia desde el 1 de enero de 2013.

Sobre el dies a quo del plazo de prescripción para el reconocimiento del derecho a un tanto alzado por las lesiones permanentes no invalidantes (A propósito de la STS de 19 de febrero de 2015)

On the dies a quo of the time limit for the recognition of the right to a lump sum payment for permanent non-disabling injuries (analysis of the Supreme Court Judgment of 19th February 2015)

HELENA SANTOR SALCEDO

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen

La solicitud de calificación de las lesiones permanentes no invalidantes debe formularse en el plazo de cinco años a contar desde el día siguiente “a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación” (art. 43.1 LGSS), trascurrido el cual prescribe la acción administrativa para reclamarla y, a continuación, en su caso, la acción judicial. En este tipo de lesiones no existe una determinación legal de qué ha de entenderse por hecho causante de la prestación, ni, por tanto, del día en que ha de comenzar el cómputo del plazo de prescripción. El Tribunal Supremo y la doctrina judicial habían considerado que el derecho a la prestación nacía y el cómputo se iniciaba a partir del dato objetivo del diagnóstico médico de la lesión no invalidante. Pero la STS de 19 de febrero de 2015 ha cambiado de criterio y, en una interpretación teleológica que pretende que el trabajador no pierda la prestación por demorar el ejercicio de la acción, vincula el hecho causante al conocimiento efectivo del origen profesional de la lesión y de su relevancia jurídica por parte del trabajador y fija el *dies a quo* del plazo de prescripción el día en que ambos extremos quedan acreditados en la resolución del INSS. En este comentario analizamos los antecedentes y fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Abstract

A request for classification of permanent non-disabling injuries must be made within a period of five years from the day following “the date on which the triggering event of the compensation occurs” (art. 43.1 of the Spanish General Act on Social Security) after which, administrative action to claim said classification extinguishes, as consequently does any legal action. In these types of injuries, there is no legal determination of what must be understood as the triggering event of the compensation, nor therefore of the date on which the calculation of the time limit must start. Previously, the Supreme Court and legal doctrine had considered that the right came into being and said calculation started based on the objective information of the medical diagnosis of the non-disabling injury. However, the Supreme Court Judgment of 19th February 2015 changed this criterion, and, in a teleological interpretation that attempts to ensure that workers will not lose compensation due to a delay in the exercise of the action, links the triggering event to the effective awareness of the labour-related origin of the injury and of its legal relevance by workers, and sets the *dies a quo* for the time limit as the date on which both points are accredited in the ruling of the Spanish National Institute for Social Security. In this paper, we analyse the background and legal grounds of this judgment.

Palabras clave

Plazo de prescripción, hecho causante, lesiones permanentes no invalidantes administrativa.

Keywords

Time Limit, Triggering Event of the Compensation, Permanent Non-Disabling Injuries.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 43.1 de la LGSS establece un plazo de cinco años trascurrido el cual ha de considerarse prescrito el derecho al reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social. El cómputo debe comenzar al día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate. Si existe una disposición legal que concreta dicho hecho causante, el precepto no suscita duda interpretativa, pero sí la plantea en caso opuesto, como ocurre en el procedimiento para la calificación y el reconocimiento de las lesiones permanentes no invalidantes. Interpretando el artículo 43.1 LGSS en uno de estos casos en que no existe disposición que determine el *dies a quo*, la Sala de lo Social del TS había afirmado que la acción podía ejercitarse no desde el momento en que circunstancias subjetivas como el conocimiento u otras semejantes hacen posible su efectivo ejercicio, sino desde que se dan las condiciones para que con arreglo a la ley sea posible su ejercicio (STS de 28 de febrero de 2000, Rec. 2248/2000). Desde un hecho cierto y no desde un conocimiento subjetivo. En otros términos, y aplicado al reconocimiento de la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción debería comenzar en el momento en que la lesión hubiera sido diagnóstica, como la doctrina judicial venía afirmando. La STS de 19 de febrero de 2015 (Rec. 3001/2013), sin embargo, a partir de la sentencia dictada en suplicación por el TSJ del País Vasco, ha cambiado de criterio y en una interpretación *a priori* teleológica, que pretende que el trabajador no pierda la prestación derivada de su lesión por demorar el ejercicio de la acción, vincula el hecho causante al conocimiento efectivo del origen profesional de la lesión y de su relevancia jurídica por parte del trabajador y fija el *dies a quo* del plazo el día en que ambos extremos quedan acreditados en la correspondiente resolución del INSS.

En este comentario analizaremos este giro interpretativo, que no compartimos porque, como tendremos ocasión de subrayar, conduce a la confusión del *dies a quo* del plazo de prescripción con el *dies ad quem*, anula *de facto* la institución de la prescripción en punto al procedimiento de calificación y reconocimiento de las lesiones permanentes no invalidantes y traslada las consecuencias de la inactividad por falta de diligencia debida del actor a la entidad que está obligada a realizar el pago de las prestaciones.

2. LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES Y SU LIMITADO MARCO LEGAL

Las lesiones permanentes no invalidantes son definidas en el artículo 150 LGSS como aquellas “lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente conforme a lo establecido en la sección 3ª del presente capítulo, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta Ley”. La regulación de esta figura es muy escasa y se encuentra dentro del capítulo V de la LGSS referido a la incapacidad permanente en una sección propia, la 4.ª (arts. 150 a 152), separada de la incapacidad permanente contributiva (arts. 137 a 143). Pese a esta distinción, los reglamentos de aplicación y desarrollo de la LGSS en materia de incapacidad laboral son aplicables tanto a las prestaciones de incapacidad permanente en sentido estricto como a las lesiones no invalidantes. Así ocurre con el RD 1300/1995, de 21 de julio, que regula las competencias y el procedimiento de evaluación del INSS en materia de incapacidades laborales, y con la Orden de 15 de abril de 1969, que ha sido objeto de sucesivas actualizaciones (la última de

las cuales realizada por la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero) y cuyo anexo determina las cuantías de las indemnizaciones por baremo de las lesiones, mutilaciones y deformidades no invalidantes.

Las lesiones permanentes no invalidantes sólo pueden ser reconocidas e indemnizadas si derivan de forma sobrevenida de contingencias profesionales, como el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Y, al igual que ocurre con las patologías constitutivas de invalidez permanente, requieren un diagnóstico de irreversibilidad. Las lesiones han de afectar a la integridad física de trabajador, pero su elemento distintivo es que no repercutan significativamente en la capacidad de trabajo del afectado, que puede seguir prestando servicios sin perjuicio del derecho a la indemnización que le asista. Para ello, la entidad de la lesión no puede suponer más de un 33% de reducción de la capacidad laboral del trabajador, pues de lo contrario la lesión sería constitutiva, en su caso, de incapacidad permanente¹.

Las lesiones, mutilaciones o deformidades han de estar recogidas en el baremo para poder ser indemnizadas con una cantidad a tanto alzado y por una sola vez. El baremo, anexo a la Orden de 15 de abril de 1969 ya citada, opera como *numerus clausus* puesto que sólo se indemnizan las lesiones expresamente tipificadas en él y con las cuantías allí previstas. Y no cabe el reconocimiento de otras lesiones por vía interpretativa o analógica de lo dispuesto en el baremo (STS de 19 de octubre de 1998).

Las indemnizaciones se satisfacen por la entidad gestora, el INSS o el Instituto Social de la Marina o por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que esté obligada al pago de las prestaciones por incapacidad permanente. La competencia para verificar la existencia de las lesiones y reconocer el derecho a su indemnización se atribuye al INSS en el artículo 1.b) del RD 1300/1095. El procedimiento para el reconocimiento del derecho es el mismo que el establecido para los supuestos de invalidez permanente en dicho RD y, al igual que en ésta, corresponde a los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVIs) la emisión del dictamen-propuesta para que el Director Provincial del INSS resuelva. Dicho procedimiento puede iniciarse de oficio, a instancia de las mutuas de accidentes o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten, y a instancia del trabajador o su representante legal. En estos casos, la solicitud de calificación de lesión permanente no invalidante debe formularse en el plazo de cinco años a contar desde el día siguiente “a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación”, según reza el artículo 43.1 LGSS, porque de lo contrario prescribe la acción administrativa para reclamarla y, a continuación, en su caso, la acción judicial². Lo que la norma no determina es cuál es, para las lesiones permanentes no invalidantes, ese hecho causante a partir del cual comienza el cómputo del plazo de prescripción.

¹ V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, p. 798.

² “A esa acción, el precepto que comentamos lo denomina –de manera harto impropia– el derecho al reconocimiento cuando de lo que en realidad se trata es de instar el reconocimiento del derecho y, consiguientemente, el pago de la prestación que integra su contenido”. Vid. M. R. ALARCÓN CARACUEL, (dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 284.

3. EL CONFLICTO INTERPRETATIVO SOBRE EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 8 DE OCTUBRE DE 2103: HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión resuelta por la STS de 19 de febrero de 2105 (Rec. 3001/2013) objeto de este comentario halla su origen procesal en la demanda que presentó un trabajador, ajustador troquelador en la empresa Egaña 2 SL. asociada a Mutulia, que cubre el riesgo de contingencias profesionales, ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao frente al INSS, TGSS, Mutualia y Egaña 2, S.L. contra la resolución administrativa de 23 de agosto de 2012 que le denegó la prestación de lesiones permanentes no invalidantes.

Según el informe médico de síntesis de fecha 25 de julio de 2012 el trabajador está afectado por un cuadro patológico de “hipoacusia neurosensorial bilateral en frecuencias agudas de probable origen coclear” con frecuencias conversacionales OD=13,3 db - OI=16,6 db y frecuencias agudas a 4000 Hz. OD=60 db - OI=65 db, lo que, a juicio del facultativo del EVI, constituye una lesión recogida en el punto 9 del baremo, por la que, según la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, en la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (BOE núm. 96, de 22 de abril), tenía derecho a una indemnización de 1500 euros. Al INSS le constaba, sin embargo, la realización de una audiometría seis años antes, concretamente el 28 de marzo de 2006, en la que se dictaminaba al trabajador idénticas frecuencias conversacionales y agudas. Tomando en consideración esta primera audiometría, la sentencia de instancia apreció la excepción de prescripción.

La representación del trabajador interpuso recurso de suplicación, que fue resuelto por la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 8 de octubre de 2013 (Rec. 1632/2013) en sentido opuesto al pronunciamiento de instancia. El artículo 1969 del Código Civil declara que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya ninguna disposición especial que otra cosa determine, ha de contarse “desde el día en que pudieron ejercitarse”. En el presente caso, en opinión de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, ese día no comenzó el 28 de marzo de 2006, fecha de la primera audiometría, “porque la mera constatación médica del alcance de la merma de audición no implicaba que el interesado pudiera efectuar la reclamación económica en concepto de lesiones permanentes no invalidantes”. Tras esta primera afirmación, la Sala de lo Social declara que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción debe ser aquél en que el trabajador “pudo tener constancia tanto del origen profesional de su hipoacusia como de la relevancia jurídica del grado de hipoacusia”. Pero dado que ninguno de estos aspectos consta como acreditado que concurriera en la fecha de la primera audiometría, concluye que la acción no pudo ejercitarse y, consecuentemente, el derecho a la prestación por lesiones permanentes no invalidantes no ha prescrito. Así las cosas la resolución de instancia es revocada y Mutualia es condenada al pago a favor del demandante de 1.500 euros.

El pronunciamiento judicial deja totalmente indeterminado el hecho causante, porque lo supedita al conocimiento *efectivo* por el trabajador de los elementos normativos de la contingencia (origen profesional y alcance jurídico), en lugar de vincularlo al conocimiento del *factum*, que sin duda le permitía instar el procedimiento ante el INSS. Tras la primera audiometría, que constató la relevancia de la hipoacusia, el trabajador podía haber solicitado el reconocimiento de la prestación porque la pérdida de audición existía y fue conocida por el

afectado. El trabajador pudo actuar. Y el INSS, en ningún caso habría negado dicho derecho de confirmarse la hipoacusia y su origen profesional, luego desde ese día *pudo* ejercitarse la acción conforme a los artículos 1969 del Código Civil y 43.1 LGSS, comenzando al día siguiente el plazo de prescripción. Condicionar, por el contrario, el inicio del cómputo del plazo de prescripción a que resulte acreditada la constancia por parte del actor tanto del origen profesional como de la relevancia jurídica de la lesión desactiva el instituto de la prescripción, porque ni el INSS ni la entidad colaboradora podrían acreditar que el trabajador tuvo constancia de ambos extremos cinco años atrás del ejercicio de la acción. ¿Cómo acreditar que al trabajador le constaban y no actuó, si precisamente el origen profesional de la lesión y su relevancia jurídica a efectos indemnizatorios se determinan en el procedimiento de calificación y de reconocimiento administrativo del INSS?

Hasta el momento de esa resolución administrativa, al trabajador no le constan ni tiene acreditados los elementos normativos de la prestación. Pero el conocimiento de la lesión y las exigencias de una diligencia básica le permiten presumirlos. Y esa presunción del origen profesional y de la relevancia jurídica de la lesión le habilita para ejercer la acción. Es suficiente. Carece de sentido, por tanto, hacer depender el inicio del cómputo de un plazo de prescripción para el ejercicio de una acción de un hecho causante que los demandados no pueden probar y que sólo el solicitante de la prestación puede determinar, y hacerlo, además, cuando desee, a través del ejercicio de la acción.

4. LA DOCTRINA JUDICIAL DE CONTRASTE: EL DIAGNÓSTICO DE LA LESIÓN COMO HECHO CAUSANTE DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

No era la primera vez que la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se enfrentaba a un caso similar. Lo había hecho en cuatro ocasiones anteriores (SSTSJ de 2 de junio y 8 de septiembre de 2009, Rec. 794/2009 y 1299/2009, 13 de abril de 2010, Rec. 3305/2009 y 27 de marzo de 2013, Rec. 326/2013) declarando prescritas las acciones ejercitadas por los demandantes. Me detendré aquí únicamente en los argumentos de las dos aportadas como sentencia de contraste en el recurso de casación unificadora del que trae causa la STS comentada.

La STSJ del País Vasco de 2 de junio de 2009 (Rec. 794/2009) consideró prescrita la acción de un peón especialista afectado por un cuadro clínico de hipoacusia bilateral con frecuencias conversacionales OD= 23.3 db, OI= 66,6 db y umbral auditivo en 4000 hz OD= 40 db, OI= 50 db, siendo el nivel de ruido del puesto de trabajo de 88,4 db. El trabajador había presentado demanda solicitando el reconocimiento de la prestación, pero la sentencia de instancia desestimó sus pretensiones al considerar que su hipoacusia no era simétrica, bilateral e irreversible y no podía ser calificada como enfermedad profesional. Presentado recurso, Mutualia alegó la excepción de prescripción, pues en el acto del juicio de instancia tuvo conocimiento de la existencia de unos informes médicos en los se acreditaba que el trabajador tenía la misma pérdida auditiva en los años 2001 al 2002. La Sala de Social del TSJ acogió dicha excepción por entender que, efectivamente, la lesión existía desde el año 2001 y que desde ese momento pudo reclamar la indemnización y no lo hizo.

La STSJ del País Vasco de 26 de marzo de 2013 (Rec. 326/2013) apreció idéntica excepción con ocasión del recurso de suplicación de un trabajador cuya demanda contra la

empresa BETSAIDE SA, Mutuaia, el INSS y la TGSS había sido desestimada. Según el dictamen-propuesta del EVI de 29 de noviembre de 2011, el trabajador padecía una significativa hipoacusia bilateral que podía ser calificada con arreglo al Baremo vigente, pero la Sala de lo Social declaró prescrita la acción porque la hipoacusia había sido diagnosticada seis años atrás.

En opinión del voto particular formulado por un magistrado discrepante, la acción no debía considerarse prescrita porque el trabajador no tuvo un cabal conocimiento de las secuelas auditivas y de su etiología profesional con el informe fechado en 2005. En dicho informe sólo se recogieron los gráficos correspondientes, “cuya comprensión es muy difícil de alcanzar”, no se hizo mención a las características de su hipoacusia ni a su posible origen profesional y tampoco constaba que el trabajador tuviera constancia del elevado nivel sonoro de su ambiente laboral. En otras palabras, el trabajador no ejerció la acción porque, posiblemente, no sabía que podía ejercerla y, en consecuencia, no se había producido el hecho causante que genera el derecho a su reconocimiento.

La mayoría de la Sección, sin embargo, no compartió esta tesis y se alineó con la doctrina judicial precedente, según la cual el hecho causante del derecho a la prestación económica por hipoacusia profesional debe situarse en el momento en que el trabajador tuvo conocimiento, mediante el correspondiente informe médico, de la pérdida significativa de agudeza auditiva. Cuestión distinta –subraya la Sala de lo Social– es que el trabajador “ignorara que su estado le daba derecho a una compensación económica, pero tal ignorancia no puede prevalecer sobre el plazo legal de prescripción ni, obviando éste, perjudicar además a la mutua, que tiene pleno derecho a beneficiarse del transcurso de aquel plazo”. En el momento en el que la lesión auditiva fue diagnosticada en 2005, comenzó el plazo de prescripción del artículo 43 LGSS, porque ese fue el hecho causante que le permitía instar el reconocimiento del derecho. Y es que si así no fuera –se afirma en el FJ 2º–, el artículo 43.1 LGSS quedaría inaplicable “y dependería de la voluntad del interesado el momento para realizar su reclamación, lo cual equivaldría sencillamente a hacer desaparecer en la práctica el plazo que señala aquella norma”.

5. LA INTERPRETACIÓN HUMANITARIO-FINALISTA REALIZADA EN LA STS DE 19 DE FEBRERO DE 2015: LA INDETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* COMO MEDIO DE GARANTIZAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN INDEPENDIENTEMENTE DEL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE EL DIAGNÓSTICO

Con tan tales precedentes de contraste avalando la interpretación objetiva del artículo 43. 1 LGSS, no resulta extraño que Mutuaia interpusiera recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ del País Vasco de 8 de octubre de 2013, en la que la Sala de lo Social había modificado su criterio. Atendiendo a las circunstancias concurrentes en los supuestos comparados –en todos los casos la limitación acústica había sido diagnosticada con una anterioridad superior a cinco años desde el ejercicio de la acción y no existía constancia acreditada de que el trabajador conociera el origen profesional y la relevancia jurídica de la hipoacusia– el TS no dudó en estimar que concurría el requisito de la contradicción exigido por el artículo 219 LRJS. Pero, curiosamente, el objeto de análisis no queda limitado a determinar cuál debía ser el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, que es lo planteado en el recurso, sino que, inopinadamente, la Sala de

lo Social del TS lo extiende a la determinación de quién, en su caso, debía ser el responsable del pago de la indemnización solicitada, cuestión sobre la que no se discutía en el procedimiento. Y a esto segundo, sin antes determinar lo primero, dedica la mayor parte de la argumentación de su fallo, sin que su conclusión sobre este aspecto lleve a ninguna parte, porque la tarea unificadora sólo podía consistir en declarar la interpretación más conforme a derecho del artículo 43.1 LGSS en relación con el artículo 150 LGSS y en confirmar o casar la sentencia recurrida, no en determinar quién debía asumir el pago de la prestación.

Para identificar al que debía haber sido el responsable del pago de la indemnización, el TS cita abundante jurisprudencia y, en particular, la STS de 26 de marzo de 2013 (Rec. 1207/2012), donde se concluye que las mutuas de accidentes de trabajo sólo son responsables de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional, como preceptúa la reforma establecida por la disposición final 8ª de la Ley 51/2007 en los artículos 68, 87, 200 y 201 LGSS, cuando el riesgo profesional se hubiera generado a partir del 1 de enero de 2008, no antes, porque si la exposición al riesgo había sido anterior, como es el caso de la hipoacusia diagnosticada en 2006, la cobertura de las prestaciones correspondía al Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962), integrado en el INSS (disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978), limitándose las mutuas a la colaboración en las prestaciones de incapacidad temporal y período de observación por estas contingencias de conformidad con el artículo 68.3.b) LGSS. Pero, como hemos señalado, a nada conduce esta precisión, porque la unificación de doctrina se limita al *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción en relación con las lesiones permanentes no invalidantes. Y atendiendo al motivo único del recurso, el TS nada puede decir, y nada dice después de tan largo excurso, sobre el responsable del pago de la prestación.

Cuando la Sala de lo Social entra, finalmente, en el fondo del asunto, la parquedad argumentativa contrasta con la innecesaria prodigalidad anterior. Sin apoyo ni referencia jurisprudencial alguna, la Sala de lo Social confirma la sentencia recurrida. En su opinión, la prescripción de la acción no se ha producido “por cuanto el *dies a quo* para el cómputo de la misma se inicia en el hecho causante (*sic*) que en el caso estaba indeterminado, y si bien pudiese pensarse que estaba situado alrededor de 2006 (cuando se realizó la primera audiometría), lo cierto es que en el caso las dolencias no fueron valoradas”. Para la Sala de lo Social, el cómputo del plazo de cinco años de prescripción “no se inicia hasta el momento en que calificadas las dolencias se determina su origen profesional que determina la contingencia y ello se produce en el año 2012 con la resolución del INSS”. Lo decisivo, por tanto, para la Sala de lo Social a efectos del cómputo del plazo fijado en el artículo 43. 1 LGSS, no es el momento del diagnóstico de la hipoacusia, ni el conocimiento por parte del trabajador de la misma, y ni siquiera la constancia de que el trabajador conocía, o pudo conocer, la concurrencia de los elementos normativos del derecho. El hecho causante a partir del cual ha de comenzar el cómputo debe ser la calificación jurídica de las dolencias y la determinación de su origen profesional, lo que evidentemente se produce, como afirma con rotundidad el TS, en la resolución del INSS de 2012.

Teniendo en cuenta la trascendencia de su unificación de doctrina en punto al delicado instituto de la prescripción, hubiera sido deseable que la Sala de lo Social desarrollara un mayor esfuerzo de argumentación. Sin duda, la Sala de lo Social ha querido evitar el desamparo del trabajador afectado y la pérdida de la prestación a la que su

hipoacusia le daba derecho, recurriendo a una interpretación humanitario-finalista del rígido ordenamiento jurídico de la Seguridad Social³. Pero creemos que, en esta ocasión, dicha interpretación ha ido más allá de lo que la norma admite.

Desde el punto de vista dogmático, la sentencia desactiva la prescripción de la acción administrativa al considerar indeterminado cualquier hecho causante que no sea la resolución del INSS. Y anula el plazo que la norma señala, puesto que confunde el *dies a quo* con el *dies ad quem*. Su criterio es opuesto a la doctrina judicial de contraste y su interpretación del artículo 43.1 LGSS obvia su propia jurisprudencia anterior sobre dicho precepto en supuestos en que tampoco se concreta legalmente cuándo ha de computarse el plazo de prescripción. Ante un caso de revisión de una pensión, la STS de 18 de marzo de 1999 (Rec. 3008/1999) consideró que el interesado no puso de manifiesto ante la entidad gestora la incertidumbre de su situación ni promovió procedimiento alguno para aclararla, sino que con su actitud pasiva dejó transcurrir con exceso los cinco años a que se refiere el artículo 43 LGSS sin solicitar la revisión de la pensión y ello comporta la carga de soportar las consecuencias negativas de la prescripción quinquenal. Y en un supuesto de revisión de prestaciones por desempleo por parte del INSS, la STS de 28 de febrero de 2000 (Rec. 2248/2000) declaró que tanto en el artículo 145.3 de la antigua LPL como en el artículo 43.1 LGSS debe entenderse que la acción podrá ejercitarse no desde el momento en que circunstancias subjetivas como el conocimiento u otras semejantes hacen posible su efectivo ejercicio, sino desde que se dan las condiciones para que con arreglo a la ley sea posible su ejercicio⁴; es decir, cuando el actor pudo ejercitarla, no cuando efectivamente la ejercitó, porque entonces el plazo de prescripción carece de sentido.

6. LA INTERPRETACIÓN DEL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN *EX* ARTÍCULO 1969 CC: EL CRITERIO DEL CONOCIMIENTO POTENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE EJERCER LA ACCIÓN

La STS comentada se aparta, además, de la jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del TS en su interpretación del *dies a quo* del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones, que según el artículo 1969 CC ha de ser “el día en que pudieron ejercitarse”. Y también de la doctrina mayoritaria, que considera que el fundamento del instituto de la prescripción radica en el mantenimiento de la estabilidad en las relaciones jurídicas. Su finalidad es la seguridad jurídica, que se consigue poniendo fin a la duda o incertidumbre derivada del no ejercicio de un derecho, evitando así que el deudor esté eternamente expuesto a que el actor ejercite contra él su derecho⁵.

³ Sobre la aplicación por la Sala de lo Social del TS de criterios interpretativos de carácter humanitario-finalista para intentar mitigar las situaciones de desamparo que, en ocasiones, genera la rigidez del ordenamiento jurídico-administrativo en materia de Seguridad Social, A. VALDÉS ALONSO, “Sobre la caducidad del derecho a percibir prestaciones de tanto alzado (Comentario a la STS 4ª de 18 de enero de 2000)”, *Relaciones Laborales*, num. 12, 2000, pág. 885.

⁴ Un comentario de ambas en A. V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pp. 211-212.

⁵ Por todos, M. J. MARÍN LÓPEZ, “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción”, ponencia presentada a las XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valladolid, 9 de mayo de 2014 (se maneja original en PDF: <http://www.derechocivil.net/jornadas/MANUEL%20MARIN%20APDC.pdf>, p. 7). Dicha ponencia ha sido publicada recientemente con el título “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”, en VV.AA., *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-234.

Con carácter general, la prescripción supone un plazo o un tiempo para el ejercicio de los derechos, pasado el cual sin que el actor los ejercite éstos decaen en su posibilidad de ejercicio, pero no como una sanción al comportamiento del beneficiario o por una suerte de abandono o renuncia tácita de los mismos, sino por la necesidad de proporcionar seguridad jurídica⁶. Ello justifica el sacrificio del actor.

La prescripción produce sus efectos por el transcurso del tiempo, lo que requiere fijar con precisión la fecha en que comienza a correr el plazo. La determinación del *dies a quo* constituye, por ello, uno de los elementos más relevantes de su régimen jurídico. Desde el punto de vista teórico, la determinación de ese día puede basarse en un criterio objetivo o subjetivo. Con el criterio objetivo el plazo comienza a partir del momento en que objetivamente la pretensión se puede ejercitar, esto es, desde que la pretensión ha nacido, sin atender a las circunstancias subjetivas del acreedor o actor. El criterio subjetivo, en cambio, toma en consideración para iniciar el cómputo el conocimiento de los hechos y circunstancias que dan lugar al derecho (subjetivo puro) o la posibilidad razonable de conocerlos (conocimiento potencial). El *dies a quo* no llega, entonces, hasta que el acreedor conozca (o pueda conocer) estos datos, pues si los ignora es evidente que no puede ejercitar la acción, porque ignora que ha nacido. El criterio objetivo consigue dar certidumbre en el tráfico, pero no tiene en cuenta las circunstancias personales del actor; el subjetivo es más flexible, pero hace depender el *dies a quo* de circunstancias que están en la órbita privada del actor y cuya acreditación no resulta fácil⁷. Precisamente por ello, el criterio subjetivo puro, basado en el conocimiento *efectivo* por el actor de todas las circunstancias en que se funda la pretensión, no puede ser aceptado en aras de la seguridad jurídica. Ningún sistema jurídico de nuestro entorno lo ha adoptado. En el Derecho comparado más reciente lo que se acoge es criterio del conocimiento *potencial* de los hechos y del surgimiento del derecho. El *dies a quo* no se hace depender de que el acreedor conozca todas las circunstancias y su relevancia jurídica, sino de que pueda razonablemente conocerlos, actuando con la diligencia que le es exigible. Y es esa “congnoscibilidad” razonable la que inicia el cómputo del plazo y lo que hace que el modelo responda a criterios subjetivos, pero objetivables⁸.

Este criterio del conocimiento potencial ha sido en los últimos años asumido por la mayoría de la doctrina (Albaladejo⁹, Gómez Corraliza¹⁰, Ureña Martínez¹¹) y por la más

⁶ L. Díez-PICAZO, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 127.

⁷ M. J. MARÍN LÓPEZ, “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción”, cit., pp. 35-36.

⁸ En Francia, tras la reforma de 2008 del *Code*, el cómputo del plazo se inicia el día que el titular del derecho conocía, o debía haber conocido, los hechos que le permiten ejercerlo. Pero el conocimiento requerido afecta sólo a los hechos, no al derecho. La ignorancia del derecho no impide que el plazo de prescripción comience. En Alemania, el BGB asume ambos criterios (objetivo y subjetivo) y el plazo general de prescripción comienza el día siguiente a aquél en el que la pretensión ha nacido y el titular ha tenido conocimiento, o debería haberlo tenido de no actuar con negligencia grave, de las circunstancias que fundamentan la pretensión. Y según el Tribunal Supremo de EE.UU, el plazo de prescripción no empieza hasta que el demandante conozca, o empleando una diligencia razonable hubiera podido conocer, los hechos que fundamentan la pretensión (el asunto *Urie v. Thompson*, en 1949, fue la primera vez que el TS utilizó la *discovery rule*). Cfr. LICARI, “Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d’expériences étrangères récentes ou en gestation (Lousiane, Allemagne, Israël)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, 2009, pp. 758-769.

⁹ M. ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 50

reciente jurisprudencia del TS. Con anterioridad, la Sala de lo Civil del TS consideraba que el *dies a quo* para el cómputo del artículo 1969 CE era el de la *actio nata*, es decir, cuando surge la posibilidad legal objetiva de actuar “independizada de toda condición o circunstancia subjetiva del interesada, sin que por lo tanto juegue o influya el personal conocimiento de dicha resolución por el interesado”¹². Frente al rigor de la *actio nata*, el TS optó en ocasiones por la “teoría de la realización”, una suerte de criterio subjetivo puro que vinculaba el *dies a quo* al momento en que el titular del derecho conociera efectivamente “las bases para actuarlo”¹³ o dispusiera “de los elementos fácticos y jurídicos” que le otorgaran la actitud plena para accionar¹⁴. Sin embargo, a partir de la STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 4350), se establece de forma general que el plazo de prescripción se inicia no con el conocimiento efectivo de que el derecho existe, sino cuando el acreedor ha tenido la *posibilidad* de conocer los hechos y las circunstancias que fundamentan su pretensión. Para que se inicie el cómputo del plazo prescriptivo basta que el titular de la pretensión pueda razonablemente haber conocido las circunstancias y la relevancia jurídica de los hechos. Y así lo han confirmado sin vacilación numerosas sentencias posteriores¹⁵.

El conocimiento potencial remite a la diligencia debida del actor. El titular de la pretensión debe actuar diligentemente para poder conocer los hechos que dan vida a su derecho. La ignorancia negligente no puede retrasar el *dies a quo* y trasladar al demandado la carga de ese retraso. La desidia sólo al actor es imputable y él debe asumir las consecuencias, llegado el caso con la pérdida del derecho por prescripción de la acción. El *dies a quo* debe, por tanto, producirse aunque el actor ignore las circunstancias que dan origen a su pretensión siempre que el actor, de haber sido diligente, hubiera podido conocerlas. El criterio del conocimiento potencial remite a parámetros de razonabilidad de la conducta y ello es congruente con el fundamento y la finalidad de la prescripción.

Este criterio resulta, además, plenamente justificado desde el plano procesal. Con el criterio subjetivo puro, el demandado que alega la prescripción tendría la carga de probar que el actor conocía efectivamente todos los elementos factuales y normativos que fundamentan la pretensión. Pero la acreditación de esos elementos por persona distinta al titular de la pretensión resulta muy difícil e incluso imposible. La regla del conocimiento potencial facilita, en cambio, al demandado la prueba de la prescripción alegada, pues le bastará con probar los hechos o circunstancias que deberían haber llevado al demandante, actuando con la diligencia debida, a conocer las circunstancias que fundamentan la pretensión. Incluso esos hechos o circunstancias no tendrían que ser aportados necesariamente por el demandado

¹⁰ B. GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 225.

¹¹ M. UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Comares, Granada, 1997, pp. 96-99.

¹² Por todas, STS (Sala de lo Civil) de 22 de marzo de 1971 (RJ 1302, 1971).

¹³ SSTS de 5 de junio de 2008 (RJ 4239, 2008) y 25 de marzo de 2009 (RJ 1746, 2009).

¹⁴ SSTS de 28 de junio de 2012 (RJ 10403, 2012) y de 18 de diciembre de 2012 (RJ 1251, 2013), entre otras.

¹⁵ SSTS de 4 de abril de 2013 (RJ 2597, 2013), 21 de junio de 2013 (RJ 8079, 2013), 2 de diciembre de 2013 (RJ 7832, 2013) y 14 de enero de 2014 (RJ 1, 2014).

bajo el criterio del conocimiento potencial, puesto que pueden derivar del relato de los hechos expuestos por el actor o de las pruebas practicadas¹⁶.

7. CONCLUSIONES

En su STS de 19 de febrero de 2015, la Sala de lo Social ha optado por una interpretación humanitaria y teleológica del marco normativo de la prescripción de las lesiones permanentes no invalidantes a fin de lograr la efectividad del derecho y el cobro de la prestación, que, de otro modo, el trabajador habría perdido. Para ello, ha buscado apoyo en la supuesta indeterminación del hecho causante del derecho al reconocimiento de la prestación, cuyos elementos normativos en que se fundamenta el derecho desconocería su titular. Frente al criterio objetivo en materia de prescripción, que haría correr el plazo desde que la hipoacusia fue diagnosticada, la Sala de lo Social ha optado por el criterio subjetivo puro, basado en el conocimiento efectivo de la concurrencia de los requisitos jurídicos por parte del actor. El *dies a quo* solo comienza, así, cuando el actor tenga constancia de esa concurrencia y, además, la constancia sea acreditada. ¿Pero puede acreditarla el demandado, a quien corresponde la carga de la prueba?. Evidentemente no, por lo que sus garantías en el equilibrio de intereses que la prescripción pretende quedan anuladas.

Tras la primera audiometría, el trabajador tenía posibilidad real de ejercitar la acción si mediante su conducta diligente hubiera advertido las circunstancias que podían fundamentar su pretensión, preguntando a los facultativos, consultando en su entorno laboral y sindical o informándose en las instituciones. Nada de esto hizo. Y siendo así, su ignorancia negligente o desidia no deben impedir el inicio del plazo de prescripción. El hecho causante de la acción no puede quedar en suspenso, dejando en manos del actor la decisión de cuándo ha de comenzar a correr el plazo de prescripción.

Sin duda, el denominado “hecho causante de la prestación” previsto en el artículo 43.1 LGSS es un concepto jurídico indeterminado que exige su determinación con arreglo a criterios interpretativos, pero no tan libres que lleguen a desvirtuar la letra, el contenido y, sobre todo, la función del artículo 43.1 LGSS y del instituto de la prescripción que en él se regula. Y eso es precisamente lo que ha ocurrido. Las consecuencias de la interpretación de la Sala de lo Social exceden la loable finalidad tuitiva que la anima, puesto que, desempeñando una función negativa, anula en la práctica el plazo de prescripción, lo que neutraliza la función de una institución que, al igual que ocurre con la caducidad, se justifica, según Gómez Corraliza, en la necesidad de eliminar la incertidumbre y de proporcionar a la comunidad seguridad jurídica¹⁷.

¹⁶ M. J. MARÍN LÓPEZ, “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción”, cit., p. 130.

¹⁷ B. GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, cit., pp. 148-149.

El acceso a las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial a tenor de la reciente doctrina judicial (sentencia de 14 abril 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

Social security benefits for part-time employees under recent legal doctrine (Judgment 14th April 2015 by the European Court of Justice)

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

PROFESOR SUSTITUTO INTERINO/ACREDITADO AL CUERPO DE PROFESORES
CONTRATADOS DOCTORES DE UNIVERSIDAD
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

No resulta sencillo establecer un modelo de prestaciones justo y que otorgue una protección adecuada a los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad de contratación a tiempo parcial, teniendo en cuenta especialmente que no se presta trabajo de forma continuada, ni se cotiza por la jornada considerada a tiempo completo. El reto que se establece deriva de aplicar una modalidad de prestaciones que respete el principio de igualdad, tanto de forma genérica respecto de todos los trabajadores, como de forma específica en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo –*teniendo en cuenta a este respecto la mayor cuota de contratación en este ámbito de la mano de obra femenina*–. A partir de la STC 253/2004, de 22 de diciembre, a tenor de la cual se declaró la nulidad del párrafo 2º del artículo 12.4 ET, la evolución normativa mantiene un pulso constante con la jurisprudencia, sin que los últimos pronunciamientos judiciales permitan pensar que la solución actual es definitiva e irreprochable desde el punto de vista constitucional.

Abstract

It is not easy to establish a fair social benefits system which provides adequate protection for part-time employees, considering that they neither carry out their work on a continuous basis or pay contributions on a full-time basis. The main change arises from applying a benefit system with due respect to the principle of equality both generically, in respect of the full time employees, and specifically, non discrimination on grounds of sex –considering that in this field there is a higher quota of female labour force. As the Constitutional Court has affirmed in its Ruling 253/004, 22nd December, declaring the nullity of paragraph 2nd article 12.4 of Workers Statute, the normative evolution has constantly confronted with jurisprudence, albeit latter judicial decisions do not suggest that we should view the current arrangement as a permanent or above reproach one from a constitutional point of view.

Palabras clave

Contrato a tiempo parcial, prestaciones, incapacidad permanente, principio de igualdad, discriminación indirecta.

Keywords

part-time contract, benefits, permanent disability, principle of equality, indirect discrimination.

1. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL

Con carácter previo al análisis de la sentencia comentada resulta de interés contextualizar el problema de fondo tratado: la regulación normativa del acceso a las prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Es de notar que las normas de

aplicación aparecen en la Disposición Adicional 7ª LGSS, desarrollada por el RD 1131/2002, de 31 de octubre, si bien esta regulación ha sido posteriormente modificada de forma notable por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto.

No resulta sencillo establecer un modelo de prestaciones justo y que otorgue una protección adecuada a los trabajadores que prestan servicios bajo esta modalidad de contratación, especialmente atendiendo a la especificidad de la misma *–y considerando que no se presta trabajo de forma continuada, ni se cotiza por la jornada considerada a tiempo completo–*. El reto que se establece deriva de aplicar una modalidad de prestaciones que respete el principio de igualdad, tanto de forma genérica respecto de todos los trabajadores, como de forma específica en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo *–teniendo en cuenta a este respecto la mayor cuota de contratación en este ámbito de la mano de obra femenina–*.

Deben tenerse presente las numerosas reformas legislativas llevadas a cabo como consecuencia de los diversos pronunciamientos de inconstitucionalidad. De entrada cabe citar la declaración auspiciada por la sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre, en virtud de la cual se declaró la nulidad del párrafo 2º del artículo 12.4 ET. El mismo disponía el cómputo en exclusiva de las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización contemplados a efectos del acceso a prestaciones de seguridad social, con inclusión de la protección por desempleo. La solución que se ofreció introdujo algunas correcciones como la disminución del número de horas precisas para considerar completado un día y la aplicación de un coeficiente multiplicador respecto de prestaciones que precisaran períodos de ocupación cotizada más larga (Disposición Adicional 7ª.1.2ª LGSS y art. 3.1 del RD 1131/2002).

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia ordinaria (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007¹ y 11 de junio de 2008) no ha interpretado la existencia de discriminación respecto de los trabajadores a tiempo completo, la jurisprudencia comunitaria vino a resaltar a través de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012, que la fórmula utilizada infringía el principio de igualdad y no discriminación en la medida en que impedía el acceso a pensiones de jubilación, afectando en mayor medida a las mujeres, por ser de forma mayoritaria las principales usuarias del contrato a tiempo parcial. Con el mismo criterio la posterior sentencia del Tribunal

¹ STS 16-10-2007 (REC 127/2007) y STS 11-06-2008 (REC 2706/2007). Estas sentencias destacaron que mientras el Tribunal Constitucional no declarara la inconstitucionalidad del precepto [en su día existía una cuestión de constitucionalidad pendiente en relación al precepto por posible vulneración del artículo 14 CE] el mismo mantiene *«un criterio riguroso en orden a la determinación del período de carencia necesario para acceder a la prestación de incapacidad temporal, pues la división por cinco de las horas trabajadas en un empleo a tiempo parcial posiblemente no se aleje del principio de proporcionalidad estricta si lo comparamos con los trabajadores a tiempo completo»*. Se precisa a continuación que se trata de una regla correctora que tiene como objetivo facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: *«Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el artículo 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto (párrafo 6º, FJ 3º TC 253/04)»*.

Constitucional 61/2013, de 14 de marzo, ha venido a declarar la inconstitucionalidad de la regla segunda de la Disposición Adicional 7ª.1 LGSS².

A tal efecto se establecen las siguientes nuevas reglas para acreditar los períodos de cotización precisos para el acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad:

a) En primer término, se han de tener en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador ha permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, independientemente de cual sea la duración de la jornada correspondiente a cada uno de ellos. Una vez concretados los periodos computables con contrato a tiempo parcial se aplica el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada considerada a tiempo completo, obteniéndose como resultado el número de días computables que se considerarán efectivamente cotizados en el período correspondiente. Una vez concretado el número de días resultante se añadirán, si procede, los días cotizados a tiempo completo, obteniéndose como resultado total el número de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Cuando se hubiera concretado el número de días de cotización acreditados se pasará a calcular el coeficiente global de parcialidad, el cual se corresponde con el porcentaje que resulta del número de días trabajados y acreditados como cotizados, respecto del total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

c) Al objeto de determinar el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas a que puedan tener acceso, se aplicará al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad que se hubiera determinado en la anterior letra b).

En último término se ha de concretar que para los supuestos en que, para poder acceder a la correspondiente prestación económica, resulte exigible que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible.

Se ha de tener en cuenta, en cualquier caso, que en función de las prestaciones de que se trate se establecen especialidades relativas al cómputo de cotizaciones. En concreto respecto de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común –*que se corresponden al grupo de las tratadas en la sentencia que se comenta*–, el número final de días cotizados que resulten de la aplicación de los criterios de parcialidad (letra a) de la regla segunda), se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin

² STC 61/2013, de 14 de marzo. Como se desprende de esta sentencia el principio de contributividad permite explicar que las cotizaciones ingresadas determinen la cuantía de la prestación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial si bien, no puede justificar la diversidad de criterios establecidos entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial para el cómputo de los períodos precisos para el acceso a tal prestación. Es por tal motivo que se concluye que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, en la medida, en primer término, en que lesiona el derecho a la igualdad y, en segundo término, en razón a que provoca una discriminación indirecta por razón de sexo en virtud de su incidencia predominante incidencia sobre el empleo femenino.

que en ningún caso el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. Esta regla correctora viene a reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus que equivale a medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado conforme al criterio de proporcionalidad, pretendiéndose aplicar este plus de forma uniforme para todos los trabajadores contratados a tiempo parcial, con independencia del tiempo de duración de la jornada de trabajo que hubiera realizado o del período temporal más o menos amplio bajo esta modalidad contractual dentro de la vida laboral de cada trabajador.

2. LA SENTENCIA, DE 14 ABRIL 2015, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (GRAN SALA) CASO LOURDES CACHALDORA FERNÁNDEZ CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS)

A tenor de lo que expresa la normativa vigente en nuestro país el importe de las pensiones de incapacidad permanente se calcula considerando las bases de cotización efectuadas durante los ocho años anteriores al momento en que se produjo el hecho que provocó la incapacidad. La norma establece un mecanismo corrector en aquellos casos en los que el interesado no hubiera cotizado durante algunos meses al régimen de seguridad social durante el periodo de mención. A través de este mecanismo se procede a integrar los períodos indicados en la base reguladora de la pensión de incapacidad considerando unas bases de cotización que se denominan «*ficticias*». En la forma expuesta, cuando el interesado cese en su actividad profesional tras llevar a cabo un periodo de actividad a tiempo completo se tendrá en consideración la base de cotización que se hubiera aplicado a los períodos de trabajo a tiempo completo. Sin embargo, cuando el trabajador afectado hubiera prestado sus servicios a tiempo parcial durante el período precedente a la interrupción de esas cotizaciones, la integración de los períodos en que se produjeran lagunas de cotización se ha de calcular a tenor de una base de cotización reducida, que habrá de resultar de la aplicación de un coeficiente de parcialidad.

2.1. El supuesto de hecho objeto de litigio

El supuesto que da origen al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea parte de la reclamación que efectúa la Sra. Lourdes Cachaldora Fernández frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Esta trabajadora había cotizado a la Seguridad Social española desde el 15 de septiembre de 1971 hasta el 25 de abril de 2010, periodo en que se computó un total de 5.523 días efectivos de cotización. Durante el desarrollo del periodo aludido desempeñó su profesión a tiempo completo, a excepción del período comprendido entre el 1 de septiembre de 1998 y el 23 de enero de 2002, en el que la actividad desempeñada lo fue a tiempo parcial. Frente a estos períodos de actividad la Sra. Cachaldora Fernández no llevó a cabo ninguna actividad profesional en el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2002 y el 30 de noviembre de 2005, período en el que por tanto no se produjo cotización alguna a la Seguridad Social.

En el período final de su vida laboral (año 2010) la Sra. Cachaldora Fernández solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social una pensión de incapacidad permanente. Finalmente le fue reconocida una incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual, de lo que derivó la aplicación de un porcentaje del 55% a la base reguladora de la

prestación que se concretó en el importe de 347,03 € mensuales. La determinación de esta base reguladora, manifiestamente exigua, se calculó considerando como período de referencia los ocho años anteriores a la fecha del hecho causante, esto es, el periodo que abarca desde marzo de 2002 a febrero de 2010, si bien en lo que se refiere al periodo comprendido entre marzo de 2002 y noviembre 2005, se tuvieron en cuenta las bases mínimas de cotización correspondientes a cada uno de esos años con la reducción que se deducía de aplicar el coeficiente de parcialidad aplicable a las últimas cotizaciones previa a marzo de 2002.

La interesada, no mostrándose conforme con la solución adoptada por las Entidades Gestoras, formuló una reclamación frente a la resolución dictada manifestando que al efecto de calcular su pensión se deberían tomar en consideración durante el período comprendido entre marzo de 2002 y noviembre de 2005 las bases mínimas de cotización vigente en cada uno de esos años pero en su cuantía íntegra –*no en la reducida que deriva de la aplicación del coeficiente de parcialidad*–. A tenor del planteamiento descrito la base reguladora de la pensión habría ascendido a la cantidad de 763,76 €.

En la forma planteada la Entidad Gestora desestimó la reclamación efectuada por la interesada aduciendo que el método de cálculo no respetaba los criterios contenidos en el artículo 7, apartado 2, del Real Decreto 1131/2002. Frente a la resolución desestimatoria se interpuso demanda que fue turnada ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, el cual desestimó el recurso interpuesto y confirmó la resolución administrativa del INSS apoyándose en la norma citada y en la disposición adicional séptima de la LGSS.

Como consecuencia de la desestimación del recurso interpuesto en vía administrativa y la demanda ante el Juzgado de lo Social la accionante formuló recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Este órgano jurisdiccional a la hora de afrontar la solución del supuesto litigioso se plantea la eventual falta de la compatibilidad de la regulación española respecto del Derecho de la Unión Europea.

2.2. La petición de decisión prejudicial por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

A tenor de lo expuesto se formula por el Tribunal Superior de Justicia una petición de decisión prejudicial que atiende a la interpretación del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, la cual contempla incorpora dos peticiones. La primera se refiere a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. La segunda hace mención a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido el 6 de junio de 1997, que se incorpora al anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por las organizaciones UNICE (asociación europea de industrias y empleadores), el CEEP (asociación de empleadores) y la CES (asociación de empleados), a tenor de la versión actualizada de la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998.

El órgano jurisdiccional que remite la petición de decisión prejudicial plantea, en primer término, si en el supuesto litigioso se produce una discriminación indirecta de las trabajadoras a tenor de los criterios contenidos en la Directiva 79/7. Se aduce que en la

medida en que las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio aludido afectan mayoritariamente al colectivo de trabajadoras cabe dudar acerca de que se ofrezca cobertura adecuada al principio contenido en nuestra normativa, a tenor del cual *«la integración de lagunas [de cotización] de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora de la Seguridad Social, que determina que la protección de dicho sistema nunca puede exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado»*, de modo que este criterio puede no resultar acorde con las exigencias del Derecho de la Unión.

El órgano jurisdiccional español cuestiona que se respete adecuadamente el criterio de proporcionalidad que debe tener en cuenta las contribuciones del trabajador a través de las cotizaciones al sistema ingresadas a lo largo de su carrera profesional. Sin embargo, las disposiciones nacionales discutidas no consideran adecuadamente esta contribución dado que obligan a aplicar el coeficiente de parcialidad que se corresponde con el contrato inmediatamente anterior a la laguna de cotización. La aplicación de la norma española obliga a tomar en consideración el coeficiente de parcialidad que se corresponde con el contrato que precede a la laguna de cotización. En la forma expuesta se alcanzan resultados –como en el supuesto litigioso– totalmente desproporcionados ya que a pesar de que la trabajadora desempeñó la mayor parte de su trayectoria profesional con contrataciones a tiempo completo las lagunas de cotización (que se corresponden con unos 3 años y medio del cómputo tenido en cuenta) se cubren aplicando el coeficiente de parcialidad que se corresponde con el contrato a tiempo parcial suscrito de forma inmediatamente anterior a la laguna de cotización. En la forma expuesta se llega a un resultado totalmente desproporcionado cuando –como el caso– el contrato a tiempo parcial representa una pequeña proporción respecto de la carrera profesional total del trabajador afectado.

Se ha de tener en cuenta, no obstante, la apreciación que lleva a cabo el órgano jurisdiccional remitente, en el sentido de que no cabe la aplicación válida de un criterio de proporcionalidad respecto del mecanismo de cobertura de las lagunas de cotización, toda vez que las mismas no obedecen a una lógica contributiva. De hecho, las lagunas se cubren con bases de cotización fijas determinadas de forma automática sin tener en cuenta las cotizaciones realizadas. En este caso, la clara disfunción que se produce deriva de que para la Sra. Cachaldora Fernández resultó considerablemente perjudicial haber trabajado a tiempo parcial y haber realizado las cotizaciones correspondientes en lugar de permanecer inactiva y sin cotización, ya que en este último caso la cobertura de las lagunas de cotización se ha llevado a cabo con la base reguladora del contrato a tiempo parcial en lugar de la correspondiente al contrato a tiempo completo.

En segundo término, se venía a considerar que las disposiciones nacionales aplicables en el litigio principal podrían ser contrarias al Acuerdo marco. Y en este sentido, podría entrar en juego la cláusula 5, apartado 1, letra a), de tal Acuerdo marco que obliga a los Estados miembros a identificar los obstáculos de naturaleza de carácter jurídico o administrativo que puedan limitar las posibilidades de las contrataciones a tiempo parcial para, en su caso, proceder a su eliminación. En este sentido, cabría apreciar que las lagunas de cotización a tenor de la normativa española pueden constituir un *«obstáculo de naturaleza jurídica»* a la concertación de contratos de trabajo a tiempo parcial, toda vez que se provoca

un perjuicio a quienes tras perder un empleo a tiempo completo a continuación aceptan una contratación a tiempo parcial.

En función de los antecedentes descritos, el tribunal remitente planteó dos cuestiones prejudiciales concretas:

1) La primera cuestiona si resulta contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7 la norma interna en que se concreta la Disposición Adicional 7ª, nº 1, regla 3ª, letra b) LGSS en la medida en que afecta a un colectivo mayoritariamente femenino, considerando que las lagunas de cotización que se puedan producir para el cálculo de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente de carácter contributivo posteriores a un empleo a tiempo parcial se calcula considerando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento aplicándoles la reducción del coeficiente de parcialidad correspondiente, en tanto que, si el contrato es a tiempo completo no se aplica la reducción.

2) La segunda plantea si la cláusula 5ª, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco se enfrenta a la norma interna anteriormente citada (Disposición Adicional 7ª, número 1, regla 3ª, letra b) de la LGSS) siendo los efectos los descritos con anterioridad.

2.3. La solución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En primer término se ha de advertir que el Derecho de la Unión Europea permite, a priori, que el legislador español determine la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente utilizando un número limitado de ocho años, así como la aplicación de un coeficiente reductor en aquellos supuestos en que la laguna de cotización se produzca una vez acabada una contratación a tiempo parcial. Partiendo de estos antecedentes, la sentencia pretende discernir si la normativa aludida respeta los criterios mantenidos en la Directiva 79/7. Inicialmente razona que la normativa nacional no implica una discriminación directa basada en el sexo, toda vez que el coeficiente reductor se aplica de forma indistinta a hombres y mujeres. A partir de este dato, se procura determinar si comporta una discriminación indirecta. Y, a estos efectos, se entiende que la misma concurre cuando *«la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres»*, debiéndose tener en cuenta que la norma nacional discutida no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino sólo a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas dentro del período temporal de ocho años previo a la fecha en la que se produce el hecho causante. Por tanto, los datos estadísticos generales, que efectivamente corroboran que las mujeres ocupan de forma mayoritaria las contrataciones a tiempo parcial, no permiten demostrar que la disposición concreta a que se alude afecte a más mujeres que a hombres.

De forma paralela también entra en el juego argumental la consideración de que la normativa no siempre ofrece resultados negativos para los trabajadores pues, a la inversa, quienes trabajan a tiempo parcial pueden igualmente verse favorecidos por la normativa nacional controvertida en los supuestos en que el contrato previo a la inactividad profesional se haya concertado a tiempo completo, dado que en tales supuestos percibirán una pensión de un importe superior a las cotizaciones efectivamente abonadas.

Considerando en definitiva que el órgano requirente no ha acreditado que la normativa discutida afecte de forma predominante a aquellos que trabajan a tiempo parcial y, más en concreto, a las mujeres, se concluye que no cabe considerar la medida como indirectamente discriminatoria. De este modo queda resuelto en sentido negativo la primera cuestión prejudicial que se plantea resolviéndose que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 no se opone a una norma nacional española.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial planteada se refiere a la eventual infracción de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco. Desde esta perspectiva debe precisarse que la medida discutida entra a formar parte más de las obligaciones en materia de política social general que del ámbito de las condiciones de empleo. Se aprecia, por otra parte, como se ha razonado en el análisis de la primera cuestión prejudicial que las repercusiones de la disposición nacional sobre los trabajadores a tiempo parcial son aleatorias no pudiéndose considerar, en definitiva, como un obstáculo de carácter jurídico que pueda limitar las posibilidades de contratación bajo la modalidad de tiempo parcial. Es por ello que se concluye que el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, y que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, no incorpora dentro de su ámbito de aplicación una normativa nacional que regula el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente por parte de los trabajadores que resultan acreedores de una incapacidad permanente.

3. CONCLUSIONES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN A TENOR DE LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La cuestión central del debate tiene que ver con la fórmula aplicada para la integración de los períodos durante los cuales no ha habido obligación de cotizar en las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente. En ambos casos la laguna de cotización se cubre con la base mínima de cotización de entre las que se aplicaran en cada momento, correspondientes al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar. La aplicación de esta regla ha provocado resultados que desde el punto de vista de la justicia material resultan discutibles dado que trabajadores con trayectorias de cotización similares acceden de hecho a prestaciones sustancialmente diferentes en función de que el contrato de trabajo anterior a la laguna de cotización sea a tiempo completo o a tiempo parcial. Resulta particularmente llamativo el supuesto debatido en la sentencia comentada en el que una trabajadora con una trayectoria laboral en la que predominaba de forma clara la contratación a tiempo completo se ve perjudicada de forma especialmente notable por haber concertado el último de sus contratos a tiempo parcial. La razón se concreta en que la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente que se le concede resulta considerablemente reducida como consecuencia de aplicar en las lagunas de cotización la base reguladora correspondiente al último contrato de trabajo concertado a tiempo parcial.

Previamente a la sentencia que se comenta el Tribunal Constitucional no ha considerado que los aspectos comentados de la norma española vulneren el principio de igualdad (sentencia 156/2014, de 25 de septiembre). En este caso se entendió que no concurría una vulneración del principio de igualdad toda vez que la Disposición Adicional 7ª LGSS se limita a aplicar a los trabajadores a tiempo parcial la misma regla que con carácter general resulta de aplicación a los trabajadores a tiempo completo a la hora de integrar las

lagunas de cotización con la base mínima de cotización. Se concluye que no se produce diferencia de trato, si bien la base reguladora aplicable varía pero viene condicionada por un dato objetivo al aplicarse aquella última por la que el trabajador ha venido cotizando. Se entiende pues que resulta razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual ha de determinar una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y por tanto cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo.

A la hora de aplicar el mecanismo de la integración de lagunas se crea una ficción legal que permite el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social de manera que ésta debe cubrirse según la presunta cotización que el beneficiario podría haber realizado de no haberse interrumpido su obligación de cotizar. Lo expuesto supone un especie de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases estandarizadas constituidas por las bases mínimas.

Se está, por tanto ante una opción de política legislativa en la que el legislador podía haber optado por cubrir la laguna con una cantidad que resultar igual para todos los trabajadores, admitiendo así el carácter asistencial o no contributivo que se predica de la ficción legal creada toda vez que el trabajador ni realmente presta servicios ni, por tanto, cotiza a la Seguridad Social. Sin embargo, ha decidido tener en cuenta las contribuciones que efectivamente se han llevado a cabo en el momento previo a la laguna, recurriendo así a una fórmula que se atiene a criterios de contributividad. Se concluye, en definitiva que la norma discutida no establece discriminación de ningún tipo, de modo que se entiende que la norma persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de fundamento.

Salta a la vista la situación de contraste que se crea frente a las sentencias dictadas previamente por el Tribunal Constitucional (entre otras la STC 61/2013³ que declaró inconstitucional la redacción anterior de la Disposición Adicional 7ª en cuanto a la forma de cómputo de los períodos de cotización). Los precedentes aludidos provocaron la reciente regulación normativa contenida en el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, si bien persisten dudas relativas a las posibles diferencias de trato entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en materia de Seguridad Social. Y ello en razón a la evidencia de que la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres y, que, a tal efecto, podemos estar ante una posible discriminación indirecta por razón de sexo.

Al hilo de este último argumento hay que tener en cuenta el criterio mostrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que respondiendo a la primera cuestión prejudicial concluye que el órgano requirente no ha acreditado que la normativa discutida afecte de forma predominante a aquellos que trabajan a tiempo parcial y, más en concreto, a las mujeres. Lo expuesto implica que queda acreditado que las mujeres ocupan 4 de cada 5 contrataciones realizadas a tiempo parcial, de lo que no hay datos estadísticos –y por tanto se elude así la eventual discriminación indirecta– es que la mayoría de los trabajadores que

³ La STC 61/2013, de fecha 14 de marzo, contempla los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística a tenor de los cuales en el año 2002 los varones asalariados a tiempo parcial eran de 198.100, en tanto que las mujeres alcanzaban la cifra mucho más significativa de 879.200, lo que determina un porcentaje superior al 81%. De otro lado, se constata que las estadísticas del Instituto de la Mujer dejan de manifiesto que del total de trabajadores a tiempo parcial en 2003, las mujeres representaban el 82,2%, en tanto que en el primer trimestre de 2012 el porcentaje se mantenía en porcentajes considerablemente elevados alcanzando el 78,7%.

abandonan temporalmente su contrato de trabajo a tiempo completo para a continuación suscribir un contrato a tiempo parcial sean mujeres. Lo cierto, para terminar, es que resulta harto difícil pensar, pese a que no haya estadísticas específicas y exactas al respecto, que quienes se ven afectados por el problema central de debate no sean mayoritariamente mujeres partiendo de los datos globales ampliamente conocidos.

Pensión de viudedad y matrimonio polígamo (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 junio de 2015)

Survivor's pension and polygamous marriage

Survivor's pension and polygamous marriage (the judgment of the High Court of Justice of Andalucía of June 18, 2015)

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

*BECARIO DE INICIACIÓN A LA INVESTIGACIÓN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

Resumen

Este trabajo realiza un análisis sobre la concesión de una pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio por el rito musulmán con el causante, que ya estaba casado, por lo que no se inscribió el matrimonio en el Registro Civil español. Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 junio de 2015, ofrece la posibilidad de profundizar sobre este tema. No obstante, la sentencia no cierra el debate sobre los matrimonios polígamos.

Abstract

This work performs an analysis on the concession of a survivor's pension to a woman who had married by the Muslim rite with the deceased person, who was already married with another woman, and, consequently, the marriage did not register in the Spanish Civil Registration. From this perspective, the judgment of the High Court of Justice of Andalucía of June 18, 2015, offers the possibility of penetrating on this topic. Nevertheless, the judgement does not close the discussion on the polygamous marriages.

Palabras clave

Poligamia; bigamia; pensión de viudedad; matrimonio.

Keywords

Polygamy; bigamy; survivor's pension; marriage.

1. LA POLIGAMIA Y SUS CONSIDERACIONES INICIALES

El pasado 18 de junio de 2015 el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social con sede en Málaga, tuvo ocasión de pronunciarse acerca del derecho a la pensión de viudedad en caso de matrimonio polígamo, en esta ocasión como consecuencia de un Recurso de Suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla¹. En concreto, veremos que dicho Tribunal estima el recurso interpuesto por una mujer de origen marroquí, que era la segunda esposa del fallecido, otorgándole de esta forma el derecho a poder ser beneficiaria de la pensión de viudedad.

Antes de entrar en el análisis concreto de la sentencia, es importante recordar algunas cuestiones de interés que, no por conocidas, pueden obviarse, ya que van a determinar claramente el desarrollo normativo de la referida pensión de viudedad. En este orden, interesa aludir a los tipos de matrimonios y otras formas de convivencia que pueden dar lugar a aquella prestación de Seguridad Social.

¹ Bajo el número de Recurso 591/2015.

Por lo que se refiere a la poligamia², entendida como una forma de matrimonio en que se permite a una persona estar casada con varios individuos al mismo tiempo³, desde un planteamiento antropológico puede afirmarse que ha existido desde la antigüedad más remota en numerosos pueblos de todas las épocas y de todo el mundo: desde Mesopotamia, el Antiguo Egipto, Fenicia o Persia hasta los nativos de Australia, el Sahel africano, la India o las islas del Pacífico. Pero es que hoy en día, según afirmó la Circular 2008/14, de 25 de febrero, de la Caisse nationale d'assurance vieillesse –entidad francesa análoga a la Seguridad Social española–, la poligamia continúa siendo una institución jurídica legal en cerca de 50 países de Asia y África⁴.

Sin embargo, el modelo de familia que existe tanto en España como en nuestro entorno cultural europeo apuesta por un sistema monógamo que protege una determinada concepción del matrimonio⁵. Por ello, actualmente ningún país de la Unión Europea admite la celebración de un enlace bígamo o polígamo al amparo de sus respectivos ordenamientos legales e incluso es penada en determinadas naciones.

En vista a todo lo anterior, y con la inclusión de nuevas formas de convivencia entre parejas y fórmulas matrimoniales, en los últimos años se ha ido modificando y renovando progresivamente la interpretación de los requisitos que permiten optar al cobro de la pensión de viudedad en supuestos de matrimonios polígamos.

Al hilo de esta doctrina, hay que tener en cuenta que el primer caso que dio pie a una renovación normativa, en este sentido, se produjo como consecuencia de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002\899). En particular, este supuesto versa acerca de un vendedor ambulante senegalés, dado de alta en la Seguridad Social, que tenía dos esposas y que falleció en accidente de tráfico en el verano de 1995. En cualquier caso, cuando las dos viudas solicitaron sus pensiones al Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– les fueron denegadas. Más tarde, recurrieron y finalmente, primero el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, en 1998, y posteriormente la citada STSJ de Galicia de abril de 2002, les dieron la razón y el derecho a cobrar ambas pensiones en partes alcuotas⁶.

² Véase, a este respecto, HARRIS, M.: *Antropología cultural*, segunda edición, Madrid, Alianza Editorial, 1996, págs. 228-232. El autor da cuenta de cómo la poligamia comprende tanto la poliginia como la poliandria. En una forma, denominada *poliginia*, el marido es compartido por varias esposas; y en otra forma, mucho menos frecuente, llamada *poliandria*, la esposa es compartida por varios maridos. No obstante, el Corán declara lícita la poliginia, pero no así la poliandria cuando dice «(...) entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro» en la sura 4, aleya 3.

³ VV.AA.: *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, LÉVI-STRAUSS, C. (Ed.), Barcelona, Anagrama, 1982, págs. 13-17.

⁴ En concreto, el Anexo 1 de la Circular 2008/14, de 25 de febrero de 2008, de la Caisse nationale d'assurance vieillesse establece un amplio listado que recoge los cuarenta y siete Estados que permiten la poligamia: Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia.

⁵ Sobre este punto, se puede distinguir que no hay polígamos españoles debido a que lo impide el Código Civil, pues, atendiendo a su artículo 46.2, no pueden contraer matrimonio «los que estén ligados con vínculo matrimonial».

⁶ Véase, a este respecto, en el mismo sentido, entre otras sentencias, la STSJ de Canarias, Sala de Las Palmas, de 30 de octubre de 2013 (AS 2014\124).

Posteriormente, la justicia española ha emitido un número considerable de sentencias que han tomado distintas direcciones⁷.

A este respecto, debe mencionarse, desde un punto de vista estrictamente literal y en virtud del marco jurídico de la Seguridad Social que, a raíz de la doctrina judicial que se analiza, además de las posibilidades para poder ser beneficiario de la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho, matrimonios entre personas del mismo género y otras formas de convivencia y regularización, los matrimonios polígamos también están dentro del abanico del hecho causante que da pie a este tipo de prestaciones.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

En el supuesto conocido por la sentencia analizada, la actora, de nombre Paloma, pretendía que el INSS le otorgara la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo el 22 de enero de 2012. La demandante, se casó con el causante –Martín– según el rito musulmán el día 2 de mayo de 1996 en Nador, ciudad marroquí a 15 kilómetros al sur de Melilla, con arreglo a los preceptos del Corán y de la Sunna (tradición musulmana). Procede señalar que la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil Español fue denegada por Acuerdo firme de fecha 7 de julio de 2008 dictado por el Registro Civil Central por ser contrario al orden público español, dado que el “esposo” ya estaba casado legalmente en España con otra mujer, a la que la sentencia identifica como Irene, la cual falleció el 26 noviembre 2005. Y es que, aunque ambos matrimonios se realizaron por el rito islámico de acuerdo a las leyes marroquíes, el ordenamiento jurídico español sólo admite como válido el primero.

Resulta, como veremos posteriormente, de indudable interés que tras la muerte de Irene, la primera esposa de Martín, éste y Paloma no contrajeran matrimonio civil ante las leyes españolas.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la actora, que solicita que se le reconozca su derecho a percibir la pensión de viudedad y se le deniega, impugna la resolución de la Dirección Provincial del INSS de 30 de octubre de 2013 que le deniega la prestación de viudedad que interesó al fallecimiento de su esposo, por no ser su relación con el fallecido ninguna de las que dan lugar a pensión de viudedad, de acuerdo con el artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y tras agotar la vía previa interpone la demanda origen de autos, que fue desestimada en la instancia⁸.

⁷ Es muy interesante a este respecto recordar que la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS 2003\3049), al contrario que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, fijó un criterio muy diferente. O lo que es lo mismo, únicamente consideró válido el matrimonio de la primera esposa, y nulo el segundo en virtud de las leyes españolas, otorgando la pensión de viudedad de un gambiano fallecido a la considerada como «legítima», a la cual se atribuyó la pensión completa. Y, en este sentido, señaló que «a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum efectum producet». En la misma línea, se encuentra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005 (AS 2005\2454).

⁸ Se advierte que el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que uno de los requisitos exigidos por la legislación española para poder acceder a la pensión de viudedad es el haber contraído matrimonio legítimo con el o la causante.

Por su parte, razona el Magistrado a quo, en esencia, que el matrimonio celebrado entre la demandante y Martín carece de efecto alguno en el ordenamiento jurídico español al tratarse de un matrimonio polígamo que atenta contra la concepción española del matrimonio y la dignidad de la mujer y que no respeta las normas de orden público español, a efectos del Auto del Registro Civil Central de 7 de julio de 2008, que denegó su inscripción.

En estas circunstancias, la parte recurrente, en virtud del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, considera que existe una infracción de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española por entender que la negación de su pensión de viudedad implica un claro trato discriminatorio y una desprotección económica social y jurídica de la familia, ya que la demandante ha sido familiar –concretamente, «esposa»– del causante⁹.

A la vista de los anteriores hechos relatados la demandante muestra su disconformidad, por lo que recurre al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y se alza en suplicación contra la sentencia dictada por Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla –que le deniega la prestación de viudedad que interesó al fallecimiento de su esposo–, formalizando escrito de recurso que articula mediante un único motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia, resulte estimada la demanda y se declare su derecho al percibo de la pensión de viudedad.

3. DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los argumentos de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, son, cuanto menos, llamativos.

De todo lo recogido hasta el momento, se advierte que el causante llegó a contraer matrimonio con dos mujeres, simultaneando los vínculos, amparado por la legislación de su país que admite la poligamia en su régimen jurídico matrimonial. Sin duda alguna, para poder acceder a la pensión de viudedad se exige el vínculo matrimonial con el causante, de ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la sentencia que se comenta deba comprobar, a efectos de reconocer o no la pensión, si se otorga o no validez al matrimonio celebrado entre Paloma y Martín y en un lugar del extranjero, según la legislación marroquí; con el añadido, en el supuesto enjuiciado, de que Martín ya estaba casado legalmente en España con otra mujer y que, tras la muerte de esta primera esposa, Martín y su segunda esposa, Paloma, no contrajeron matrimonio civil ante las leyes españolas.

Así las cosas, la cuestión que se plantea el Tribunal reside en comprobar y determinar si la omisión de inscripción de matrimonio en el Registro Civil Español constituye, según aclara la sentencia, «*un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente un requisito ad provationem o ad solemnitatem*». Al respecto, la Sala entiende que ello implica «*un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el Ordenamiento Jurídico Español, al matrimonio celebrado conforme a la Legislación Marroquí*», particularmente, el de la prestación de viudedad por la condición

⁹ En este sentido, por un lado, reconoce el artículo 14 de la Constitución Española que «*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» y, por otro, establece el artículo 39 de la misma norma que «*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*».

de cónyuge sobreviviente¹⁰, «y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la nacionalidad española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante».

Ante tal constatación, la doctrina del tribunal es clarísima. Esto es, asumiendo las anteriores premisas doctrinales, debe estimarse el motivo porque, al igual que entiende la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias¹¹, una cosa es que para el ordenamiento español sea nulo el matrimonio contraído por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o declarado nulo (artículo 46.2 en concordancia con el artículo 73.2 del Código Civil, impedimento de ligamen) y que contraído matrimonio por Paloma con Martin, ya casado con otra mujer, no se le permita su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial¹² y otra, muy diferente, que a la demandante, de nacionalidad marroquí y habiendo contraído matrimonio en Marruecos por el rito musulmán, con el causante, de nacionalidad marroquí de origen, válidamente celebrado, no se le reconozca la condición de «cónyuge legítima» una vez que fallece su esposo y por ende la de beneficiaria de la pensión de viudedad en base al artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, es conveniente destacar que el Tribunal cita el Convenio bilateral suscrito con Marruecos el 8 de noviembre de 1979 en materia de Seguridad Social (BOE 13 octubre 1982 y en vigor desde ese mismo mes), en el que el Estado español reconoce efectos a los matrimonios bígamos con el fin de recibir prestaciones de la Seguridad Social. Y es que en su artículo 23 establece que «*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuido, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación*».

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía da la razón a la segunda esposa de Martín y afirma en su sentencia que el hecho de que un matrimonio haya sido ignorado no produciendo ningún efecto civil por considerarse nulo, no entraña que no haya existido. En consecuencia, dicho Tribunal, basando su decisión en el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, dado que la legislación española exige haber contraído matrimonio legítimo con el o la causante para poder cobrar la pensión de viudedad peticionada, y, en este caso, cumpliendo tal exigencia el matrimonio bígamo válidamente celebrado conforme a la ley personal de los contrayentes, según dispone el artículo 9 del Código Civil¹³, a la reclamante se le debió reconocer la prestación solicitada.

¹⁰ El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social sólo reconoce el derecho a percibir pensión de viudedad «al cónyuge superviviente».

¹¹ STSJ de Canarias, Sala de Las Palmas, de 30 de octubre de 2013 (AS 2014\124).

¹² Cuestión ésta que la Sala abstendrá de valorar al exceder de los estrictos límites de la suplicación.

¹³ El artículo 9.1 del Código Civil establece que «*La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*», añadiendo el punto 2 que «*Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo*», siendo así que la Ley personal de la actora y de su esposo era la de Marruecos. De esta forma, habiendo contraído un matrimonio completamente valido según la normativa de Marruecos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social no puede impedir que la actora –cónyuge superviviente– no sea beneficiaria de la prestación correspondiente a pensión de viudedad, ya que los requisitos están cumplidos.

En definitiva, el fallo de la sentencia analizada afirma, con rotundidad, que debe estimarse el Recurso de Suplicación interpuesto por Paloma, la segunda esposa de Martín, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla con fecha 19 de noviembre de 2014 en autos sobre viudedad, por lo que se llega a la conclusión del derecho de la demandante al percibo de la pensión de viudedad en la cuantía fijada legal y reglamentariamente, y en consecuencia, se condena a su pago al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

4. TRASCENDENCIA DEL FALLO Y CONCLUSIONES

La trascendencia de esta doctrina judicial es innegable y, por cuanto afianza la decisión tomada en el sentido de reconocer la pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio por el rito musulmán con el causante, que ya estaba casado –motivo este que explica la razón por la que no se inscribió el matrimonio en el registro civil español–, la convierte en una sólida orientación jurisprudencial para evitar la perpetuación de un trato discriminatorio y una desprotección social y jurídica de las viudas supervivientes de uniones matrimoniales polígamas.

En este sentido, a raíz esta doctrina judicial, los matrimonios que se contraen bajo esta fórmula, por más que no esté permitida en nuestro ordenamiento, también gozan de las mismas posibilidades para poder percibir la pensión de viudedad que otros supuestos de parejas de hecho, matrimonios entre personas del mismo género y otras formas de convivencia y regularización.

Se trata, por tanto, de una adecuada interpretación que completa la falta de normativa expresa al respecto que, no obstante, queda supeditada a que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse de un modo definitivo sobre esta materia que ponga fin a las resoluciones contradictorias que han venido recibiendo los supervivientes de matrimonios polígamos, pudiendo en ocasiones ver desestimada su pretensión al reconocerse efectos jurídicos exclusivamente al primer matrimonio que se inscribió conforme a Derecho o pudiendo en otras ocasiones ser beneficiarias de la pensión de viudedad. Creando, en suma, una importante situación de inseguridad jurídica.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

La regulación legal comparada de la atención sanitaria al parto en Francia, Reino Unido y Alemania*

The comparative law on childbirth medical care in France, United Kingdom and Germany

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Resumen

La atención sanitaria al parto varía de unos países a otros, hasta el punto de hablarse de distintos modelos de atención. Aquí, se analizan los casos de Francia, Reino Unido y Alemania, incidiendo en la diferente regulación legal que ofrece cada uno de ellos sobre el derecho de la mujer embarazada a decidir el lugar de su parto (el hospital, otros establecimientos especializados y su propio hogar) y la asistencia de profesionales habilitados, señaladamente matronas. Dicho derecho ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declarando que la elección de las circunstancias de dar a luz forma parte del derecho al respecto de la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque, en el caso del parto en casa, los Estados pueden tener un amplio margen de apreciación en su regulación, habida cuenta de sus implicaciones sociales y económicas.

Abstract

Childbirth medical care changes from country to country, being possible to talk about different models of care. Here, the case of France, United Kingdom and Germany are discussed, focusing on the different legal regulation each one of them offers on the pregnant woman's right to choose the place of her birth (hospital, other facilities and her own home) and the assistance of qualified professionals, notably midwives. This right has been interpreted by the European Court of Human Rights, stating that the choice relating to the circumstances of giving birth is part of the right to respect for private life under Article 8 of the European Convention on Human Rights, although in the case of home birth, the States have a wide margin of appreciation in its regulation, given the social and economic implications of this matter.

Palabras clave

Embarazo, Parto, Derecho comparado de la seguridad social y la salud, Francia, Reino Unido, Alemania.

Keywords

Pregnancy, Childbirth, Comparative social security and health Law, France, United Kingdom, Germany.

1. MODELOS DIFERENTES DE ATENCIÓN SANITARIA AL PARTO

1. La existencia de modelos diferentes de atención sanitaria al parto en el ámbito de la Unión Europea se ha evidenciado en estudios doctrinales¹, que incluso han propiciado pronunciamientos al respecto por parte del Parlamento europeo. Es el caso de su Resolución

¹ Véase COESTER-WALTJEN, D., *Mutterschutz in Europa. Der Schutz der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und der Mutterschaft in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, J. Schweitzer Verlag (München, 1986), páginas 1 y siguientes.

de 8 de julio de 1988, sobre una Carta de Derechos de la Parturienta (DOC. A 2-38/88)², que insiste en la necesidad de promulgar medidas legales que garanticen a las mujeres su derecho a un parto libremente decidido y respetado³. Aunque lamentablemente al día de hoy sus peticiones no han tenido mucho éxito –dado que la Comisión parece que no ha elaborado todo lo que le correspondía al respecto–, el Parlamento europeo entendía que para lograr la consecución de tal derecho la Comisión no solamente debía emprender «nuevas iniciativas con objeto de elaborar una directiva que sitúe, en la medida de lo posible, todas las disposiciones legales nacionales relativas a las facilidades previstas para el embarazo, el parto y la paternidad a la altura de las disposiciones y previsiones del Estado miembro más avanzado»⁴, sino que también debía elaborar «una propuesta relativa a una Carta de los derechos de la parturienta, con aplicación en todos los países de la CEE»⁵ y en la que se asegurasen a la mujer –entre otras prestaciones, servicios y derechos– «la libre elección del hospital y de la modalidad (posición) del parto, del tipo de lactancia y de la educación del niño»⁶ y «la asistencia adecuada cuando la mujer elija el parto en el propio domicilio, de acuerdo con las condiciones psicofísicas de la parturienta y del feto, así como de las condiciones ambientales»⁷.

2. Sobre la existencia de dichos modelos diferentes de atención sanitaria al parto en el ámbito de la Unión Europea también se ha reparado en España. Así lo evidencia la *Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud*, aprobada por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en octubre de 2007⁸. Y lo hace afirmando que, «en comparación con el entorno europeo, la atención sanitaria del parto en España se puede situar en un modelo intervencionista institucionalizado, atendido por profesionales de medicina y de enfermería especializados, como sucede en países como Irlanda, Rusia, República Checa, Francia y Bélgica»⁹, a diferencia de otros modelos de atención que la propia *Estrategia* denomina «alternativos»¹⁰, situando en un extremo «el modelo que, por ejemplo, siguen en Holanda y Países Escandinavos, desinstitucionalizado y atendido fundamentalmente por matronas cualificadas y autónomas»¹¹, y en un lugar

² Véase Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 235 de 12 de septiembre de 1988. Se trata de una Resolución que confiesa abiertamente que ha sido elaborada «visto el estudio de la Sra. Dagmar Coester-Waltjen, sobre la protección de las mujeres trabajadoras durante el embarazo y la maternidad en los Estados miembros (V-1829/84)».

³ Sobre esta Resolución, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Los derechos de la mujer embarazada en la regulación legal española de la atención sanitaria pública por maternidad», en LÓPEZ VILLAR, C. (Coordinadora), *Estudios multidisciplinares para la humanización del parto*, Universidad da Coruña (A Coruña, 2011), páginas 83-85.

⁴ Véase el punto número 3 de la citada Resolución. En su punto 4 también se contenía una demanda a los Estados miembros, indicando que «cree necesario que los Estados miembros procedan asimismo a una profunda revisión y ordenación de toda la legislación que concierne a la mujer en la situación de parto y embarazo, tanto en el área de los servicios sociales como en el acondicionamiento de los centros médicos y de atención al recién nacido».

⁵ Véase el punto número 9 de la citada Resolución.

⁶ Véase el punto número 9, guión 5, de la citada Resolución.

⁷ Véase el punto número 9, guión 6, de la citada Resolución.

⁸ Editada y distribuida con este mismo título por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo (Madrid, 2008). También localizable en formato electrónico en la dirección <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/atencionParto.htm>.

⁹ Véase su página 23.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

intermedio el «modelo que plantea un parto institucionalizado y humanizado, donde entran países como Reino Unido o Alemania»¹².

3. Aunque en dicho documento no se aclare expresamente qué debe entenderse por «modelo intervencionista institucionalizado» y por «modelos de atención alternativos», lo cierto es que los criterios empleados para tales efectos parecen ser esencialmente dos, en virtud de los cuales puede evidenciarse, además, que existen modelos de atención al parto diferentes del español en otros Estados. El primero se refiere a que la atención sanitaria del parto sea prestada por profesionales especializados de la medicina y de la enfermería, y el segundo a que dicha atención sea o no exclusivamente hospitalaria. De acuerdo con estos dos criterios, resulta que la atención sanitaria al parto varía de unos países a otros, dado que, a diferencia de lo que sucede en el caso concreto del modelo español¹³, los partos no siempre son atendidos por profesionales de la medicina y de la enfermería, ni tampoco tienen lugar en centros hospitalarios como una única opción, que es lo que sucede, como ahora se verá, en la regulación que a tales efectos se aplica en los casos de Francia (véase *infra*, 2), Reino Unido (véase *infra*, 3) y Alemania (véase *infra*, 4).

2. FRANCIA

4. Al igual que en España, la protección de la salud tiene reconocimiento constitucional expreso en Francia –hasta el punto de haberse afirmado al respecto que «es un principio de valor constitucional»¹⁴–, en la medida en que es su propia Constitución la que «garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud [*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé*]»¹⁵. Como puede apreciarse, la Constitución francesa alude literalmente a la protección de la salud de la madre, de modo que también puede encajarse aquí el derecho de protección de la mujer embarazada, con inclusión de todos aquellos aspectos que están relacionados con la correspondiente atención sanitaria. La regulación de este derecho constitucional aparece contenida substancialmente en dos concretos códigos de legislación, que son el Código de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*) y el Código de la Salud Pública (*Code de la Santé Publique*), que –al igual que el resto de los códigos franceses– son de acceso público y gratuito, siempre en su última

¹² *Ibidem*.

¹³ Sobre el modelo español, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Derechos de la mujer embarazada en la regulación legal de la asistencia sanitaria por maternidad», en FARALDO CABANA, P. (Directora) y LÓPEZ ARRANZ M.A. y MILLOR ARIAS, M.P. (Coordinadoras), *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), páginas 223-238. Y también del mismo autor, «Los derechos de la mujer embarazada en la regulación legal española de la atención sanitaria pública por maternidad», en LÓPEZ VILLAR, C. (Coordinadora), *Estudios multidisciplinares para la humanización del parto*, cit., páginas 73-86.

¹⁴ Véase CHAUCHARD, J.-P., *Droit de la Sécurité Sociale*, 4ª edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence (París, 2005), página 307.

¹⁵ Así se desprende del apartado 11 del Preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, al que se remite la Constitución de 4 de octubre de 1958, en su versión consolidada aprobada en virtud de la Ley Constitucional número 2008-724, de 23 de julio de 2008 (*Journal Officiel de la République Française* de 24 de julio de 2008).

versión puesta al día, en *Legifrance* (www.legifrance.gouv.fr)¹⁶, que es el servicio público de difusión del derecho y la jurisprudencia de Francia a través de Internet¹⁷.

5. En efecto, el Código de la Seguridad Social regula la protección de la maternidad en el Título 3 (rotulado «Seguro de maternidad y permiso de paternidad [Assurance maternité et congé de paternité]») del Libro 3 de su parte principal o «parte legislativa» (artículos L330-1 a L333-3)¹⁸. Esta parte principal o «parte legislativa» se completa con lo dispuesto –siempre en relación con la protección de la maternidad– tanto en la parte «reglamentaria secundaria» (artículos R331-1 a R332-6) como en la parte «reglamentaria accesoria» (artículos D331 a D331-5) del propio Código de la Seguridad Social¹⁹. Sobre la base de distinguirse entre «prestaciones en especie [prestations en nature]» y «prestaciones en metálico [prestations en espèces]»²⁰, la atención sanitaria al parto se configura como una concreta prestación en especie, en virtud de la cual se cubren todos los gastos médicos, farmacéuticos, de análisis y exámenes de laboratorios, de implantes y de hospitalización relativos o no al embarazo, al parto y a sus consecuencias²¹, además de cubrir los gastos de los exámenes prescritos en aplicación del segundo párrafo del artículo L2122-1 y de los

¹⁶ Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2010), afirmando al respecto que, en Francia, «se han tomado completamente en serio la tarea de facilitar al ciudadano el conocimiento de sus derechos y deberes, llevándose aquí a cabo la elaboración de códigos de legislación que son un paso adelante evidente sobre los códigos tradicionales o clásicos, puesto que se trata de auténticos códigos de derecho constante, permanentemente puestos al día por el Estado con todas sus enmiendas, añadidos, supresiones, etc.» (página 17), y que «resultan pública y gratuitamente manejables, en su última versión al día –en su versión consolidada, por tanto–, a través del portal en Internet de *Legifrance* (www.legifrance.gouv.fr)» (*ibidem*).

¹⁷ *Ibidem*, páginas 17 y 7.

¹⁸ Muy bien explicado pedagógicamente, «los preceptos incluidos en su parte principal o “parte legislativa” se componen siempre de un número de tres cifras, precedido asimismo por la letra mayúscula “L”, y seguido por un guión y otro número más. Aquí las tres cifras del número central hacen referencia al Libro (la cifra centena), al Título (la de la decena) y al Capítulo (la de la unidad). Por eso, el artículo L.111-1 indica aquí que se trata de un precepto correspondiente al Capítulo I del Título I del Libro I de dicho Código» (véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, cit., página 19).

¹⁹ En efecto, esta «parte legislativa» aparece completada «con la parte reglamentaria secundaria (en la que se recopilan preceptos de Decretos adoptados con intervención del Consejo de Estado [*Décrets en Conseil d'Etat*], a los que se asigna para su identificación la letra “R”) y con la parte reglamentaria accesoria (en la que se recopilan preceptos de Decretos simples [*Décrets simples*], a los que se asigna para su identificación la letra “D”)» (de nuevo muy pedagógico, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, cit., página 19).

²⁰ Sobre esta distinción, véase KESSLER, F., *Droit de la protection sociale*, 2ª edición, Dalloz (París, 2005), páginas 215-219. Y también, DUPEYROUX, J.J., BORGETTO, M., LAFORÉ, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 15ª edición, Dalloz (París, 2005), páginas 570-573.

²¹ Según el artículo L331-2, inciso primero, del Código de la Seguridad Social, «l'assurance maternité couvre l'ensemble des frais médicaux, pharmaceutiques, d'analyse et d'examen de laboratoires, d'appareils et d'hospitalisation relatifs ou non à la grossesse, à l'accouchement et à ses suites, intervenant au cours d'une période définie par décret». El tramo temporal a que se refiere este artículo comienza cuatro meses antes de la fecha prevista del parto y concluye doce días después del parto, de acuerdo con lo establecido en el artículo D331 del Código de la Seguridad Social («La période mentionnée au 1º de l'article L. 331-2 débute quatre mois avant la date présumée de l'accouchement et se termine douze jours après l'accouchement»).

artículos L2122-3 y L2132-2 del Código de la Salud pública²² y aquellos otros gastos, siempre relativos al embarazo, al parto y a sus consecuencias, que figuren autorizados por la Administración de la Seguridad Social²³.

6. Por su parte, el Código de la Salud Pública, que arranca con la afirmación de que la protección de la salud es un «derecho fundamental [*droit fondamental*]»²⁴, regula la protección de la maternidad en la «Segunda parte [*Deuxième partie*]» de su parte principal o «parte legislativa» (artículos L2111-1 a L2446-3) –que lleva por título «Salud reproductiva, derechos de la mujer y protección de la salud del niño [*Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant*]»–, resultando de interés en ella lo dispuesto tanto en su Libro 1 (rotulado «Protección y promoción de la salud materna e infantil [*Protection et promotion de la santé maternelle et infantile*]»²⁵ como en su Libro 3 (rotulado «Establecimientos, servicios y organismos [*Etablissements, services et organismes*]»²⁶. Igualmente, hay que tener presente lo dispuesto en su «Cuarta parte [*Quatrième partie*]», que es la relativa a las «profesiones de la salud [*Professions de santé*]», cuyo Libro 1 (artículos L4111-1 a L4163-10) trata de las «profesiones médicas [*Professions médicales*]» con competencias para intervenir en la atención sanitaria al parto, entre las que destaca singularmente la «Profesión de matrona [*Profession de sage-femme*]», regulada en su Título V (artículos L4151-1 a L4153-4). Esta parte principal o «parte legislativa» del propio Código de la Salud Pública debe completarse también con la lectura de lo establecido en su parte «reglamentaria», y concretamente en los Libros 1 (artículos R2112-1 a R2133-3) y 3 (artículos R2322-1 a R2322-14) de su «Segunda parte [*Deuxième partie*]» y en el Libro 1 (Título V) de su «Cuarta parte [*Quatrième partie*]».

7. Una gran parte de la regulación de las prestaciones en especie se contiene en el citado Código de la Salud Pública, precisamente por la remisión que realiza al mismo el Código de la Seguridad Social, después de indicar que la fecha de la primera comprobación médica del embarazo es aquella en que el embarazo fue constatado por el médico o la matrona, cualquiera que sea la fecha de la notificación de ese estado a la caja primaria del

²² Véase su artículo L331-2, párrafo segundo, punto 1, según el cual el seguro de maternidad cubre «*les frais d'exams prescrits en application du deuxième alinéa de l'article L. 2122-1 et des articles L. 2122-3 et L. 2132-2 du code de la santé publique*».

²³ Véase su artículo L331-2, párrafo segundo, punto 2, según el cual el seguro de maternidad cubre «*les autres frais médicaux, pharmaceutiques, d'analyses et d'exams de laboratoires, d'appareils et d'hospitalisation relatifs à la grossesse, à l'accouchement et à ses suites, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale*». La lista en cuestión fue aprobada por *Arrêté du 23 décembre 2004 (Journal Officiel de la République Française de 30 de diciembre de 2004)* y en ella se incluyen como gastos cubiertos los ocasionados por: «1. *Caryotype foetal et amniocentèse*; 2. *Test de dépistage du virus de l'immuno-déficience humaine*; 3. *Dosage de la glycémie*; 4. *Séances de préparation à l'accouchement psycho-prophylactique*; 5. *Interruption non volontaire de grossesse*; 6. *Interruption volontaire de grossesse pour un motif thérapeutique*; 7. *Séances de rééducation abdominale et périnéo-sphinctérienne*» (véase artículo 1 de la citada disposición).

²⁴ Véase su artículo L1110-1, inciso primero.

²⁵ Concretamente, sus Títulos 1 (sobre «Organización y misiones [*Organisation et missions*]»), 2 (sobre «Acciones de prevención relativas a los futuros cónyuges y padres [*Actions de prévention concernant les futurs conjoints et parents*]») y 3 (sobre «Acciones de prevención relativas al niño [*Actions de prévention concernant l'enfant*]»).

²⁶ Integrado por un Título 1 (sobre «Organismos de planificación, de educación y de asesoramiento familiar [*Organismes de planification, d'éducation et de conseil familial*]») y por un Título 2 (sobre «Otros establecimientos y servicios [*Autres établissements et services*]»).

seguro de enfermedad²⁷. Esta declaración de embarazo –que puede efectuar una matrona²⁸– implica la entrega gratuita a la mujer embarazada de un «carnet de salud maternal [*carnet de santé maternité*]» –también denominado «carnet de embarazo [*carnet de grossesse*]»²⁹–, en el que se anotan obligatoriamente los resultados de los exámenes prescritos en aplicación del artículo L2122-1 del Código de la Salud Pública (esto es, los exámenes prenatales y posnatales obligatorios practicados o prescritos por un médico o una matrona), además de todas aquellas otras constataciones de importancia relacionadas con el desarrollo del embarazo y la salud de la futura madre³⁰. El papel de la matrona aquí no se limita solamente a constatar el embarazo, en la medida en que a ella le corresponde igualmente todo lo relacionado con «la vigilancia del embarazo y la preparación psicoproláctica al parto, así como la vigilancia y la práctica del parto y atención postnatal en lo que respecta a la madre y al niño»³¹; aunque con limitaciones en caso de «patología materna, fetal o neonatal durante el embarazo, el parto o el puerperio, y en el caso de parto distócico»³², en que «la matrona debe recurrir a un médico»³³, sin perjuicio de que luego pueda practicar los cuidados prescritos por dicho médico en tales casos³⁴.

8. Esta distinción entre mujeres embarazadas sin riesgo y mujeres embarazadas con riesgo resulta crucial no solamente para determinar el grado de participación profesional de la matrona durante el embarazo y el parto de tales mujeres³⁵, sino que también repercute directamente sobre el lugar habilitado legalmente para la atención sanitaria durante el embarazo y el parto. Y es que junto a los tradicionales «establecimientos de salud [*établissements de santé*]»³⁶, que están pensados para embarazos y partos en función de su riesgo –razón por la que, en función de los casos, cuentan con las pertinentes unidades de obstetricia, neonatología y reanimación neonatal³⁷–, las mujeres embarazadas igualmente

²⁷ Véase su artículo R331-1.

²⁸ Véase artículo L2122-1, inciso segundo, del Código de la Salud Pública.

²⁹ Véanse artículo R331-4 del Código de la Seguridad Social y artículo L2122-2 del Código de la Salud Pública. Y también, *Arrêté* de 21 junio de 2007, relativo al modelo y al modo de utilización («*relatif au modèle et au mode d'utilisation du carnet de grossesse dit "carnet de santé maternité"*»), publicado en *Journal Officiel de la République Française* de 28 de julio de 2007. Puede consultarse el contenido del modelo actual en http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Carnet_maternite.pdf.

³⁰ Véase artículo L2122-2, párrafo primero, inciso segundo, del Código de la Salud Pública.

³¹ Véase artículo L4151-1, párrafo primero, del Código de la Salud Pública. En el artículo R4127-318 del propio Código de la Salud Pública se relacionan con mayor concreción sus competencias.

³² Véase artículo L4151-3 del Código de la Salud Pública.

³³ *Ibidem*. De hecho, el artículo L2122-1, párrafo primero, del propio Código de la Salud Pública dispone al respecto que la matrona, después de realizar el primer examen prenatal, debe dirigir la mujer embarazada a un médico cuando «constate una situación o antecedentes patológicos [*constate une situation ou des antécédents pathologiques*]» (véase su inciso tercero).

³⁴ Véase artículo L4151-3 del Código de la Salud Pública.

³⁵ Incluso, siempre desde el punto de vista legal, se llega a distinguir a tales efectos entre parto «eutócico [*eutocique*]» y parto «distócico [*dystocique*]». Véanse, en este sentido, los artículos L4151-1 y L4151-3 del Código de la Salud Pública.

³⁶ Véase artículo L6111-1, párrafo primero, del Código de la Salud Pública.

³⁷ Véanse artículos R6123-39 a R6123-53 del Código de la Salud Pública, que forman la Sección Tercera («*Obstétrique, néonatalogie et réanimation néonatale*») del Capítulo III («*Conditions d'implantation de certaines activités de soins et des équipements matériels lourds*») del Título II («*Équipement sanitaire*») del Libro I («*Etablissements de santé*») de la Sexta Parte («*Etablissements et services de santé*») de su «parte reglamentaria». Por los Decretos números 98-899 y 98-900 de 9 de octubre (ambos publicados en *Journal Officiel de la République Française* de 10 de octubre de 1998) se procedió a la reestructuración de estos establecimientos de salud, diferenciando a tales efectos tres niveles, en virtud de los cuales los centros de maternidad como establecimientos de (...)

tienen a su disposición las llamadas «casas de nacimiento [*maisons de naissance*]», autorizadas durante cinco años con carácter experimental, desde hace dos años, por la Ley número 2013-1118, de 6 de diciembre³⁸ y por el Decreto número 2015-937, de 30 de julio³⁹. Jurídicamente diferentes de los establecimientos de salud⁴⁰ –y señaladamente de aquellos en que se realizan los cuidados de ginecología-obstetricia⁴¹–, se trata de espacios (o «estructuras», según la terminología empleada por su regulación legal) destinados para mujeres cuyo embarazo no presenta riesgo materno-fetal identificado y al frente de los cuales se encuentran las matronas, con el propósito de asistir al parto de aquellas mujeres cuyo embarazo han seguido⁴², estableciéndose al respecto que tales profesionales –siempre al amparo de los citados artículos L4151-1 a L4151-4 del Código de la Salud Pública– realizarán: 1) «la vigilancia médica del embarazo y desarrollo del parto»⁴³; 2) «la preparación al nacimiento y a la paternidad definida por las recomendaciones de la Alta Autoridad de la Salud»⁴⁴; y 3) «el parto y los cuidados postnatales de la madre y el niño»⁴⁵.

9. En fin, en relación con el parto en casa o parto domiciliario («*l'accouchement à domicile*») de aquellas mujeres que deciden dar a luz en su casa⁴⁶, hay que indicar que se trata de una cuestión que aparentemente no se encuentra regulada en Francia⁴⁷, lo cual no quiere decir que esté prohibida. Con todo, se trata de una práctica que puede ser asistida por matronas que ejerzan su profesión de forma autónoma (esto es, por «*sages-femmes libérales*»)⁴⁸, a las cuales se les exige legalmente, desde el año 2002, la formalización de un seguro de

salud se clasificaban en «*Maternités de niveau I*» (en casos de embarazos sin problema identificado, en que solamente se cuenta con una unidad de obstetricia) «*Maternités de niveau II*» (en casos de necesidad de neonatología, en que hay una unidad de obstetricia y una unidad de neonatología) y «*Maternités de niveau III*» (en casos de embarazo de riesgo, en que se dispone, además, de una unidad de reanimación neonatal).

³⁸ En virtud de la cual se autoriza «*l'expérimentation des maisons de naissance*» (*Journal Officiel de la République Française* de 7 de diciembre de 2013).

³⁹ Relativo a las «*conditions de l'expérimentation des maisons de naissance*» (*Journal Officiel de la République Française* de 1 de agosto de 2015).

⁴⁰ Véase artículo 2, párrafo segundo, de la Ley número 2015-1118.

⁴¹ Véase artículo 1-III del Decreto número 2015-937. Con todo, hay que indicar que estas casas de nacimiento deben estar contiguas a tales establecimientos de ginecología-obstetricia con el fin de garantizar el traslado inmediato la parturienta en caso de complicación, hasta el punto de hablarse de que tienen que disponer de un acceso directo. Véase artículo 1, párrafo 2, de la Ley número 2015-1118 y los artículos 3, párrafo primero, y 8, párrafo primero, del Decreto número 2015-937.

⁴² Véase artículo 1, párrafo primero, de la Ley número 2015-1118.

⁴³ Véase artículo 1-I.1 del Decreto número 2015-937, que remite al artículo L2122-1 del Código de la Salud Pública.

⁴⁴ Véase artículo 1-I.2 del Decreto número 2015-937.

⁴⁵ *Ibidem*, 3.

⁴⁶ Decisión que debe respetarse, teniendo en cuenta lo que establece el artículo R4127-306 del Código de la Salud Pública, que garantiza el derecho a elegir tanto el profesional como el lugar donde desea recibir los cuidados y dar a luz, al disponer que «*la sage-femme doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son praticien, sage-femme ou médecin, ainsi que l'établissement où elle souhaite recevoir des soins ou accoucher; elle doit faciliter l'exercice de ce droit*» (véase su párrafo primero).

⁴⁷ Hasta el extremo de haberse afirmado que «*ne fait l'objet d'aucun encadrement réglementaire*». Al respecto, véase COUR DE COMPTES, *La Sécurité Sociale. Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale. Septembre 2011* (Paris, 2011), página 189. Puede consultarse en <http://www.ccomptes.fr/Publications/Publications/Securite-sociale-2011>.

⁴⁸ El Código de la Salud Pública las menciona expresamente, cuando distingue en el ejercicio de esta profesión sanitaria entre «*sages-femmes libérales*», «*sages-femmes fonctionnaires*» y «*sages-femmes salariées*» (véase, en este sentido, su artículo R4153-6). Y el propio Código de la Salud Pública contiene reglas particulares tanto para el caso del «*exercice libéral*» (véanse artículos R4127-339 a R4127-347-1), como para el caso del «*exercice salarié*» (véanse artículos R4127-348 a R4127-350).

responsabilidad civil para cubrir los daños que puedan derivarse del ejercicio de su actividad⁴⁹. Su implantación no ha estado exenta de polémica por el impacto económico que supone el pago de la tarifa exigida para tales efectos, hasta el extremo de haberse aprovechado la actual tramitación parlamentaria del proyecto de ley de modernización del sistema de salud francés⁵⁰ para presentar una enmienda con el fin de atenuar dicho impacto⁵¹, cuya cita aquí –aunque fuese «rechazada [rejeté]»– resulta de interés por la información que ofrece sobre el parto en casa y sus implicaciones para las profesionales que lo quieran atender, conteniéndose afirmaciones tales como: 1) en los casos de embarazos considerados «normales», «las matronas autónomas están también facultadas para acompañar a las mujeres que deseen dar a luz en casa [les sages-femmes libérales sont aussi habilitées à accompagner les femmes qui souhaitent accoucher à domicile]»; 2) estos «partos fisiológicos ofrecen a la madre la posibilidad de limitar ciertas acciones rutinarias de los servicios hospitalarios, que pueden ser experimentadas como violencias obstétricas (activación del trabajo de parto sin el consentimiento de la paciente, posición impuesta de espalda durante el trabajo de parto, prohibición de beber y comer durante el trabajo de parto, colocación sistemática de una perfusión, ruptura artificial de la bolsa amniótica, episiotomía rutinaria, tactos sistemáticos...) [accouchements physiologiques offrent à la mère la possibilité de limiter certains gestes de routine des services hospitaliers, qui peuvent être vécus comme des violences obstétricales (déclenchement du travail sans le consentement de la patiente, position imposée sur le dos pendant le travail, interdiction de boire et de manger durant le travail, pose systématique d'une perfusion, rupture artificielle de la poche des eaux, épisiotomie de routine, touchers systématiques...)]», y que afectan al recién nacido, que puede ser objeto igualmente de estas acciones rutinarias no validadas científicamente (pinzamiento precoz del cordón, aspiración sistemática a través de la nariz y la boca, incumplimiento del contacto piel a piel, limpieza de la vernix) [peut également être sujet à ces gestes routiniers non validés scientifiquement (clampage précoce du cordon, aspiration systématique par le nez et la bouche, non-respect du peau à peau, nettoyage du vernix...)]»; y 3) para este tipo de parto, «las matronas están obligadas a suscribir un seguro de responsabilidad civil [les sages-femmes sont dans l'obligation de souscrire à une assurance responsabilité civile]», aunque, «con un sueldo bruto mensual de unos 2.400 euros, las matronas están en incapacidad financiera para pagar este seguro obligatorio, cuya tarifa prohibitiva está alrededor de 20.000 euros» [avec un salaire brut mensuel d'environ 2400 Euros, les sages-femmes sont dans l'incapacité financière de s'acquitter de cette assurance obligatoire, dont le tarif prohibitif avoisine les 20000 euros]; mientras que «los ginecólogos obstetras se benefician de una asunción parcial de sus seguros por la... [Caja Primaria del Seguro Médico], este sistema no existe para los profesionales de la salud no médicos (les gynécologues obstétriciens bénéficient d'une prise en charge partielle de leur assurance par la... [Caisse Primaire d'Assurance Maladie], ce système n'existe pas pour praticiens de santé

⁴⁹ Se trata de un deber legal impuesto por el artículo L1142-2 del Código de la Salud, que trae causa de la Ley número 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud (*Journal Officiel de la République Française* de 5 de marzo de 2002).

⁵⁰ Formalmente denominado «*Projet de loi de modernisation de notre système de santé, adopté en 1^{re} lecture, après engagement de la procédure accélérée, par l'Assemblée nationale le 14 avril 2015*». Tanto su contenido como su tramitación pueden consultarse en su totalidad en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/sante.asp>.

⁵¹ Se trata de la enmienda número 1866, que buscaba introducir en el artículo L1142-2 criterios proporcionales en la determinación de dicha tarifa («*Cela passe par une inévitable réévaluation du tarif qui leur est demandé pour pratiquer à domicile*»). La enmienda en cuestión puede consultarse en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2673/AN/1866.asp>.

non-médecins)», razón por la que, en definitiva, «las matronas no pueden responder favorablemente a las solicitudes de padres que buscan este tipo de partos [*les sages-femmes ne peuvent donc pas répondre favorablement aux demandes des parents souhaitant ce type d'accouchement*]».

3. REINO UNIDO

10. La regulación legal de otros Estados sobre la práctica del parto en casa, señaladamente la del Reino Unido, no es desconocida por la República francesa. Al menos formalmente desde el año 1956, que es cuando se procede a la formalización del convenio sobre seguridad social (con protocolos) entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y Norte de Irlanda y el Gobierno de la República francesa⁵², en que se abordaba específicamente el tema al tratar de la protección en caso de enfermedad, maternidad y muerte⁵³. En efecto, a la hora de precisar el alcance de las prestaciones por maternidad –entre las que figuraban, como prestación en especie, la atención al parto en casa–, la versión francesa de su artículo 14 se veía en la necesidad de aclarar el contenido de la versión inglesa («*for the purpose of applying this Article “maternity benefit” means, in relation to the United Kingdom, maternity benefit other than home confinement grant*»)⁵⁴ para garantizar su correcto cumplimiento, señalando que «*pour l'application du présent article, “prestations en espèces de l'assurance maternité” désigne, en ce qui concerne le Royaume-Uni, les prestations maternité autres que le forfait versé pour l'accouchement à domicile (“home confinement grant”)*»⁵⁵.

11. Esta precisión que hacía la versión en francés del citado convenio bilateral de seguridad social tenía muy presente lo que, en aquel momento, era Derecho vigente sobre protección social en el Reino Unido⁵⁶, cuya organización correspondía en materia de asistencia sanitaria al Servicio Nacional de Salud (*National Health Service*), desde su creación en 1946. Y es que, de acuerdo con la Ley del Servicio Nacional de Salud de 6 de noviembre de 1946⁵⁷, era un deber de las autoridades sanitarias locales (*local health authorities*) garantizar la atención sanitaria de la mujer en caso de maternidad como prestación en especie, dada su consideración de «paciente (*patient*)» –expresión empleada por la citada Ley en que se incluía la «mujer embarazada o madre lactante y la mujer parturienta [*expectant or nursing mother and a lying-in woman*]»⁵⁸–, al establecer en su

⁵² El convenio en cuestión tiene fecha de 10 de julio de 1956 y puede consultarse, en su versión bilingüe (inglesa y francesa), en <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1958/TS0044.pdf>.

⁵³ Figura en su «Part IV. Special Provisions» o «Titre IV. Dispositions Particulières».

⁵⁴ Véase su apartado 2.

⁵⁵ Véase su apartado 2.

⁵⁶ Dando cuenta de dicho Derecho vigente en ese momento, véase ROBSON, W. A., «The National Insurance Act, 1946», en *The Modern Law Review*, Volumen 10, número 2 (abril, 1947), páginas 171-179. Según afirma este autor, «*the National Insurance Act, 1946, forms part of a series of statutes which includes the Ministry of National Insurance Act, 1945, the Disabled Persons Act, 1945, the Family Allowances Act, 1945, the National Health Service Act, 1946, and the National Insurance (Industrial Injuries) Act, 1946*» (página 171), y además, que «*this mass of legislation has radically transformed the system of social insurance and the social services which support it*» (*ibidem*).

⁵⁷ Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/9-10/81/enacted>.

⁵⁸ Véase su sección 79, apartado (1), que tenía por finalidad aclarar el contenido de algunas expresiones de esta Ley («*In this Act unless the context otherwise requires, the following expressions have the meanings hereby assigned to them*»).

sección 22 que «será obligación de cada autoridad sanitaria local procurar el cuidado... de las mujeres embarazadas y madres lactantes [*it shall be the duty of every local health authority to make arrangements for the care... of expectant and nursing mothers*]»⁵⁹. Para ello, tales autoridades no solamente debían proveer, equipar y mantener centros de salud⁶⁰, sino que también debían asegurar un número suficiente de matronas acreditadas «para la asistencia de las mujeres en sus casas como matronas, o como enfermeras durante el parto [*for attendance on women in their homes as midwives, or as maternity nurses during child-birth*]»⁶¹, cuya prestación de servicios se pagaba precisamente a través de la cantidad a tanto alzado («*home confinement grant*» o «*forfait versé pour l'accouchement à domicile*»), a que hacía alusión el citado convenio bilateral de seguridad social entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y Norte de Irlanda y el Gobierno de la República francesa, y que percibían previamente las madres con el fin de cubrir el gasto de dicha asistencia⁶².

12. En la actualidad, la organización en materia de asistencia sanitaria sigue recayendo en el Servicio Nacional de la Salud, al que igualmente le corresponde todo lo relacionado con la atención sanitaria de la mujer en caso de maternidad⁶³. Así se desprende de las principales fuentes normativas del ordenamiento jurídico inglés –cuya falta de codificación⁶⁴ convierte su estudio, al igual que en el caso de las estructuras normativas del derecho inglés de la seguridad social, en una tarea especialmente ardua, que no ayuda a superar el sitio oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido, ubicado en www.legislation.gov.uk⁶⁵–, en la medida en que la sección 1 de la Ley de Asistencia Sanitaria y Social de 2012 (*Health and Social Care Act 2012*)⁶⁶ dispone que el «Secretario de Estado debe continuar la promoción en Inglaterra de un servicio integral de salud diseñado para asegurar mejoras– (a) en la salud física y mental del pueblo de Inglaterra, y (b) en la prevención, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad [*Secretary of State must continue the promotion in England of a comprehensive health service designed to secure improvement– (a) in the physical and mental health of the people of England, and (b) in the prevention, diagnosis and treatment of illness*]», lo que supone, en aplicación de la Ley del Servicio Nacional de Salud de 2006 (*National Health Service Act*

⁵⁹ Véase su apartado (1).

⁶⁰ Según la sección 21, apartado (1), de la Ley del Servicio Nacional de Salud, «*It shall be the duty of every local health authority to provide, equip, and maintain to the satisfaction of the Minister premises, which shall be called "health centres"*».

⁶¹ Véase sección 23, apartado (2), párrafo primero, de la Ley del Servicio Nacional de Salud.

⁶² Sobre dicha ayuda económica, dando cuenta de las causas de su creación y posterior evolución, véase GEORGE, V., *Social Security: Beveridge and after*, Routledge and Kegan Paul Ltd (London, 1968), páginas 128-134. Según informa este autor, «*the National Insurance Advisory Committee took the easy way out and recommended a higher grant for home confinements so that 'then should be no financial pressure on a woman either to have her confinement at home or in hospital. Her decision should be taken on other than financial grounds'. This recommendation was implemented by the National Insurance Act, 1953, which introduced a home confinement grant of £3 in addition to the general maternity grant*» (página 130).

⁶³ Sobre el tema, véase MONTGOMERY, J., *Health Care Law*, 2ª edición, Oxford University Press (Oxford, 2003), especialmente sus páginas 415-429, sobre «*Maternity Care*».

⁶⁴ Sobre la falta de codificación en el ordenamiento inglés de la legislación laboral y de seguridad social, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, cit., página 32.

⁶⁵ Véase ARUFE VARELA, A., «Las estructuras normativas del derecho inglés de la seguridad social», en *Revista de la Seguridad Social*, número 5 (4º Trimestre 2015), páginas 176 y 177.

⁶⁶ Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents>.

2006)⁶⁷, proporcionar «servicios o instalaciones para la atención de las mujeres embarazadas [*services or facilities for the care of pregnant women*]»⁶⁸. Como puede apreciarse, a diferencia de la Ley del Servicio Nacional de Salud de 6 de noviembre de 1946, no se menciona expresamente la atención sanitaria del parto de la mujer en casa, lo cual no quiere decir que se trate de una práctica prohibida o de una práctica no reconocida por el Sistema Nacional de Salud, al menos por las tres siguientes razones.

13. En primer lugar, no constituye una práctica prohibida porque así se desprende de la sección 269, apartado (4), de la Ley del Servicio Nacional de Salud de 2006, después de los cambios estéticos a los que tuvo que someterse en aplicación de la sección 284, apartado (3), de la Ley de Asistencia Sanitaria y Social de 2012. Tales cambios se refieren, en lo esencial, a la sustitución de la expresión «la Administración de Atención Primaria de la zona en la que el nacimiento tiene lugar [*the Primary Care Trust for the area in which the birth takes place*]» por la expresión «ese órgano u órganos pertinentes que puedan ser determinados de acuerdo con las normas [*such relevant body or bodies as may be determined in accordance with regulations*]». Dicha sección, que se refiere a los «Avisos especiales de nacimientos y defunciones [*Special notices of births and deaths*]», solamente establece que «toda persona que asista a la madre en el momento, o dentro de las seis horas después, del nacimiento [*any person in attendance upon the mother at the time of, or within six hours after, the birth*]» tiene el deber de comunicarlo a tales órganos⁶⁹, sin disponer al respecto ninguna prohibición o limitación en relación con el lugar del parto.

14. En segundo lugar, constituye una práctica regulada en cuanto a los profesionales que pueden intervenir. Y es que, salvo casos de repentina o urgente necesidad, las únicas personas que están habilitadas legalmente para asistir a una mujer en el parto son quienes tienen la condición de «matrona registrada [*registered midwife*]» o de médico registrado [*registered medical practitioner*], de acuerdo con la Orden de Enfermería y Obstetricia de 2001 [*The Nursing and Midwifery Order 2001 (SI 2002/253)*]⁷⁰, que así lo establece cuando trata de las «infracciones [*offences*]», entre las que figura la «Asistencia de personas no cualificadas en el parto [*Attendance by unqualified persons at childbirth*]»⁷¹. La actividad profesional de las matronas se ejerce siempre bajo la dirección y supervisión del Consejo de Enfermería y Obstetricia –o CEO– (*Nursing and Midwifery Council*) –o NMC– del Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte), cuya actuación también comprende la

⁶⁷ Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41/contents>.

⁶⁸ Véase su sección 3, apartado (1), letra d).

⁶⁹ Véase letra b) de la citada sección 269, apartado (4), de la Ley del Servicio Nacional de Salud.

⁷⁰ Localizable en el sitio web del Consejo de Enfermería y Obstetricia (*Nursing and Midwifery Council*) del Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte), en el enlace <http://www.nmc.org.uk/globalassets/sitedocuments/legislation/legislation-updated/nursing-and-midwifery-order-2001---consolidated-text-effective-from-11.12.2014.pdf>. Reparando sobre la falta de codificación en el ordenamiento jurídico inglés, el propio documento advierte ya en su encabezado de lo siguiente: «Texto no oficial consolidado. Efectivo a partir del 11 de diciembre de 2014. Este texto consolidado se ha elaborado para uso interno por el Consejo de Enfermería y Obstetricia. No es el texto oficial y los usuarios deben consultar la versión autorizada de la legislación con el fin de interpretar y aplicar la ley [*Unofficial consolidated text. Effective from 11 December 2014. This consolidated text has been produced for internal use by the Nursing and Midwifery Council. It is not the official text and users must consult an authorised version of the legislation for the purpose of interpreting and applying the law*]».

⁷¹ Véase sección 45, apartado (1).

aprobación de «Circulares [Circulars]»⁷² para orientar a dichas profesionales en el ejercicio de sus actividades y que confirman que la atención del parto de la mujer en casa está permitida, que es el caso –entre otras– de su Circular 8/2006 de 13 de marzo, sobre «Matronas y parto en Casa [Midwives and home birth]», en la que se contienen afirmaciones tales como que: 1) «la política del Gobierno en los cuatro países del Reino Unido es promover la elección de las mujeres en relación con su atención durante el embarazo y el lugar del parto [Government policy four countries of the UK is to promote choice for women in relation to their pregnancy care and place of birth]», y «esto incluye que se pueda acceder a la asistencia de una matrona para el parto en casa [this includes being able to access midwifery care for birth at home]»; 2) «las matronas son expertas en el parto normal y las normas del CEO requieren que sean competentes para apoyar a las mujeres a dar a luz normalmente en una variedad de entornos, incluyendo en el hogar [midwives are experts in normal birth and the NMC's standards require them to be competent to support women to give birth normally in a variety of settings including in the home]»; y 3) «como miembro de una profesión auto-regulada, cada matrona es responsable del mantenimiento de su propia competencia [as a member of a self-regulating profession, each midwife is responsible for maintaining her own competence]», y «esto incluye cualquier actualización profesional en relación con la provisión de cuidados en el parto en casa [this includes any professional updating in relation to provision of care at a home birth]».

15. Y en tercer lugar, constituye una práctica reconocida y amparada por el propio Servicio Nacional de Salud, siempre sobre la base del respeto legal a la libertad de opción de la mujer capacitada para decidir⁷³. Y es que, además de reconocerse así expresamente por el citado Consejo de Enfermería y Obstetricia –«las mujeres tienen derecho a tomar sus propias decisiones sobre estas cuestiones si son competentes para hacerlo y las matronas tienen el deber de respetar la decisión de la mujer [women have the right to make their own decisions on these issues if they are competent to do so and midwives have a duty of care to respect a woman's choice]»⁷⁴–, el propio Servicio Nacional de Salud así lo reconocía expresamente en el año 2007, en un documento elaborado por su «Departamento de Salud [Department of Health]» con el título «Cuestiones de maternidad: La elección, el acceso y la continuidad de la atención en un servicio seguro [Maternity Matters: choice, access and continuity of care in a safe service]»⁷⁵, indicando que una de las «cuatro garantías de elección nacional [four

⁷² Pueden consultarse en <http://www.nmc.org.uk/standards/circulars-index>.

⁷³ Sobre la capacidad para decidir, que es consecuencia de la autonomía de la mujer para aceptar o rechazar el tratamiento en caso de maternidad, véase MONTGOMERY, J., *Health Care Law*, 2ª edición, cit., páginas 419-427. Analizando «autonomía y embarazo [autonomy and pregnancy]», véase MANSON MCLEAN, S.A., *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge (Londres, 2010), páginas 128-154; y también HERRING, J., *Medical Law*, 2ª edición, Longman (Harlow, 2010), páginas 4-5 y 66-67.

⁷⁴ Véase la conclusión de su Circular sobre «Supporting Women in their Choice for Home Birth (Annexe 2. M/10/15)». Puede localizarse y consultarse acudiendo directamente al enlace http://www.nmc.org.uk/globalassets/siteDocuments/CouncilPapersAndDocuments/Committees/MC/14July2010/M_10_15_Annexe2SupportingWomenInTheirChoiceOfHomeBirth.pdf.

⁷⁵ Puede localizarse y consultarse acudiendo a la dirección siguiente: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digit_assets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_074199.pdf.

national choice guarantees» que deben estar a disposición de la mujer⁷⁶ es la relativa precisamente a la «Elección del lugar de nacimiento [*Choice of place of birth*]»⁷⁷. De acuerdo con ella, resulta que, «dependiendo de sus circunstancias, las mujeres y sus parejas podrán elegir entre tres opciones diferentes» [*depending on their circumstances, women and their partners will be able to choose between three different options*], que son: «un parto en casa [*a home birth*]»⁷⁸, un «parto en un establecimiento local, incluyendo un hospital, bajo el cuidado de una matrona [*birth in a local facility, including a hospital, under the care of a midwife*]»⁷⁹, y «un parto en un hospital con el apoyo de un equipo de atención de maternidad local, incluyendo matronas, anestesistas y obstetras asesores [*birth in a hospital supported by a local maternity care team including midwives, anaesthetists and consultant obstetricians*]», siendo esta última «para algunas mujeres... la opción más segura [*for some women... the safest option*]»⁸⁰.

16. En fin, sobre esta práctica no prohibida, regulada y reconocida oficialmente también se ha pronunciado el Instituto Nacional para la Salud y Atención de Excelencia (*National Institute for Health and Care Excellence*), que es el órgano público no departamental («*Non Departmental Public Body-NDPB*») responsable de proporcionar orientación para la promoción de la salud, la prevención y el tratamiento de las enfermedades en el Sistema Nacional de Salud, estableciendo para ello guías y estándares de calidad para mejorar la salud y la asistencia social⁸¹. Y lo ha hecho en diciembre de 2014, a través de su guía clínica sobre «Atención durante el parto: el cuidado de las mujeres saludables y sus bebés durante el parto [*Intrapartum care: care of healthy women and their babies during*

⁷⁶ Las otras tres restantes garantías aluden a la «Elección de la forma de acceder a la atención de maternidad [*Choice of how to access maternity care*]», a la «Elección de tipo de atención prenatal [*Choice of how to access maternity care*]» y a la «Elección del lugar de atención postnatal [*Choice of place of postnatal care*]».

⁷⁷ Véase su página 5. A tales efectos, en su página 12 se indica que «En su decisión, las mujeres tendrán que entender que su elección de lugar de nacimiento afectará a la elección del alivio del dolor disponible para ellos. Por ejemplo, la anestesia epidural sólo estará disponible en los hospitales donde hay un servicio de anestesia obstétrica 24 horas [*In making their decision, women will need to understand that their choice of place of birth will affect the choice of pain relief available to them. For example, epidural anaesthesia will only be available in hospitals where there is a 24hour obstetric anaesthetic service*]».

⁷⁸ Véase su página 5. En su página 12 se aclara que es un «parto apoyado por una comadrona [*birth supported by a midwife*]».

⁷⁹ Véase su página 5. En su página 12 se indica al respecto lo siguiente: «Parto apoyado por una matrona en una instalación local de obstetricia como una unidad de obstetricia local designada o centro de partos. La unidad podría estar basada en la comunidad, o en un hospital; los patrones de atención varían en todo el país para reflejar las diferentes necesidades locales. Estas unidades promueven una filosofía de trabajo y parto normal y natural. Las mujeres podrán elegir cualquier otra unidad de obstetricia en Inglaterra [*birth supported by a midwife in a local midwifery facility such as a designated local midwifery unit or birth centre. The unit might be based in the community, or in a hospital; patterns of care vary across the country to reflect different local needs. These units promote a philosophy of normal and natural labour and childbirth. Women will be able to choose any other available midwifery unit in England*]».

⁸⁰ Véase su página 5. En su página 13 se reitera lo mismo, aunque señalando: «Parto apoyado por un equipo de maternidad en un hospital. El equipo puede incluir a matronas, obstetras, pediatras y anestesistas. Para algunas mujeres, este tipo de atención será la opción más segura, pero ellas también deben tener elección de hospital. Todas las mujeres podrán elegir cualquier hospital en Inglaterra [*birth supported by a maternity team in a hospital. The team may include midwives, obstetricians, paediatricians and anaesthetists. For some women, this type of care will be the safest option but they too should have a choice of hospital. All women will be able to choose any available hospital in England*]».

⁸¹ Según se informa en su página web <http://www.nice.org.uk>. Concretamente en su apartado «*About*», al tratar las cuestiones sobre «*Who we are*» y «*What we do*».

childbirth]]»⁸². Se trata de una guía clínica que ofrece asesoramiento sobre las mejores prácticas en la atención de las mujeres durante el trabajo de parto, recurriendo para ello a un total de dieciséis recomendaciones (*recommendations*), figurando en el grupo de las que se consideran «prioridades clave para ejecutar [*key priorities for implementation*]]» precisamente la relativa al «lugar del parto [*place of birth*]]»⁸³, que es la recomendación número 1⁸⁴, en la que se incide de nuevo sobre la posibilidad de «elegir el lugar del parto planificado [*choosing planned place of birth*]]», al indicar que «las mujeres con bajo riesgo de complicaciones [*women at low risk of complications*]]» pueden «elegir cualquier entorno de nacimiento (casa, unidad independiente de obstetricia, junto a unidad de obstetricia o unidad obstétrica) [*choose any birth setting (home, freestanding midwifery unit, alongside midwifery unit or obstetric unit)*]]»⁸⁵, contando con el apoyo que necesitan para ello⁸⁶.

4. ALEMANIA

17. Desde luego, el estudio de la regulación legal de la atención sanitaria al parto en Alemania es notablemente diferente a la situación del Reino Unido que acaba de verse, al menos por las dos siguientes razones. En primer lugar, porque –desde un punto de vista metodológico– Alemania, a diferencia del Reino Unido, tiene su legislación de seguridad social codificada, resultando ser una tarea fácil encontrar su Código de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch–SGB*) de manera gratuita y en versión consolidada en Internet, a través de la web administrada para tales efectos por el Ministerio federal de Justicia y de Protección de los Consumidores (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*), que es <http://www.gesetze-im-internet.de>⁸⁷. Y en segundo lugar, porque –desde el punto de vista de la regulación legal, como a continuación se podrá comprobar– en Alemania no hay que recurrir a la interpretación para la elaboración de argumentos jurídicos con cierta consistencia ni rebuscar en documentos oficiales de las Administraciones públicas competentes, que es lo que sucede en el caso del Reino Unido, para acabar concluyendo que la atención sanitaria de la mujer embarazada cubre también su derecho de dar a luz en lugares diferentes –no estrictamente hospitalarios, como puede ser el propio hogar– y con la asistencia profesional de una matrona.

18. De acuerdo con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) de 23 de mayo de 1949⁸⁸, «Toda Madre tiene Derecho a la Protección y a la Asistencia por parte de la Comunidad [*Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft*]]»⁸⁹. En el caso de su derecho a la protección y asistencia sanitarias, hay que indicar que se trata de una de las materias que

⁸² Puede consultarse en <http://www.nice.org.uk/guidance/cg190/resources/intrapartum-care-for-healthy-women-and-babies-35109866447557>, sin perjuicio de acudir también a la información que se contiene en <http://www.nice.org.uk/guidance/cg190/evidence>.

⁸³ Véase la página 7 de esta guía clínica.

⁸⁴ Algo extensa en su contenido y que ocupa las páginas 9 a 20 de la guía clínica.

⁸⁵ Véase el apartado 1.1.2 de la Recomendación en cuestión, que figura en la página 9 de la guía clínica.

⁸⁶ Al indicarse en el propio apartado 1.1.2 de esta Recomendación lo siguiente: «*and support them in their choice of setting wherever they choose to give birth*».

⁸⁷ Según se informa en la propia web, se trata de «un Proyecto conjunto con juris GmbH [*einem gemeinsamen Projekt mit der juris GmbH*]]».

⁸⁸ Puede consultarse en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

⁸⁹ Véase su artículo 6, apartado (4).

forman parte del ámbito de la llamada «Legislación Concurrente [*konkurrierende Gesetzgebung*]» –por integrarse en ella «el Derecho del Trabajo, incluyendo la Organización de la Empresa, la Protección del Trabajo y las Oficinas de Colocación, así como la Seguridad Social con inclusión del Seguro de Desempleo» [*das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung*]⁹⁰–, algo que no ha impedido que la Federación haya hecho uso mediante ley de su competencia para legislar sobre estas concretas materias⁹¹. Esto explica que la regulación legal de la atención sanitaria de la mujer embarazada se encuentre en la «obra legislativa monumental» que es el Código de la Seguridad Social⁹², y concretamente, en su Libro V, relativo al «Aseguramiento legal de la Enfermedad [*Gesetzliche Krankenversicherung*]».

19. De todos sus «parágrafos [*paragrafen*]» –equivalentes a los «artículos [*articles*]» franceses o a las «secciones [*sections*]» británicas y representados por el símbolo «§»–, interesan esencialmente ocho. Por una parte, están los siete que forman la serie que se inicia con el parágrafo §24c [sobre «Prestaciones de Embarazo y Maternidad (*Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft*)»] y que continua –precisamente con el fin de desarrollar lo indicado en el citado parágrafo §24c– con los parágrafos §24d [sobre «Asistencia Médica y Ayuda de Matronas (*Ärztliche Betreuung und Hebammenhilfe*)»], §24e [sobre «Suministro de Medicamentos, Apósitos, y Ayudas Médicas (*Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln*)»], §24f [sobre «Parto (*Entbindung*)»], §24g [sobre «Cuidados en el Hogar (*Häusliche Pflege*)»], §24h [sobre «Ayuda Doméstica (*Haushaltshilfe*)»] y §24i [sobre «Prestación económica por Maternidad (*Mutterschaftsgeld*)»]. Y por otra parte, está el parágrafo §134a [sobre «Provisión de la Ayuda de Matronas (*Versorgung mit Hebammenhilfe*)»], cuya finalidad no es otra que la de regular todo lo relacionado con la asistencia de matronas al embarazo y parto de la mujer, incluyéndose aquí también lo que se refiere al pago de los honorarios por dicha asistencia⁹³.

20. A los efectos que aquí interesan, son tres las consideraciones que se pueden realizar siempre a propósito de esta regulación, la primera de las cuales se refiere al hecho de que se trata de una regulación novedosa, puesto que –en el caso de los siete parágrafos que conforman la serie que se inicia en el parágrafo §24c y que concluye en el parágrafo §24i⁹⁴–

⁹⁰ Véase artículo 74, apartado (1), punto 12.

⁹¹ Según los artículos 70 y 72 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en el ámbito de la «legislación concurrente» los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

⁹² Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, cit., página 20. Y lo es, al ser doce los Libros que lo componen, todos ellos de «contenido eminentemente sustantivo, puesto que su núcleo duro viene conformado por la regulación al detalle del aseguramiento legal de los distintos riesgos y contingencias, aunque lógicamente también hay espacio para la regulación de los aspectos instrumentales de la protección» (*ibidem*).

⁹³ La regulación de la profesión de las matronas y las condiciones que deben tener en cuenta en la realización de su actividad profesional se encuentra en la Ley de la Profesión de Matrona y Enfermera Obstétrica (Ley de Matronas) [*Gesetz über den Beruf der Hebamme und des Entbindungspfleger (Hebammengesetz - HebG)*], de 4 de junio de 1985. Puede localizarse y consultarse en la dirección http://www.gesetze-im-internet.de/hebg_1985.

⁹⁴ Para un estudio más detallado y comentado de los mismos, véanse SODAN, H. (Editor), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2ª edición, C.H. Beck (München, 2014), páginas 726 y siguientes; BECKER, U. y KINGREEN, T. (Editores), *SGV V. Gesetzliche Krankenversicherung Kommentar*, 4ª edición, C.H. Beck (München, (...)

su presencia en el Libro V del Código de la Seguridad es muy reciente (octubre de 2012)⁹⁵, siendo su incorporación consecuencia de la aprobación de la Ley de Reajuste del Seguro de Dependencia [*Gesetz zur Neuaustrichtung der Pflegeversicherung (Pflege-Neuaustrichtungsgesetz-PNG)*] de 23 de octubre de 2012⁹⁶, en virtud de lo dispuesto en su artículo 3, precisamente sobre «Modificación del Libro Quinto del Código de la Seguridad Social [*Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch*]»⁹⁷. La segunda se refiere al hecho de que la atención sanitaria de la mujer embarazada cubre también la asistencia al «Parto [*Entbindung*]», al indicar el parágrafo §24f que «La Asegurada tiene Derecho a un Parto residencial y no residencial [*Die Versicherte hat Anspruch auf ambulante oder stationäre Entbindung*]»⁹⁸. Y la tercera alude precisamente al derecho que tiene la mujer embarazada de elegir el lugar que ella considere más apropiado para dar a luz –incluyendo su propio hogar, que es el «Parto en Casa [*Hausgeburt*]»– y siempre atendida por profesionales, en la medida en que el citado parágrafo §24f así lo reconoce cuando establece que «La Asegurada puede dar a luz como no residencial en un Hospital, en una Instalación supervisada por una Matrona o una Enfermera Obstétrica, en una Instalación supervisada por Médicos, en una Clínica de Matronas o en el marco de un Parto en Casa [*Die Versicherte kann ambulante in einem Krankenhaus, in einer von einer Hebamme oder einem Entbindungspfleger geleiteten Einrichtung, in einer ärztlich geleiteten Einrichtung, in einer Hebammenpraxis oder im Rahmen einer Hausgeburt entbinden*]»⁹⁹.

5. EL DERECHO HUMANO DE LA MUJER EMBARAZADA A ELEGIR LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE DESEA SER MADRE Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS EN LA REGULACIÓN DE ESTA CUESTIÓN CUANDO SE TRATA DEL PARTO EN CASA, SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

21. En fin, la existencia de modelos diferentes de atención sanitaria al parto, cada uno de ellos con su correspondiente régimen jurídico, también ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en pleitos promovidos por mujeres que deseaban dar a luz en sus casas y que, al encontrarse con limitaciones para ello en sus respectivos Estados, consideraban que había una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Concretamente, se alegaba la infracción del artículo 8 del citado Convenio, relativo al «derecho al respecto a la vida privada y familiar», según el cual «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» (apartado 1), y «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad

2014), páginas 202 y siguientes; y BERCHTOLD, J., HUSTER, S. y REHBORN, M. (Editores), *Gesundheitsrech. SGB V. SGB XI, Nomos* (Baden, 2015), páginas 294 y siguientes.

⁹⁵ Sobre la regulación anteriormente existente, véase KREIKEBOHM, R., SPELLBRINK, W. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht. EWG-VO 1408/71, SGB I bis SGB XII, SGG, BAFöG, BEEG, WoGG*, Verlag C.H. Beck (München, 2009), páginas 1064-1068.

⁹⁶ *Bundesgesetzblatt Jahrgang*, parte I, número 51, de 29 de octubre de 2012. Puede verse también en <http://www.uni-heidelberg.de/md/bfc/familie/2013-pflege-neuaustrichtungsgesetz.pdf>.

⁹⁷ Véase su apartado 6.

⁹⁸ Véase su inciso primero.

⁹⁹ Véase su inciso segundo.

nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (apartado 2). Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto, al menos, en dos ocasiones, indicando que la «vida privada» a que alude el citado artículo 8 incluye aspectos de la identidad física y social de la persona, como el derecho a que se respete su decisión de tener hijos o no, del que se deriva el derecho a elegir las circunstancias para ello; que no había una posición común entre los Estados sobre el parto en casa; y que en estos casos los Estados tienen cierto margen de actuación para la regulación de esta concreta cuestión.

22. La primera ocasión fue en su Sentencia de 14 de diciembre de 2010, dictada en el asunto *Ternovszky* contra Hungría¹⁰⁰. Se trata de un caso en el que la demandante, que quería dar a luz en su casa y asistida por una matrona¹⁰¹, alegaba que no podía hacerlo por causa de que la legislación de su País sobre el parto en casa era «ambigua»¹⁰² y daba pie –vistos otros casos anteriores semejantes al suyo, en que se habían impuesto sanciones– para penalizar a los profesionales de la salud que la asistiesen¹⁰³, de modo que los riesgos de sanciones disuadían a dichos profesionales de intervenir y le impedían a ella beneficiarse de una asistencia profesional adecuada, a diferencia de las mujeres que deseaban dar a luz en una institución hospitalaria¹⁰⁴. Sobre la base de que en la demanda se sostenía que había una injerencia discriminatoria en su derecho al respeto de la vida privada¹⁰⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acabó concluyendo –por seis votos contra uno– que había una vulneración del citado 8 del Convenio, porque: 1) el derecho a la vida privada y familiar abarca el derecho a que se respete tanto la decisión de ser o no ser madre o padre como la decisión acerca de las circunstancias en que se desea ser padre o madre, y las circunstancias de dar a luz forman parte indudablemente de la vida privada a los efectos de dicho artículo¹⁰⁶; 2) en el contexto del parto en casa, considerada como una cuestión de elección personal, la madre tiene derecho a un entorno legal e institucional que permita su elección, y el derecho de elección aquí debe suponer la seguridad jurídica de que la elección es legal y no está sujeta directa o indirectamente a sanciones¹⁰⁷; y 3) aunque no se le había impedido a la demandante dar a luz específicamente en su casa¹⁰⁸, la legislación adolecía de inseguridad jurídica, podía dar lugar a arbitrariedades y disuadía a los profesionales de proveer la asistencia requerida, limitándose con ello las opciones a elegir por parte de futuras madres como la demandante¹⁰⁹.

23. Y la segunda ocasión fue en su Sentencia de 11 de diciembre de 2014, dictada en el asunto *Dubská y Krejzová* contra la República Checa¹¹⁰. Aquí, se trata de un caso en el que dos demandantes no pudieron contar con la asistencia de una matrona para sus

¹⁰⁰ Puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102254#%22itemid%22:%22001-102254%22>].

¹⁰¹ Véase su apartado 6.

¹⁰² Véase su apartado 12.

¹⁰³ Véase su apartado 6.

¹⁰⁴ Véase su apartado 3.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Véase su apartado 22.

¹⁰⁷ Véase su apartado 24.

¹⁰⁸ Véase su apartado 22.

¹⁰⁹ Véase su apartado 26.

¹¹⁰ Puede localizarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#%22itemid%22:%22001-148632%22>].

respectivos partos en casa¹¹¹, razón por la que también entendían que había una prohibición legal que suponía una interferencia en el derecho al respecto de sus vidas privadas en condiciones no permitidas por el citado artículo 8 del Convenio¹¹². Visto el concepto amplio de vida privada del artículo 8 (incluido el derecho a la autonomía personal y a la integridad física y psicológica), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la imposibilidad legal de que las demandantes fuesen atendidas por matronas para dar a luz en sus casas supone una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada¹¹³, pero –con todo– concluye que dicha injerencia estatal es una de las permitidas en el apartado 2 del citado artículo 8¹¹⁴, que persigue un fin legítimo –proteger la salud y seguridad del recién nacido durante y después del parto y, al menos indirectamente, las de la madre¹¹⁵–, al considerar que, además de su vulnerabilidad física, los recién nacidos son totalmente dependientes de las decisiones tomadas por otros, lo que justifica una fuerte implicación por parte del Estado¹¹⁶, aparte la circunstancia de que los partos en casa no suscitan una opinión común entre los Estados miembros del Consejo de Europa e implican consideraciones políticas sociales y económicas generales del Estado, incluyendo la asignación de recursos financieros para ello¹¹⁷; razón por la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el margen de apreciación por parte del Estado tiene que ser amplio en la regulación de esta materia y que no hay tal vulneración¹¹⁸. Y para llegar a dicho fallo –con seis votos a favor y uno en contra–, el Tribunal tuvo que proceder previamente tanto al estudio comparado de la situación legal existente en treinta y dos de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa¹¹⁹, como al análisis de las investigaciones médicas más relevantes publicadas sobre la seguridad del parto en casa¹²⁰, que fue lo que le permitió concluir en el caso analizado que no existe un consenso europeo en la materia¹²¹.

¹¹¹ Véanse sus apartados 7-14, en relación con la demanda de la Señora *Dubská*, y 15-21, en relación con la demanda de la Señora *Krejzová*.

¹¹² Véase su apartado 69.

¹¹³ Véase su apartado 78.

¹¹⁴ Véase su apartado 86, inciso segundo.

¹¹⁵ Véase su apartado 86, inciso primero.

¹¹⁶ Véase su apartado 93, inciso segundo.

¹¹⁷ Véase su apartado 93, inciso tercero.

¹¹⁸ Véase su apartado 93, inciso cuarto. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera –habida cuenta de todas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que no existe un consenso europeo en la materia–, que en la adopción y aplicación de la política en vigor en el momento de los hechos relativos a los partos en casa, las autoridades de la República Checa no superan el amplio margen de apreciación otorgada, ni alteran el equilibrio justo que se requiere entre los intereses en conflicto (véase el apartado 101 de la Sentencia).

¹¹⁹ Según el apartado 60 de la Sentencia, dieciséis Estados miembros permiten expresamente el parto en casa bajo ciertas condiciones (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Suecia, Suiza y el Reino Unido). Y según el apartado 61, hay otros dieciséis Estados miembros en los que la cuestión del parto en casa no está regulada expresamente por la ley (Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, Malta, Montenegro, Rumanía, Rusia, Eslovenia, España, la ex República Yugoslava de Macedonia, Turquía y Ucrania), con el matiz de que: 1) en Estonia, Finlandia, Malta, España y Turquía se tolera; 2) en Estonia y Eslovenia, se estudia la modificación de la legislación para permitirlo; y 3) en Croacia, Lituania y Ucrania pueden imponerse sanciones.

¹²⁰ Véanse sus apartados 62-67, en que se da cuenta de los resultados científicos en Estados Unidos, Canada, Holanda, Suiza y Reino Unido.

¹²¹ Véase su apartado 101, inciso primero.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARUFE VARELA, A., «Las estructuras normativas del derecho inglés de la seguridad social», en *Revista de la Seguridad Social*, número 5 (4º Trimestre 2015).

BECKER, U. y KINGREEN, T. (Editores), *SGV V. Gesetzliche Krankenversicherung Kommentar*, 4ª edición, C.H. Beck (München, 2014).

BERCHTOLD, J., HUSTER, S. y REHBORN, M. (Editores), *Gesundheitsrech. SGB V. SGB XI*, Nomos (Baden, 2015).

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Derechos de la mujer embarazada en la regulación legal de la asistencia sanitaria por maternidad», en FARALDO CABANA, P. (Directora) y LÓPEZ ARRANZ M.A. y MILLOR ARIAS, M.P. (Coordinadoras), *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Los derechos de la mujer embarazada en la regulación legal española de la atención sanitaria pública por maternidad», en LÓPEZ VILLAR, C. (Coordinadora), *Estudios multidisciplinarios para la humanización del parto*, Universidade da Coruña (A Coruña, 2011)

COESTER-WALTJEN, D., *Mutterschutz in Europa. Der Schutz der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und der Mutterschaft in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, J. Schweitzer Verlag (München, 1986).

COUR DE COMPTES, *La Sécurité Sociale. Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale. Septembre 2011* (Paris, 2011)

CHAUCHARD, J.-P., *Droit de la Sécurité Sociale*, 4ª edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris, 2005).

DEPARTMENT OF HEALTH, *Maternity Matters: choice, access and continuity of care in a safe service*, DH Publications Orderline (Londres, 2007).

DUPEYROUX, J.J., BORGETTO, M., LAFORE, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 15ª edición, Dalloz (Paris, 2005).

GEORGE, V., *Social Security: Beveridge and after*, Routledge and Kegan Paul Ltd (London, 1968).

HERRING, J., *Medical Law*, 2ª edición, Longman (Harlow, 2010).

KESSLER, F., *Droit de la protection sociale*, 2ª edición, Dalloz (Paris, 2005)

KREIKEBOHM, R., SPELLBRINK, W. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht. EWG-VO 1408/71, SGB I bis SGB XII, SGG, BAFöG, BEEG, WoGG*, Verlag C.H. Beck (München, 2009)

MANSON MCLEAN, S.A., *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge (Londres, 2010).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2010).

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo (Madrid, 2008).

MONTGOMERY, J., *Health Care Law*, 2ª edición, Oxford University Press (Oxford, 2003).

NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELLENCE, *Intrapartum care: care of healthy women and their babies during childbirth*, National Institute for Health and Care Excellence (London, 2014).

ROBSON, W.A., «The National Insurance Act, 1946», en *The Modern Law Review*, Volumen 10, número 2 (abril, 1947).

SODAN, H. (Editor), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2ª edición, C.H. Beck (München, 2014).

Crónica
legislativa de
Seguridad
Social y
materias
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

LABORUM

1. -LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 31-10-2015)

Se aprueba este Texto Refundido en virtud de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delegaba en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos. En dicha Ley se autorizaba al Gobierno a aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en dicha norma, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado. El plazo para la realización de dicho texto se fijó en doce meses a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 20/2014, de 29 de octubre, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2014.

La aprobación de este nuevo Texto Refundido viene justificada en su Exposición de Motivos por la necesidad de una simplificación normativa (exigida por la OCDE en diversos informes de 2000 y 2010), como presupuesto imprescindible para garantizar el acceso fácil al ordenamiento jurídico y para la claridad y seguridad jurídicas; por las numerosas modificaciones realizadas en los últimos años, especialmente a través de la figura del Real Decreto-ley; y por la necesidad de revisión, simplificación y consolidación normativa de los ordenamientos jurídicos de todas las Administraciones Públicas requerida por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (lo que implica, entre otras medidas, la derogación de las normas que hayan quedado obsoletas, la introducción de modificaciones, y la elaboración de textos refundidos). Consecuencia de todo ello es la aprobación de este texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que incorpora cambios relevantes como consecuencia de la indicada labor de refundición, regularización, aclaración y armonización. Entre dichos cambios, se pueden destacar los siguientes:

- El nuevo texto refundido incorpora también, además de las disposiciones sobre el Sistema y sobre el Régimen General, la regulación del RETA y sistemas especiales de trabajadores por cuenta ajena agrarios y de empleados de hogar, así como la prestación por cese de actividad.
- Se crea un título específico para regular de forma conjunta todas las prestaciones no contributivas.
- Como consecuencia de lo anterior, el texto refundido pasa de tener 3 títulos a 6 (373 artículos)
- Respecto al Campo de Aplicación (art. 7): la referencia a los familiares del empresario pasa al art. 12, y se suprime la mención de la reciprocidad para los nacionales de otros países (hispanoamericanos, portugueses, brasileños...). Se prevé también la posibilidad de inclusión de los deportistas de alto nivel.
- Los Regímenes Especiales recogidos en el art. 10 quedan reducidos a RETA, RETMar, Funcionarios Públicos y Estudiantes.
- Respecto a la afiliación, cotización y recaudación, se refunden determinados preceptos y se incorpora el contenido de anteriores Disposiciones. Entre otros aspectos, destacan:
 - Art. 22, sobre liquidación e ingreso de las cuotas y demás recursos, incorpora la mención al desempleo.

- Art. 24, sobre prescripción: Se prevé la interrupción por inicio de las actuaciones contempladas en el art. 20.6 de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de ITSS.
- En cuanto a la acción protectora:
 - Art. 42, sobre acción protectora del sistema: Recoge el contenido del antiguo art. 38, añadiendo la referencia a la prestación económica por cese de actividad.
 - Art. 58, sobre revalorización: incorpora las previsiones relativas al factor de sostenibilidad y del índice de revalorización.
 - Art. 60, sobre el complemento por maternidad en las prestaciones contributivas: Incorpora el contenido del “antiguo” art. 50 bis, incluido en virtud de la LPGE para 2016.
- Se crea un nuevo capítulo (capítulo VI), en el que se recoge la regulación de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.
- Respecto del Título II, Régimen General de la Seguridad Social, hay que destacar lo siguiente:
 - Se mantiene una estructura similar a la anterior, aunque se amplía el número de artículos.
 - Se introducen numerosas modificaciones en la redacción y en la terminología utilizada, en base, fundamentalmente, a directrices de técnica normativa y a la necesidad de armonización con otras normas.
 - Se excluyen de este Título las prestaciones de carácter no contributivo, ya que pasan a regularse de forma conjunta en el nuevo Título VI.
 - En cuanto al Campo de Aplicación: se amplía con la incorporación de inclusiones expresamente dispuestas en otras normas legales, se introducen modificaciones de técnica jurídica y se amplían los supuestos de exclusión. Así: el art. 136, sobre el campo de aplicación del régimen general, incorpora, con matices, el contenido del art. 97, además de la antigua DA 29ª.1, art. 21 y DF 1ª de la Ley 44/2015 y art. 20 RDL 13/2010. Por su parte, el art. 137, sobre exclusiones, incorpora, también con matices, el contenido del antiguo art. 98, DA 22ª.2 de la LO 6/2001, DA 4ª de la Ley 55/2003.
 - En materia de Cotización, se incluye una nueva Subsección relativa a la cotización en supuestos especiales en la que se incorpora la Cotización con 65 o más años, la cotización en contratos de corta duración y la cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo.
 - En el art. 167, sobre responsabilidad en orden a las prestaciones: Se incorpora el contenido del antiguo art. 126, sustituyendo la referencia al SMI por el IPREM.
 - Art. 169, sobre concepto de IT: Incorpora parcialmente el contenido del antiguo art. 128, así como el concepto de recaída contenido en el antiguo art. 131.
 - Art. 170, sobre competencias sobre los procesos de IT: Reúne el contenido de las antiguas DA 52ª, art. 128.1.a, DA 19ª L 40/2007.
 - Art. 177, sobre situaciones protegidas en la maternidad: Incorpora el contenido del antiguo art. 133 bis, con las modificaciones de la L 26/2015.
 - Art. 178, sobre beneficiarios de maternidad: Incorpora el contenido del antiguo art. 133 ter, con las modificaciones operadas por L 26/2015.
 - Art. 183, sobre paternidad: Incorpora el contenido del antiguo art. 133

octies, con las modificaciones de la L 26/2015.

-Art. 190, sobre cuidado de menores con cáncer: Incorpora el contenido del antiguo art. 135 quater, con las modificaciones operadas por L 26/2015.

-En materia de Jubilación en su modalidad contributiva, se crean dos nuevos artículos: el art. 211, sobre factor de sostenibilidad, procedente de la Ley 23/2013; y el art. 214, sobre envejecimiento activo, que incorpora el contenido del RDL 5/2013.

-El art. 237, sobre protección familiar en su modalidad contributiva, incorpora el contenido del antiguo art. 180, con las modificaciones operadas por la Ley 26/2015.

-Se crea un Capítulo nuevo, el XVII, sobre Disposiciones aplicables a determinados trabajadores del Régimen General, que incluye una Sección 1ª sobre especificidades aplicables a los trabajadores a tiempo parcial; y una Sección 2ª referida a trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje.

-El Capítulo XVIII regula los Sistemas Especiales para empleados de hogar y para trabajadores por cuenta ajena agrarios.

-Respecto al Título III, Protección por Desempleo, destaca:

-El art. 264, sobre desempleo y personas protegidas, incorpora el contenido del antiguo art. 205, añadiendo la referencia a la suspensión del contrato como objeto de protección. También se contempla la posibilidad de que el cese o reducción de actividad haya sido acordada por resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal.

-El art. 267, sobre situación legal de desempleo, incorpora el contenido del antiguo art. 208, más las DDAA 42ª y 63ª.

-Es novedad la inclusión del Capítulo V, Disposiciones aplicables a determinados colectivos, en el que se incluye la regulación de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (Sección 1ª) y una regulación específica (Sección 2ª) para personas con contrato para la formación y el aprendizaje, trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, y Militares Profesionales de Tropa y Marinería.

-Se introduce el nuevo Título IV: Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Nuevo Título V: Protección por Cese de Actividad

-Nuevo Título VI: Prestaciones No Contributivas. Se regulan de forma conjunta todas las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social: Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva; y Pensiones no contributivas (Invalidez no contributiva y jubilación en su modalidad no contributiva).

2. -PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO.- LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-10-15)

Entre sus medidas, destacan las siguientes:

-El Capítulo III del Título I, “De la Seguridad Social”, regula la financiación de la asistencia sanitaria, a través del presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

y de las aportaciones del Estado al Instituto de Mayores y Servicios sociales y al Instituto Social de la Marina, así como aquéllas que se destinen a la Seguridad Social, para atender la financiación de los complementos por mínimos de pensiones.

-El Título III, “De los Gastos de Personal”, en el Sector Público:

-con carácter general, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 1%

-se mantiene que no podrán realizarse aportaciones a planes de empleo o contratos de seguro que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con las excepciones que expresamente se prevén (art. 19).

-cada Administración, teniendo en cuenta su situación económico-financiera, podrá aprobar dentro del ejercicio 2016 una retribución extraordinaria con importe equivalente a la parte proporcional a 91 días de la paga extra o adicional suprimida en 2012 (DA 12ª).

-como novedad se establece, en relación con la Oferta de Empleo Público, que se procederá en el sector público a la incorporación de nuevo personal, con los límites y requisitos previstos.

-la tasa de reposición en la oferta de empleo público será, con carácter general, del 50%, ascendiendo al 100% en sectores y administraciones considerados prioritarios –entre otros la Asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales, la gestión de prestaciones, las políticas activas en materia de empleo, la ITSS–.

-Se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, de forma que solo podrán realizarse con carácter rigurosamente excepcional y vinculadas a necesidades urgentes e inaplazables (art. 20).

-se añade la DA 16ª al EBEP [actualmente en TREBEP], para introducir un nuevo permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación a partir de la semana 37 de embarazo (DF 9ª, DDAA 92ª y 93ª).

-se modifica el art. 50 EBEP [actualmente en TREBEP] para incorporar el régimen de disfrute postergado de vacaciones en caso de coincidencia con maternidad, IT, riesgo durante el embarazo o la lactancia (DF 9ª).

-En materia de PENSIONES (arts. 36 a 46) Y OTRAS PRESTACIONES:

-se establece la revalorización de pensiones en un 0,25%, con límite de 2.567,28 euros/mes (Vid. también DDAA 26ª y 29ª).

-se incorpora un nuevo art. 50 bis a la LGSS [art. 60 del nuevo texto refundido] en cuya virtud se crea un complemento por maternidad en las pensiones contributivas (DF 2ª).

-se modifica el art. 147 LGSS [art. 366 del nuevo texto refundido] para regular la compatibilidad de la pensión de invalidez no contributiva con el ejercicio de una actividad lucrativa (DF 2ª).

-se aplaza el incremento hasta el 60% de la base reguladora de las pensiones de viudedad a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública (DA 28ª).

-se aplaza la aplicación del plazo de un año para que el Gobierno presente un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social en relación con el tiempo de servicio militar o prestación social sustitutoria (DA 88ª).

-se deroga la DA 10ª L 40/2007, que contemplaba futuros incrementos en el

auxilio por defunción (DD 2ª).

-En materia de COTIZACIONES (arts. 115 y 116):

-el tope máximo de las bases de cotización se incrementa en un 1%, fijándose en 3.642 euros mensuales.

-se fijan las bases máximas y mínimas para los autónomos.

-se mantienen los tipos de cotización para contingencias comunes.

-en relación con la tarifa de primas fijada en la DA 4ª Ley 42/2006, se da nueva redacción a una de sus reglas para cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena esté dentro de las enumeradas en el Cuadro II de la mencionada DA 4ª, definiéndose qué se considera por “personal en trabajos exclusivos de oficina” (DF 8ª).

-se mantiene la reducción del 50% en la cotización empresarial por contingencias comunes en supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, así como en casos de enfermedad profesional (DA 86ª).

-se mantiene la reducción del 20% en las cotizaciones por la contratación de personal de servicio del hogar familiar (DA 87ª).

-se mantienen las medidas de apoyo a la prolongación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos en sectores vinculados al turismo (DA 89ª).

-RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR: se añade una DA 4ª a la L 47/2015, de 21 de octubre, para incluir en el campo de aplicación del Régimen Especial al colectivo de neskatillas y empacadoras como una especialidad de la provincia de Bizkaia (DF 4ª).

-ASISTENCIA SANITARIA: se modifica la L 16/2003, en relación con la condición de asegurado de quien haya agotado la prestación o subsidio por desempleo, precisándose que la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a 6 meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo (DF 5ª).

-EXTRANJEROS: se aplaza la financiación prevista en el art. 2 LOEx para programas de integración social de inmigrantes (DA 75ª).

-DEPENDENCIA: se aplaza la aplicación de los arts. 7.2, 8.2 a), 10 y 32.3, párrafo primero y DT 1ª de la Ley de Dependencia (DA 76ª).

-EMPLEO: se aplaza la aportación al Plan de Empleo de Canarias, prevista en la DA 3ª de la Ley de Empleo (DA 77ª).

-PATERNIDAD: se aplaza un año más la ampliación de la duración de la suspensión por paternidad (DF 11ª).

-AUTÓNOMOS: se aplaza un año más la entrada en vigor de las modificaciones en la Ley del Estatuto de Trabajo Autónomo que incluyen la posibilidad de desempeñar actividades a tiempo parcial (DF 14ª).

-IPREM: se mantiene en 532,51 euros/mes y 17,75 euros/día (DA 84ª).

3. -CONVENIOS ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL.- ORDEN ESS/2119/2015, DE 8 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PLAZO EXCEPCIONAL PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PREVISTO EN LA ORDEN TAS/2865/2003, DE 13 DE OCTUBRE, POR PARTE DE LOS CÓNYUGES O PAREJAS DE HECHO DEL PERSONAL FUNCIONARIO O LABORAL DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO (BOE 15-10-2015)

La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, dispone en su artículo 59.1, en relación con el apoyo a las familias, que el Gobierno establecerá las condiciones para que los familiares puedan acompañar a los funcionarios destinados al exterior. A este respecto, dicha ley prevé, asimismo, en su Disp. Adic. 5ª, que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas elaborará un informe acerca de la posibilidad de que los cónyuges o parejas de hecho de dicho personal funcionario o laboral desplazado puedan mantener los derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de antigüedad, pensiones y derechos pasivos del sistema español de Seguridad Social.

Teniendo en cuenta que el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social es un instituto jurídico válido para la conservación de tales derechos en el ámbito de la Seguridad Social, esta Orden establece que los cónyuges o parejas de hecho del personal funcionario o laboral que integra el Servicio Exterior del Estado, que se encuentren desplazados o que se desplacen fuera del territorio nacional acompañando a este personal destinado en el exterior y que reúnan los requisitos establecidos en el art. 3 de la Orden TAS/2865/2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social –a excepción de la exigencia de que no haya transcurrido más de un año desde que se produjo la baja en la Seguridad Social del solicitante– podrán de forma excepcional durante el plazo de dos meses, solicitar la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.

4. -PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL SECTOR MARÍTIMO-PESQUERO.- LEY 47/2015, DE 21 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL SECTOR MARÍTIMO-PESQUERO (BOE 22-10-2015)

Esta Ley regula la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, que excede de la propia Seguridad Social y que abarca no sólo a las personas trabajadoras que desarrollan su actividad en dicho sector sino también a las que pretenden acceder al mismo. Son varias las razones esgrimidas por el legislador para acometer esta regulación: la obsolescencia del texto vigente regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar; la profusión de normas dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del texto refundido de 1974; la complejidad del Régimen Especial, especialmente en materias como el campo de aplicación, la cotización y la acción protectora, con especial atención a la prestación de jubilación; la coexistencia en un mismo Régimen de Seguridad Social de personas trabajadoras por cuenta ajena y de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, a los que hay que añadir, además, la figura de la persona trabajadora asimilada, que añaden una mayor complejidad, si cabe, a la definición de la persona trabajadora del mar; la inexistencia de una norma con rango legal que regule las prestaciones y servicios dirigidos a las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero y

que van más allá de las prestaciones de Seguridad Social; la necesidad de actualización y adecuación de la normativa específica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y de las distintas prestaciones no incluidas en el sistema de la Seguridad Social a la realidad social y económica del sector marítimo-pesquero.

En este nuevo texto se regula tanto el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como el resto de prestaciones y servicios gestionados por el Instituto Social de la Marina como entidad encargada de la protección y problemática social del sector marítimo-pesquero.

La ley se estructura en un título preliminar y tres títulos:

-El título I de la ley regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Los principales objetivos perseguidos por la ley para la regulación de este Régimen Especial son los de clarificar y definir el campo de aplicación del Régimen Especial, fundamentalmente en lo que se refiere a determinados colectivos en los que se producen importantes incidencias en cuanto a su encuadramiento, atendiendo a las peticiones realizadas por el sector, a la doctrina jurisprudencial, a los cambios operados en la forma de organización del sector y a la propia evolución del citado sector marítimo-pesquero.

Se incluye en el campo de aplicación al personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad; se contempla el término acuicultura para agrupar diversas actividades encuadradas en el Régimen Especial; se incluyen los buceadores profesionales; se define al estibador portuario; y se incorporan los trabajos administrativos de empresas estibadoras y entidades de puesta a disposición de personas trabajadoras a dichas empresas siempre que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario, equiparando su tratamiento al de aquellas.

Se configura el Régimen Especial con dos grandes colectivos, las personas trabajadoras por cuenta ajena y las personas trabajadoras por cuenta propia. Se suprimen los armadores asimilados a cuenta ajena. Se impone la obligatoriedad de que las embarcaciones nacionales figuren inscritas en el Registro de Buques de Marina Mercante con carácter previo a la inscripción de la embarcación en el Instituto Social de la Marina. Se incluye en los tres grupos de cotización existentes tanto a trabajadores por cuenta ajena como a trabajadores por cuenta propia y se establece que los coeficientes correctores de la cotización son incompatibles con cualquier otra reducción o bonificación en la cotización, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

-El título II de la ley regula la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero que no tienen la consideración de prestaciones de Seguridad Social. Se incluye como beneficiarios no solo a los trabajadores que desarrollan su actividad en dicho sector, sino también a aquellos que quieren incorporarse y que, para ello, deben recibir la correspondiente formación marítima u obtener el reconocimiento médico exigido para embarcarse. La protección consiste en todas las prestaciones de sanidad marítima, los servicios asistenciales para el sostenimiento y repatriación en casos de abandono, naufragio o hechos análogos, y la formación profesional marítima y sanitaria dirigida a atender las demandas y necesidades formativas de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

-El título III recoge una serie de disposiciones sobre la gestión llevada a cabo por el Instituto Social de la Marina como entidad encargada de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, así como su régimen económico y financiero.

La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015), en su Disp. Final 4ª, ha añadido una Disp. Adic. 4ª a esta Ley para incluir en el campo de aplicación del Régimen Especial al colectivo de neskatillas y empacadoras como una especialidad de la provincia de Bizkaia.

5. -TRABAJADORES DEL MAR.- ORDEN PRE/2315/2015, DE 3 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA EL CONTENIDO DE LOS BOTIQUINES QUE DEBEN LLEVAR A BORDO LOS BUQUES SEGÚN LO ESTABLECIDO POR EL REAL DECRETO 258/1999, DE 12 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ESTABLECEN CONDICIONES MÍNIMAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA ASISTENCIA MÉDICA DE LOS TRABAJADORES DEL MAR (BOE 5-11-2015)

El RD 258/1999 creó la Comisión Técnica de Actualización del Contenido de los Botiquines a Bordo, cuyo objeto es el de mantener continuamente actualizado el contenido de dichos botiquines. La presente Orden instrumenta y regula las modificaciones acordadas por la citada Comisión en su última sesión.

6. -MINERÍA.- ORDEN ESS/2009/2015, DE 24 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2015 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN (BOE 2-10-2015)

Se fijan para 2015 las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, normalizadas para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse para cada una de las zonas mineras.

7. -RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2015, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECEN PLAZOS ESPECIALES PARA EL INGRESO DE LAS DIFERENCIAS RESULTANTES DE LA APLICACIÓN DE LA ORDEN ESS/2009/2015, DE 24 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE FIJAN PARA EL EJERCICIO 2015 LAS BASES NORMALIZADAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN (BOE 16-10-2015)

Establece que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ESS/2009/2015, de 24 de septiembre, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando en el ejercicio 2015, podrán ser ingresadas por las empresas en los plazos y en la forma que en ella se expresan.

8. -PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.- REAL DECRETO 899/2015, DE 9 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN (BOE 10-10-2015).

Como explica la Exposición de Motivos de este Real Decreto, debido a ciertas distorsiones en la interpretación y aplicación del Reglamento de los Servicios de Prevención, por parte de diversas Comunidades Autónomas se está exigiendo a los servicios de prevención requisitos adicionales que en la práctica implican nuevas autorizaciones incompatibles con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y con la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

Es por ello que este RD realiza modificaciones puntuales en el Reglamento de los Servicios de Prevención para clarificar los requisitos y exigencias para la actividad de los servicios de prevención y la validez de las autorizaciones en todo el territorio nacional. Sus objetivos fundamentales son:

- Clarificar que existe una única acreditación en las cuatro disciplinas (Medicina del Trabajo, Seguridad del Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología aplicada). Dicha acreditación se otorga una sola vez y se establece que todos los servicios de prevención ajenos deben contar con las cuatro especialidades, por lo que no se puede otorgar una acreditación parcial o por especialidades.
- Precisar que los recursos con los que debe contar el servicio de prevención ajeno van ligados a su actividad concertada y considerada esta de manera global en todo el territorio nacional.
- Simplificar los requisitos para poder acreditarse como servicio de prevención ajeno y el propio procedimiento de acreditación.
- Garantizar que todas las autoridades laborales conocerán los cambios producidos en los datos de los servicios de prevención ajenos y no solo la autoridad que acreditó.
- Fomentar la agilización del proceso de intercambio de datos entre administraciones públicas a través de la aplicación informática SERPA.
- Suprimir el procedimiento administrativo de revocación parcial, en base al principio de unidad de mercado.

9. -REAL DECRETO 901/2015, DE 9 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 843/2011, DE 17 DE JUNIO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS BÁSICOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE RECURSOS PARA DESARROLLAR LA ACTIVIDAD SANITARIA DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN (BOE 10-10-2015)

Se modifica el Reglamento con la finalidad de clarificar la cuantificación de los trabajadores, simplificar los supuestos en que se puedan celebrar los acuerdos de colaboración, y matener la posibilidad a la autoridad sanitaria de verificar la calidad, suficiencia y adecuación de la actividad sanitaria llevada a cabo por los servicios de prevención ajenos.

Respecto a la cuantificación de los trabajadores, se establece que debe contemplarse de forma global, sin que el ámbito territorial pueda ser criterio decisivo, y que hasta 2000 trabajadores será necesaria una Unidad Básica Sanitaria (UBS) para el servicio de prevención, con independencia de cómo se organice, sin que se pueda exigir una UBS en cada demarcación geográfica, sea comunidad autónoma o provincia, y sin que se pueda exigir más de una UBS para atender a 2000 trabajadores.

Clarifica también cómo se acreditan en todo el territorio nacional, de forma que si una entidad especializada no va a tener instalaciones sanitarias en una comunidad autónoma no procede solicitar autorización a la autoridad sanitaria. La norma quiere dejar claro que las autoridades sanitarias tienen que autorizar y exigir requisitos, pero no decidir si una entidad especializada tiene que disponer de instalaciones sanitarias en un determinado ámbito territorial.

10. -ORDEN ESS/2259/2015, DE 22 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN TIN/2504/2010, DE 20 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, EN LO REFERIDO A LA ACREDITACIÓN DE ENTIDADES ESPECIALIZADAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN, MEMORIA DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS Y AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAS EMPRESAS (BOE 30-10-2015)

Se modifica la Orden TIN/2504/2010 con el fin de adecuar su contenido a los cambios producidos en el reglamento de los servicios de prevención, que permite que cualquier operador legalmente establecido pueda ejercer su actividad sin que quepa exigírsele nuevas autorizaciones o trámites adicionales en función de la distribución territorial de sus medios e instalaciones. El único requisito que debe cumplir el servicio de prevención ajeno es tener la capacidad de actuación necesaria para atender de manera adecuada los servicios que tenga concertados en cada momento.

11. -REAL DECRETO 840/2015, DE 21 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE CONTROL DE LOS RIESGOS INHERENTES A LOS ACCIDENTES GRAVES EN LOS QUE INTERVENGAN SUSTANCIAS PELIGROSAS (BOE 20-10-2015)

Contempla la elaboración de planes de emergencia interior o de autoprotección, previa consulta con el personal del establecimiento y los trabajadores de empresas subcontratadas o subcontratistas a largo plazo y cumpliendo, en todo caso, lo dispuesto en el art. 18 LPRL (art. 12).

Para la aplicación del sistema de gestión de la seguridad elaborado por el industrial se tendrá en cuenta la participación de los empleados y del personal de las empresas subcontratadas y trabajadores autónomos que trabajen en el establecimiento que sean importantes desde el punto de vista de la seguridad, así como la formación específica del personal en materia de emergencias (Anexo II).

12.-RD 1087/2015, DE 4 DE DICIEMBRE, SOBRE PROCEDIMIENTO, CONDICIONES Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO DERIVADO DE SU INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 11-12-2015)

Este RD procede al desarrollo reglamentario de lo dispuesto en la Disp. Adic. Tercera del Texto Refundido de la LGSS (RD-Leg. 8/2015, de 30 de octubre), en materia de incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Conforme a dicha disposición, se respetará, con las adaptaciones que sean precisas, para el personal militar y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el régimen de pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado. Ello supone que este personal, en los supuestos de incapacidad permanente o fallecimiento en acto de servicio o como consecuencia de atentado terrorista, tendrá derecho a la pensión que corresponda conforme a la normativa del Régimen General de la Seguridad Social así como a un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre el importe de la pensión por contingencias profesionales de la Seguridad Social que por el mismo hecho causante hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado. Dicho complemento extraordinario se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto General de la Seguridad Social.

Además, puesto que la Disp. Adic. 3ª LGSS indica que la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social lo es a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, se mantiene la acción protectora gestionada por las respectivas mutualidades de funcionarios.

También se regula el procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones por la entidad gestora de la Seguridad Social. En relación con este procedimiento destaca el mantenimiento de las Juntas Médico Periciales de la Sanidad Militar, los órganos periciales especializados en materia de salud en la Guardia Civil y los Tribunales Médicos de la Policía Nacional para evaluar la pérdida de condiciones psicofísicas del personal de las fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

13.-REAL DECRETO 1150/2015, DE 18 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1299/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SE ESTABLECEN CRITERIOS PARA SU NOTIFICACIÓN Y REGISTRO (BOE 19-12-2015)

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, contiene el listado de enfermedades profesionales en el anexo 1 y se incluye como anexo 2 la lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el anexo 1, como enfermedad profesional, podría contemplarse en el futuro. Los artículos 1 y 2 del citado Real Decreto prevén que la actualización del cuadro de enfermedades profesionales se realizará por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social así como la incorporación al anexo 1 de las enfermedades incluidas en el anexo 2 respecto de las que quede constatada su carácter de enfermedad profesional.

Hasta ahora, en el anexo 2, con el código C601, se encontraba el cáncer de laringe producido por la inhalación de polvo de amianto, pero sólidas evidencias científicas han puesto de manifiesto que existe una evidente relación entre el cáncer de laringe y el amianto.

Por ello, este RD 1150/2015 modifica el RD 1299/2006 para incluir en el anexo 1, cuadro de enfermedades profesionales (codificación), grupo 6, dentro de las enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos y, en concreto, por el amianto un nuevo subagente, el cáncer de laringe, enumerándose asimismo las principales actividades asociadas a ese subagente. Por su parte, del anexo 2, lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro (codificación), se suprime el cáncer de laringe producido por la inhalación de polvo de amianto, ya que pasa a incluirse en el citado anexo 1, procediéndose asimismo a la nueva numeración del grupo 6 del anexo 2.

14.-REAL DECRETO 1170/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, SOBRE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS PARA EL EJERCICIO 2016 (BOE 30-12-2015)

De acuerdo con las previsiones legales de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, este RD establece una revalorización general de las pensiones de la Seguridad Social, incluido el límite máximo de percepción de pensiones públicas, del 0,25 por ciento.

Igualmente, se fija una revalorización del 0,25 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, de las pensiones no contributivas de dicho sistema, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Asimismo, se actualizan las cuantías de las asignaciones a favor de hijos con discapacidad con 18 o más años.

15.-RESOLUCIÓN 4B0/38198/2015, DE 21 DE DICIEMBRE, DEL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, POR LA QUE SE ACTUALIZA EL ANEXO 1 DE LA RESOLUCIÓN 4B0/38008/2014, DE 15 DE ENERO, SOBRE CARTERA DE SERVICIOS DE ASISTENCIA SANITARIA DEL ISFAS (BOE 30-12-2015)

Con el fin de mantener un adecuado nivel de cobertura en las prestaciones previstas en la Resolución 4B0/38008/2014 relativas a traslado de enfermos, hospitalización psiquiátrica y otras actuaciones de salud mental y por suministro de productos sanitarios para diabéticos, y teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias, se revisa el anexo 1 de dicha Resolución (que fue modificado por Resolución 4B0/35163/2014, de 10 de diciembre) y se modifica el límite correspondiente a las ayudas por hospitalización psiquiátrica en régimen de internamiento, psicoterapia y material fungible de bombas de insulina.

16.-REAL DECRETO 1169/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, SOBRE REVALORIZACIÓN Y COMPLEMENTOS DE PENSIONES DE CLASES PASIVAS PARA EL AÑO 2016 (BOE 30-12-2015)

Mediante este RD se desarrollan, en materia de Clases Pasivas, las previsiones contempladas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, estableciendo la revalorización de las pensiones en un 0,25 por ciento, cualquiera que sea su legislación reguladora, salvo las excepciones legalmente previstas en la referida ley. Recuérdese que la LPGE establece los criterios básicos para determinar el importe de las pensiones públicas, fijando, con carácter general, su revalorización en un 0,25 por ciento, de acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 48 de la LGSS (texto refundido de 1994) y art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, conforme a la redacción dada por el art. 7 y la disposición final tercera de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social.

Asimismo, se fijan en este RD las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de concesión de complementos económicos para las pensiones mínimas. En un Capítulo independiente, debido a sus especiales características, se establece la revalorización de las pensiones de Clases Pasivas reconocidas al amparo de los Reglamentos de la Unión Europea.

17.-RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 25 DE JUNIO DE 2013, SOBRE RETRIBUCIONES EN LOS CASOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL, PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EN EL ÁMBITO TERRITORIAL GESTIONADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA (BOE 31-12-2015)

Se modifica la Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal, para el personal al servicio de la Administración de Justicia, en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia. Esta Resolución determinó los supuestos en los que, con carácter excepcional y debidamente justificados, se puede establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que se vinieran disfrutando en cada momento. La existencia de disfunciones provocadas por la existencia de diversas regulaciones hace necesario modificarla, en el sentido de incluir nuevos supuestos excepcionales en los que se percibe el cien por cien de las retribuciones que se vinieran disfrutando, en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia comprendido en el artículo 470 de la Ley Orgánica 6/1985, del ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia.

18.-RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 25 DE JUNIO DE 2013, SOBRE RETRIBUCIONES EN LOS CASOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES (BOE 31-12-2015)

Por los mismos motivos y con las mismas características que en el caso anterior, se modifica la Resolución de 25 de junio de 2013, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

19.-EMPLEO.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE EMPLEO (BOE 24-10-15)

Se lleva a cabo la refundición de las siguientes normas:

-Ley 56/2003, de Empleo

-DA 6ª de la Ley 35/2010, que anuncia que “en el momento en que el empleo inicie su recuperación, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo”.

-DA 16ª de la Ley 35/2010, que contiene el compromiso del Gobierno de seguir reforzando los SSPPEE estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas, incrementando también el grado de coordinación y eficacia.

-DA 1ª, último párrafo de DT 2ª y DF 1ª del RDL 3/2011, en cuya virtud se recoge la denominación correcta de “Conferencia sectorial de empleo y asuntos laborales”, se extiende la aplicación de los itinerarios individuales y personalizados de empleo a toda la población desempleada, y se contempla la creación de un Fondo de Políticas de Empleo.

-DA 15ª de la Ley 3/2012, según la cual el Gobierno presentará anualmente una memoria sobre el gasto y los resultados de las políticas activas.

20.-ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (BOE 24-10-15)

Con las mismas características de la refundición de las otras normas, LGSS, Ley de Empleo y Estatuto Básico del Empleado Público, esta refundición tiene como objetivo la integración, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y todas las disposiciones legales relacionadas en la Ley 20/2014, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado.

El nuevo Texto Refundido mantiene íntegramente la estructura del anterior, no así las disposiciones adicionales, transitorias y finales, que se reestructuran en su totalidad.

Las alteraciones más reseñables son:

- art. 2, sobre Relaciones Laborales Especiales. Sustitución de referencias a “trabajadores minusválidos” por “trabajadores con discapacidad”. Actualización del contenido de la RLE de estibadores portuarios. Incorporación de menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento, médicos residentes en formación, abogados en despachos.
- art. 6, sobre trabajo de menores. Incorpora previsiones de LPRL.
- art. 8, sobre forma del contrato. Incorpora contenido del antiguo art. 16.
- art. 11, sobre contratos formativos. Cambios en terminología.
- art. 16, pasa a referirse al fijo discontinuo.
- art. 19, cambia su rúbrica por “seguridad y salud en el trabajo”.
- art. 29, sobre salario. Sustituye la referencia al “talón” por la de “cheque”.
- art. 37, sobre permisos. Contempla en el apartado 3.f) el permiso para exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto y también, en los casos de adopción, guarda o acogimiento, la asistencia a sesiones de información y preparación y la realización de informes psicológicos y sociales previos.
- art. 45, sobre suspensión. Se suprimen las referencias al servicio militar y la prestación social sustitutoria.
- art. 48, sobre suspensión con reserva de puesto. Recoge también el contenido del antiguo art. 48 bis, sobre paternidad.
- art. 57, sobre procedimiento concursal. Antes dedicado al “pago por el Estado”, ahora contiene lo establecido en el antiguo art. 57 bis.
- art. 60, sobre prescripción. Remite a la LISOS.
- DA 3ª, sobre negociación colectiva y contrato fijo de obra. Se suprime el contenido originario, sobre programas de fomento del empleo.
- DA 16ª, sobre aplicación del despido por causas ETOP en el sector público. Se trae el contenido de la antigua DA 20ª.
- DA 17ª, sobre suspensión del contrato y reducción de jornada en la Administración Pública. Se trae el contenido de la antigua DA 21ª.
- DT 1ª, sobre contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley.
- DT 7ª, sobre la duración del permiso de paternidad. Se condiciona la extensión del mismo a 20 días a que entre en vigor la Ley 9/2009. Mientras tanto, su duración será de 13 días (Véase la LPGE para 2016, que vuelve a aplazarlo).

21. -TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.- LEY 43/2015, DE 9 DE OCTUBRE, DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL (BOE 10-10-15)

Se regulan las entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal, reforzando su capacidad como interlocutoras ante la Administración General del Estado respecto de las políticas públicas sociales y definiendo las medidas de fomento que los poderes públicos podrán adoptar en su beneficio.

Entre sus principios rectores figura la atención a las personas con necesidades de inserción laboral.

Entre las medidas de fomento del tercer sector destaca el impulso a la responsabilidad social empresarial, la promoción de la inclusión social, la atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, la participación en las políticas de empleo, la promoción de la formación y readaptación profesional.

22. -ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (BOE 2-10-15)

Esta Ley deroga la Ley 30/1992, LRJCyPAC

-En el Título V, sobre la revisión de los actos en vía administrativa, se suprime la referencia a las reclamaciones previas en vía laboral. En coherencia con ello, se reforman los arts. 64, 69, 70, 72, 73, 85, 103 y 117 LRJS.

-La DA 1ª establece actuaciones y procedimientos que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por lo previsto en esta Ley. Entre ellas, figuran los procedimientos y actuaciones de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de SS y desempleo, y las actuaciones y procedimientos sancionadores en el orden social.

23. -ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (BOE 31-10-15)

Entre las cuestiones que se incorporan al Texto Refundido cabe destacar: La recuperación de los días de asuntos particulares y vacaciones de los empleados públicos; la posibilidad de que las vacaciones no disfrutadas por enfermedad se puedan disfrutar tras el alta; las mejoras efectuadas en materia de movilidad, jornadas, permisos y situaciones administrativas en los casos de violencia terrorista; los permisos por cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave y para los casos de acogimiento pre adoptivo y adopción; el permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación.

En los arts. 32 y 38, referidos a negociación colectiva, se precisa que la causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas que permite suspender o modificar el cumplimiento de convenios, acuerdos o pactos, concurre “cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

24. -SECTOR PÚBLICO. RÉGIMEN JURÍDICO.- LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (BOE 2-10-15)

Regula la organización y funcionamiento de la AGE.

25. -REAL DECRETO 1171/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE FIJA EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA 2016 (BOE 30-12-15)

Este RD procede a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2016, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para los empleados de hogar. Las nuevas cuantías representan un incremento del uno por ciento respecto de las vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015. Resultan legalmente de la consideración conjunta todos los factores previstos en el art. 27.1 del ET,

pero además la Exposición de Motivos de esta norma expresa que dicho incremento “responde a la mejora de las condiciones generales de la economía, a la vez que continúa favoreciendo, de forma equilibrada, su competitividad, acompasando así la evolución de los salarios con el proceso de recuperación del empleo”.

De esta forma, el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,84 euros/día o 655,20 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses.

Crónica de
Doctrina
Judicial y
Novedades
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

LABORUM

Crónica de Doctrina Judicial

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

STC núm. 49/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015)

Recurso de inconstitucionalidad 1114-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados respecto del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones. Voto particular.

Declara el TC en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

De acuerdo con la doctrina expuesta, resulta ineludible determinar con carácter previo si en el momento en que se dictó el Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635), de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

A estos efectos, consideran los recurrentes que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) establece una retroactividad auténtica, pues lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, o sea, las correspondientes al año 2012. Sin embargo, para el Abogado del Estado la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la Ley general de presupuestos del año siguiente si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente.

La revalorización de las pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE [RCL 1978, 2836]), así como —prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE [RCL 1978, 2836]). De acuerdo con la interpretación que este Tribunal ha hecho de esta materia debemos tener en cuenta que:

a) —Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la

tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho (STC 114/1987, de 6 de julio [RTC 1987, 114] , FJ 3);

b) el art. 50 CE (RCL 1978, 2836) tiende —a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 127/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 127] , FJ 4);

c) este precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones (STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134] , FJ 5);

d) y, por último, la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, —en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable (STC 100/1990, de 30 de mayo [RTC 1990, 100] , FJ 3).

Como hemos señalado en el FJ 2, el art. 48.1 LGSS (RCL 1994, 1825) y el art. 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) contenían dos mandatos diferentes:

-Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año (art. 48.1.1 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 párrafo primero de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). Para el año 2012 esa revalorización fue del 1 por ciento;

-Y, por otro, la actualización de dicha revalorización, de manera que, que en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, —se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de presupuestos generales del Estado (arts. 48.1.2 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). El art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635) , dejó sin efecto esta regla para el año 2012, lo que a juicio de los recurrentes vulnera el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) .

Pues bien, los arts. 48.1.2 LGSS (RCL 1994, 1825) y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta remisión es

entendida por los recurrentes como un mero apunte contable, de manera que la Ley de Presupuestos, a su juicio, deberá limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Sin embargo, si esta hubiera sido la intención del legislador no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. En efecto, la Ley General de Presupuestos es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la Ley de Presupuestos. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos.

La expresión –de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado– supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (*STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134]*, FJ 5). La remisión que la *LGSS (RCL 1994, 1825)* y la *Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691)* hacen a la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.

De este modo, el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el *Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635)* los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de

Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

En consecuencia, dado que cuando se aprobó el *Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635)* no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 *CE (RCL 1978, 2836)*.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STJU de 9 de septiembre de 2015, Asunto C-72/14 y C-197/14. Caso X contra Inspecteur van Rijksbelastingdienst (C-72/14) y T. A. van Dijk contra Staatssecretaris van Financiën

Procedimiento prejudicial – Trabajadores migrantes – Seguridad social – Legislación aplicable – Bateleros del Rin – Certificado E-101 – Valor probatorio – Sometimiento al Tribunal de Justicia – Obligación de remisión.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 7, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, así como los artículos 10 quater a 11 bis, el artículo 12 bis y el artículo 12 ter del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71, en sus respectivas versiones modificadas y actualizadas por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificados por el Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, deben interpretarse en el sentido de que un certificado de la clase E-101, expedido por la institución competente de un Estado miembro para hacer constar la sujeción de un trabajador al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro, pese a que a dicho trabajador le es aplicable el Acuerdo relativo a la seguridad social de los bateleros del Rin, firmado en Ginebra el 30 de noviembre de 1979, adoptado por la Conferencia gubernamental encargada de revisar el Acuerdo relativo a la seguridad social de los bateleros del Rin, firmado en Ginebra el 13 de febrero de 1961, no es vinculante para las instituciones de los demás Estados miembros. El hecho de que la institución emisora del certificado no pretendiera expedir el verdadero E-101, sino que utilizó ese modelo por razones administrativas carece de pertinencia al respecto.

2) El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS de 15 de septiembre de 2015, Rec 3477/2014 (RJ 2015\4192)

Responsabilidad de las Mutuas. Si por resolución del INSS se declara la responsabilidad de una Mutua respecto de prestaciones por enfermedad profesional, la ausencia de reclamación previa en el plazo legal obsta para que pueda reiniciar el procedimiento.

La sentencia comentada reitera doctrina de la Sala sobre que cuando tras haberse declarado la responsabilidad de la Mutua en el abono de prestaciones y tras ingresar el capital coste sin impugnar la resolución del INSS en el plazo previsto en el art. 71.2 LRJS, la Mutua no puede reclamar en vía judicial frente a la imputación de responsabilidad, incluso cuando no haya prescrito el derecho. Argumenta la Sala IV que si bien el defectuoso agotamiento de la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social por inobservancia del plazo de 30 días del art. 71.2 LRJS, no afecta al derecho material sino que implica caducidad en la instancia, pudiendo ejercitarse de nuevo la acción de conformidad con el art. 71.4 LRJS si no estuviese afectado el derecho por prescripción o caducidad, el art. 71.4 es una excepción al régimen administrativo común en materia de prestaciones de Seguridad Social, excepción referida al reconocimiento de prestaciones que tiene como destinatario al beneficiario y no a las entidades colaboradoras, de ahí que una Mutua patronal no pueda, después de dictada una resolución que deviene firme, pretender que se deje sin efecto no la prestación sino su responsabilidad. Añade la Sala que de la DA 6ª LRJAP/PAC, no se deduce que la excepción se extienda a quien no ostenta la condición de beneficiario, sin que la no consideración de la Mutua como beneficiario suponga ninguna discriminación.

4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13. Caso Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TJCE 2015/15).

Procedimiento prejudicial – Trabajadores y trabajadoras – Igualdad de trato en materia de seguridad social – Directiva 79/7/CEE – Artículo 4 – Directiva 97/81/CE – Acuerdo marco UNICE, CEEP y CES sobre el trabajo a tiempo parcial – Cálculo de las prestaciones – Sistema de integración de lagunas de cotización – Trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente

contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.

STS de 21 de julio de 2015, Rec. 3561/2013 (RJ 2015\3511)

SEGURIDAD SOCIAL: Cotización: responsables del pago: solidarios: sucesión empresarial: concurrencia de deudas pendientes: aportación de certificados que no afirman claramente la inexistencia de dichas deudas: derivación de responsabilidad procedente.

El TS entiende que no hay lugar el presente recurso de casación en base a los siguientes dos motivos:

1. Abordando ya el motivo primero, en virtud de lo autorizado por el art. 88.3 LJCA (RCL 1998, 1741) , esta Sala ha examinado los certificados aportados en su día por la recurrente y recogidos en las actuaciones. En los tres se dice literalmente lo siguiente: *“De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto”.*

Pues bien, la lectura de este texto conduce a dos consideraciones. Por una parte, los certificados advierten expresamente de que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad alguna. No deja de ser llamativo que, bajo el nombre de “certificado”, la Administración emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados; pero, cualquiera que sea la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la oportunidad y de las pautas de buena gestión, es claro que no puede decirse que vulnere los principios de seguridad jurídica y confianza legítima: si éstos se interpretan, como no puede ser de otro modo, como una exigencia de certidumbre, certificados como los aquí considerados no engañan a nadie, pues indican inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir ninguna obligación preexistente. Quien lee dichos certificados sabe a qué atenerse, que es lo crucial desde el punto de vista de los arriba mencionados principios.

Por otra parte, contrariamente a lo que argumenta la recurrente, ni siquiera es evidente que esos certificados afirmen que, en el momento de su emisión, la empresa Hotetur Club S.L. no tenía deudas pendientes con la Seguridad Social. Obsérvese que la expresión empleada es muy matizada: se dice que no hay “*ninguna reclamación por deudas ya vencidas*”. Pero que no se haya formulado una reclamación no significa necesariamente que no haya deudas, ni siquiera que éstas no sean líquidas y exigibles: puede significar sencillamente que el acreedor, por una u otra razón, no ha decidido aún reclamar su cumplimiento. Esta lectura de la precisa expresión utilizada en los certificados es, por lo demás, coherente con la reiterada afirmación de la Administración de la Seguridad Social de que, en el momento de expedición de los certificados, la empresa Hotetur Club S.L. gozaba de un aplazamiento del pago de las deudas pendientes.

Así las cosas, hay que concluir que no se han vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, ni tampoco los arts. 104 y 127 LGSS (RCL 1994, 1825). Con respecto a éstos últimos, esta Sala no necesita pronunciarse sobre el significado y alcance de la remisión que el primero hace al segundo para constatar que, dado que los certificados aquí examinados no afirman propiamente la inexistencia de deudas pendientes, la falta de atribución a los mismos de eficacia para exonerar de responsabilidad no puede conculcar precepto legal alguno. En otras palabras, desde el momento en que los certificados no dicen –al menos, no necesariamente– que no hubiera deudas pendientes, no considerarlos relevantes a efectos de la responsabilidad no puede constituir una violación de la norma legal reguladora de la eficacia de ese tipo de certificados.

2. Por lo que se refiere al motivo segundo, no puede correr mejor suerte. Es verdad que el centro del debate cambia de la vía administrativa a la jurisdiccional como consecuencia de lo argumentado por la Administración. Y es cierto, asimismo, que ello fue denunciado por la recurrente en la instancia. Pero de aquí no se sigue que la sentencia impugnada calle sobre esto, que es lo denunciado en este motivo casacional. Tal como se dejó apuntado más arriba, al final de su fundamentación dedica la sentencia impugnada un párrafo a esta cuestión: “*Por otro lado y con independencia de lo ya dicho, y para el caso de que se tratara de una subcontratación o bien deudas por el concepto de prestaciones, que no lo son, siempre sería exigible que quien solicitara la certificación de exoneración de responsabilidad fuera el empresario que contrata o subcontrata a tenor de la dicción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, extremo éste que ya se dijo en su día por esta Sala en la Sentencia 687 de 26 de julio de 2007 (JUR 2008, 61289) . Pero en todo caso y en lo que ahora importa, es que en el supuesto de sucesión empresarial por impago de cuotas de afiliación, que es el supuesto que en autos analizamos, no existe la posibilidad de limitación de responsabilidad que contempla el artículo 127-2 de la LGSS (RCL 1994, 1825)”.*

Cualquiera que sea la valoración que se haga sobre la corrección jurídica de la interpretación adoptada a este respecto por la sentencia impugnada, es evidente que se hace referencia a la cuestión.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 3 de julio de 2015, Rec 1044/2014 (RJ 2015\3904)

Acción declarativa de contingencia profesional con respecto al accidente sufrido por el demandante. Admisibilidad.

La cuestión planteada radica en determinar si el actor tiene acción para reclamar que se considere como derivado de contingencia profesional el accidente sufrido en las circunstancias descritas en su demanda y, como consecuencia del mismo tiene derecho a las prestaciones reclamadas. El Juzgado estimó la demanda, pero el TSJ apreció falta de acción. El TS, tras optar por la sentencia más moderna al haberse invocado dos como contradictorias, estima el RCU. A tal efecto, reitera doctrina sobre la cuestión principal –declaración del accidente como contingencia profesional– pues no cabe duda de la existencia de un interés tutelable necesitado en consecuencia de protección jurídica, en cuanto el actor, en la demanda, anuda a su acción declarativa, una pretensión de condena, según se deduce del suplico. En el solicitó se tuviera por formulada demanda en materia de “derechos y libertades”, y “se declare el accidente de tráfico sufrido ..., tiene el calificativo de accidente de trabajo ...Por el referido motivo las empresas deberán atender las responsabilidades económicas que se deriven de tal hecho, especialmente de las prestaciones”. Concluye confirmando la sentencia de instancia porque: la cuestión de competencia territorial fue resuelta y está unida la reclamación previa; no procede la revisión fáctica; ni tampoco los motivos de denuncia jurídica al acreditarse que el actor prestaba servicios por cuenta de los demandados y haber acaecido el accidente en lugar y tiempo de trabajo.

STS de 6 de julio de 2015, RCU 2990/2013 (JUR 2015\205182)

Accidente de trabajo.- El barco como centro de trabajo y como domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque: incidencia en la calificación de accidente de trabajo.- Lesión sufrida “por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”: ocasionalidad relevante.- Lesión, consistente en afectación del nervio tibial superior/peroneal en pierna derecha, que el trabajador, patrón de pesca, embarcado en el buque sufrió al levantarse de la cama.- Reitera doctrina, en especial, SSTS/Social 12-febrero-1981 y 6-octubre-1983 y SSTS/IV 24-febrero-2014 (rcud 145/2013), 16-julio-2014 (rcud 2352/2013) y 4-febrero-2015 (rcud 197/2014).

STS de 7 de julio de 2015, RCU 703/2014 (JUR 2015\189347)

Incapacidad Temporal. Exigencia de solicitud. No aplicación del principio de oficialidad cuando se discute la existencia misma de una prestación laboral de servicios en una IT.

STS de 8 de julio de 2015, RCU 3995/2015 (JUR 2015\196123)

Asunto en que demanda la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO al INSS, TGSS, SERGAS y FRIVIPESCA CHAPELA SA, declarando la sentencia que la IT de

la trabajadora deriva de contingencias comunes. La MUTUA insta ejecución contra el INSS para que le reintegre la cantidad satisfecha a la trabajadora por IT derivada de contingencias profesionales. La sentencia dictada en suplicación entiende que procede la ejecución. No cabe ejecución ya que se trata de una sentencia meramente declarativa, que se limita a establecer que la contingencia de la IT de la trabajadora deriva de contingencias comunes.

STS de 14 de julio de 2015, Rec 407/2014 (RJ 2015\4130)

Recargo de prestaciones, plazo de prescripción. Interrupción por ejercicio de la acción de daños y perjuicios.

Se dirime si procede declarar la prescripción de la acción ejercitada en demanda por lo que el actor reclamaba la imposición del recargo de prestaciones de SS derivadas de accidente laboral por omisión de medidas de seguridad, ejercitada frente al INSS y dos mercantiles. La Sala de suplicación consideró que a la pretensión del actor ha de aplicarse el plazo de cinco años que establece el art. 43.1 de la LGSS, y que el plazo en cuestión debe comenzar a computarse desde la fecha de la sentencia que resolvía a pretensión de indemnización de daños y perjuicios. Dicho parecer es compartido por el TS. Se funda esta decisión en que “el plazo de prescripción de cinco años se cuenta desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada”. En consecuencia, el plazo estuvo interrumpido desde que interpuso la demanda de daños y perjuicios en el orden civil [1999] y la sentencia firme del TSJ de 25-2-2011 [que condenó en la jurisdicción laboral al abono de daños y perjuicios], en tanto que la reclamación de daños y perjuicios guarda evidentes vinculaciones con la determinación de la responsabilidad empresarial que, en un grado, y con alcance distinto, puede también constituir el objeto del procedimiento de recargo de prestaciones, hasta el punto de poder afirmarse que entre los dos tipos de litigios concurren nexo de conexión relevantes en aras a la determinación de los hechos.

STS de 15 de julio de 2015, RCU 1594/2014 (JUR 2015\205298)

Accidente laboral. Agravación enfermedad preexistente. Es A.T. la agravación de la enfermedad degenerativa hasta entonces silente.

La cuestión suscitada consiste en determinar el origen, común o profesional, de la IPT reconocida al demandante y si el accidente de tráfico que sufrió pudo agravar una enfermedad común preexistente. El trabajador, que trabajaba de encargado y cuya aptitud física había sido reconocida hacía casi tres meses, sufrió un accidente de tráfico “in itinere” que le produjo esguince cervical, siendo diagnosticado a los tres días del siniestro, de lesiones degenerativas en columna lumbar. Tras permanecer en activo varios meses, fue baja de nuevo por enfermedad común, durante nueve meses hasta que fue declarado en situación de IPT por padecer esguince cervical postraumático y discopatía degenerativa en columna lumbar. La Sala IV reitera de aplicación el art 115-2-g LGSS a supuestos en los que, a raíz de un accidente laboral, se pone de manifiesto y muestra sus efectos perniciosos una enfermedad hasta entonces silente. Por ello, declara derivada de accidente de trabajo la incapacidad permanente de autos, toda vez que es constitutiva de accidente laboral toda agravación de cualquier enfermedad preexistente que sufra el trabajador y se produzca con ocasión del accidente.

STS de 15 de julio de 2015, Rec 2204/2014 (RJ 2015\4134)

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Incremento 20 por 100 de pensión por incapacidad permanente total del RETA. No procede al no acreditarse por la pensionista que no ostenta la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Se desestima el recurso.

STS de 16 de septiembre de 2015, Rec 1779/2014 (JUR 2015\235106)

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Incapacidad permanente. Validez –a los efectos de tener por agotada la vía administrativa ante el INSS–, de una segunda reclamación previa interpuesta por el destinatario de la prestación, transcurrido el plazo para interponer demanda contra la Resolución desestimatoria de la primera reclamación previa. Reitera doctrina en cuanto a la existencia de contenido casacional y validez segunda reclamación previa: sentencia de 03-03-2015 (rcud. 1677/2014).

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-65/14. Caso Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale (JUR 2015\136007)**

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 92/85/CEE – Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia – Artículo 11, puntos 2 y 4 – Funcionaria que se acoge a una excedencia por interés particular al objeto de comenzar a trabajar por cuenta ajena – Denegación de una prestación de maternidad por no acreditar, como trabajadora por cuenta ajena, el período mínimo de cotización que da derecho a ciertas prestaciones sociales.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro deniegue a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, ésta no haya efectuado, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto.

STJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-222/14 (JUR 2015\183862)

Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 96/34/CE – Acuerdo marco sobre el permiso parental – Cláusula 2, apartado 1 – Derecho individual a un permiso parental por motivo del nacimiento de un hijo – Normativa nacional que priva del derecho a tal permiso al funcionario cuya esposa no trabaja – Directiva 2006/54/CE – Igualdad de trato

entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación – Artículos 2, apartado 1, letra a), y 14, apartado 1, letra c) – Condiciones de trabajo – Discriminación directa.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

Las disposiciones de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, así como las de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

STS de 21 de julio de 2015, Rec 189/2014 (JUR 2015\205318)

Interposición del recurso. Falta de cita y fundamentación de la infracción legal.

En suplicación se confirma la sentencia de instancia que reconoció el derecho de la actora, de profesión técnico de transporte sanitario auxiliar, a la prestación de riesgo durante la lactancia, por entender que el trabajo nocturno es un riesgo en sí mismo para la lactancia. La Sala IV desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua, por entender que falta cita y fundamentación de la infracción legal, sin que sirva la mera comparación entre sentencias.

6.3. Jubilación

STS de 12 de mayo de 2015, RCU 2664/2014 (RJ 2015\2050)

Competencia funcional. Reclamaciones de Seguridad Social. Pensión de jubilación. No cabe recurso cuando se reclaman diferencias económicas en la pensión que no exceden de 3.000 € y tampoco existe afectación general.

La sentencia comentada reitera doctrina sentada, entre otras, en la STS 17-2-15 Rec 811/14, denegando la posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a la sentencia que desestima la demanda de reclamación de diferencias en la pensión de jubilación reconocida al actor, al no alcanzar las mismas los 3000 € anuales y no acreditarse que concurra la afectación general. Al tratarse de una cuestión que afecta a la competencia funcional de la propia Sala IV, puede abordarse de oficio y al margen de la concurrencia o no de la contradicción entre sentencias.

STS de 23 de junio de 2015, RCU 3280/2014

Jubilación parcial y contrato de relevo. Reintegro de prestaciones indebidas; procede cuando tras la baja voluntaria del relevista éste no es sustituido por la empresa.

La Sala IV falla en el sentido de que es necesaria la sustitución del trabajador relevista que cesa voluntariamente, aplicando doctrina consolidada en la que se establece: 1) Que la finalidad del contrato de relevo y jubilación parcial es doble: mantener el empleo y asegurar la financiación de la Seguridad Social; 2) El término cese del trabajador relevista, que obliga a la sustitución del mismo en el periodo de 15 días, no equivale sólo a extinción de la relación laboral; 3) Existe la obligación de mantener el contrato de relevo durante el tiempo que dure la jubilación parcial del menor de 65 años, debiendo ser sustituido el relevista si cesa. En conclusión, resuelve que en los supuestos de suspensión del contrato del relevista, la obligación de sustituirle (y de reintegrar las prestaciones en caso de incumplimiento de dicha obligación), se limita a los casos en que no se cotice por el trabajador con contrato suspendido, porque en dichos supuestos si bien se cumple con la finalidad de mantenimiento del empleo, no se cumple con la obligación de asegurar la financiación del sistema de Seguridad Social. Añade que aunque durante la reducción de jornada por cuidado de hijos no se cotiza, no procede el reintegro de prestaciones en caso de no sustitución del trabajador, por atender a valores superiores de conciliación de la vida familiar y laboral. Pero en el caso enjuiciado no se plantea este último supuesto, por lo que es clara la obligación empresarial de sustituir al cesado.

STJUE de 10 de septiembre de 2015, Caso C-408/14. Asunto Wojciechowski

Procedimiento prejudicial – Funcionario jubilado de la Unión Europea que antes de su entrada en funciones ejerció una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro en el que ha estado destinado – Derecho a pensión en virtud del régimen nacional de pensiones de los trabajadores por cuenta ajena – Unidad de período de actividad laboral – Denegación del pago de la pensión de jubilación de trabajador por cuenta ajena – Principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 4 TUE, apartado 3, en relación con el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea, establecido por el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión, en su versión modificada por el Reglamento (UE, Euratom) nº 1080/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que puede dar lugar a la reducción o a la denegación de la pensión de jubilación devengada por un trabajador por cuenta ajena, nacional de dicho Estado miembro, por prestaciones realizadas de conformidad con la legislación de ese mismo Estado miembro, cuando el total de años de actividad laboral que ha completado como trabajador por cuenta ajena en dicho Estado miembro y como funcionario de la Unión destinado en ese mismo Estado miembro sobrepasa la unidad de período de actividad laboral de 45 años establecida en la referida normativa, por cuanto, debido al método de cálculo de la fracción que expresa la cuantía de la pensión a cargo de la Unión, esa reducción es superior a la que se habría aplicado si el período total de actividad laboral de dicho trabajador se hubiera completado como trabajador por cuenta ajena en el Estado miembro en cuestión.

STJUE de 16 de septiembre de 2015, Asunto C-361/13. Caso Comisión Europea contra República Eslovaca

Incumplimiento de Estado – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Artículo 7 – Prestación de vejez – Paga extraordinaria de Navidad – Cláusula de residencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS de 17 de junio 2015, RCUd 3175/2014 (JUR 2015\196099)

DEBATE: Pensión de viudedad para pareja de hecho formalizada menos de dos años antes del óbito. DOCTRINA: 1) Reitera que aun después de la STC 40/2014, para la acreditación de la existencia de pareja de hecho sólo se admite inscripción en Registro de parejas de hecho o documento público. (SSTS [Pleno] de 22 septiembre 2014). 2) Aprecia FALTA DE CONTRADICCIÓN porque en el caso medió inscripción en el Registro de parejas de hecho y ello no sucede en el de contraste, siendo diverso el debate. SENTIDO DEL FALLO: Confirma la STSJ Madrid de 22 mayo 2014, por ausencia de contradicción.

STS de 22 de junio de 2015, RCUd 853/14

Recargo de prestaciones en accidente de trabajo. Se cuestiona la existencia de cosa juzgada positiva derivada de sentencia anterior por indemnización que declaró la inexistencia de relación de causalidad entre la infracción y el accidente. Reitera.

La empresa solicitaba se dejara sin efecto la resolución que le imponía un recargo de prestaciones en accidente de trabajo del trabajador fallecido. La Sala IV rechaza el 1º motivo por falta de aportación de sentencia de contraste. Respecto del 2º, estima, dada la peculiaridad del caso, que concurre la contradicción con la sentencia invocada contraste que se trata de una sentencia previa, respecto del mismo accidente y en reclamación de indemnización adicional por el cauce de la responsabilidad civil y que es rechazada por excluir ésta la necesaria relación de causalidad entre la infracción y el resultado. La sentencia analizada desestima la demanda en aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada, en relación precisamente con esa sentencia previa. La resolución que declaró la improcedencia de la indemnización adicional y por tanto del recargo tiene efecto positivo sobre la reclamación actual porque aquella fue una resolución que decidió sobre el recargo, por lo que tuvo que decidir también sobre la existencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y las lesiones que constituyen el daño derivado del incumplimiento de las normas de prevención, que expresamente negó.

STS de 7 de julio de 2015, Rec 3284/2014 (RJ 2015\4314)

Pensión de viudedad concurriendo: a) Separación judicial sin Pensión Compensatoria; b) Ulterior reconciliación no comunicada al Juzgado. Falta de contradicción.

Se aborda en la sentencia anotada sobre el derecho a obtener pensión de viudedad cuando concurren varios datos acumulativos: a) separación judicial sin pensión compensatoria; b) ulterior reconciliación no comunicada al Juzgado. Interpuesto recurso por el INSS frente al fallo estimatorio de suplicación, la Sala IV no entra en el fondo al no concurrir la necesaria contradicción. En relación al 1º motivo sobre los efectos de la reconciliación de matrimonio separado que no lo notifica al Juzgado Civil, pese a que las resoluciones comparadas examinan supuestos similares, no obstante los enfoques jurídicos difieren de manera relevante, pues en la recurrida la pensión de viudedad se reconoce desde la situación de pareja de hecho, planteamiento ajeno a la de contraste. Respecto a la necesidad de que la pareja de hecho esté formalizada, nada se plantea en relación a cómo debe acreditarse la existencia de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad, siendo éste el eje argumental de la de contraste. La sentencia efectúa asimismo unas interesantes consideraciones sobre el pronunciamientos obrante en TS 4-3-2014 (rec. 1593/13).

STS de 20 de julio de 2015, RCUd 3078/2014 (JUR 2015\196009)

Pensión de viudedad: Pareja de divorciados que siguen conviviendo tras la sentencia de divorcio como pareja de hecho –no volvieron a casarse entre sí–, sin que la convivencia en tal situación de pareja de hecho alcance la duración de cinco años exigida por el art. 174.3, párrafo cuarto. Se estima el RcuD. del INSS y se confirma la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda. Se sigue doctrina de TS de 30/09/14 (rcud. 2516/13), que reitera otras muchas anteriores de la Sala.

6.5. Prestaciones familiares**STJUE de 23 de abril de 2015, Asunto C-382/13. Caso Franzen y Otros contra Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank. (TJCE 2015\121)**

Procedimiento prejudicial – Seguridad social de los trabajadores migrantes – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículos 13, apartado 2, y 17 – Trabajo eventual en un Estado miembro distinto del Estado de residencia – Legislación aplicable – Denegación de la concesión de prestaciones familiares y reducción de la pensión de vejez por el Estado de residencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días

al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce.

2) El artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n° 118/97, modificado por el Reglamento n° 1992/2006, puesto en relación con el apartado 1 del mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias de los litigios principales, no se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado.

STJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-378/14. Caso Skatteverket y David Hedqvist (JUR 2015\244865)

Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CE) n° 883/2004 – Artículo 67 – Reglamento (CE) n° 987/2009 – Artículo 60, apartado 1 – Concesión de prestaciones familiares en caso de divorcio – Concepto de “interesado” – Normativa de un Estado miembro que prevé la concesión de una asignación por hijos a cargo al progenitor en cuyo hogar conviva el hijo – Residencia de ese progenitor en otro Estado miembro – Omisión por ese progenitor de solicitar la asignación por hijos a cargo – Posible derecho del otro progenitor de solicitar la concesión de la asignación por hijos a cargo.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 60, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que la ficción prevista en dicho precepto puede dar lugar a que se reconozca el derecho a las prestaciones familiares a una persona que no tenga su residencia en el territorio del Estado miembro competente para el abono de dichas prestaciones, siempre y cuando concurren todos los demás requisitos establecidos en la normativa nacional para la concesión de dichas prestaciones, lo cual corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

2) El artículo 60, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n° 987/2009 ha de interpretarse en el sentido de que dicho precepto no implica que, a efectos de las prestaciones familiares concedidas respecto de un hijo, deba reconocerse al progenitor residente en el Estado miembro que ha de abonar dichas prestaciones el derecho a percibir éstas en el supuesto de que el otro progenitor, residente en otro Estado miembro, no las haya solicitado.

6.6. Desempleo

STS de 23 de junio de 2015, RCU 1911/2014 (JUR 2015\189251)

Recurribilidad de la sentencia. Determinación de la base reguladora para la prestación por desempleo, cuando se cobra el salario y se cotiza por meses de 30 días, con independencia del número real de días que estos tengan.

STS de 13 de mayo de 2015, Rec. 2203/2014 (RJ 2015\2608)

Desempleo precedido de suspensión por causas objetivas. Reposición de los días consumidos durante la suspensión.

La cuestión que se suscita en la sentencia anotada es si procede descontar de la prestación por desempleo los días consumidos durante una suspensión autorizada del contrato de trabajo por causas objetivas cuando con posterioridad se extingue la relación, y tal extinción recibe la consideración de despido improcedente por defectuosa redacción de la carta de despido. Como se sabe el Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, que da nueva redacción a la Ley 27/2009 de 30 de diciembre, prevé la reposición de esos días con un límite de 180. La Sala revoca la sentencia recurrida porque desestimó tal reposición alegando que la extinción ha de deberse a la misma causa que motivó la suspensión –afirmando “para que actúe la reposición de la prestación es necesario que la extinción de los contratos tenga la misma causa que generó la suspensión de los contratos que dio lugar al lucro de la prestación de desempleo”–, lo que supone otorgar valor decisivo a la razón de la improcedencia prescindiendo de la causa que motivó la extinción, y ello pese a constar probado que se debió a la misma causa. La Sala viene a entender que tal razonamiento no es ajustado a Derecho, pues debe estarse a la causa motivadora de la extinción no a la razón que motivó la calificación del despido.

STS de 13 de mayo de 2015, Rec 2785/2014 (RJ 2015\3103)

Desempleo: Percepción de desempleo e inicio de trabajo incompatible sin comunicarlo. Extinción. La aplicación de los tipos sancionadores debe respetar los criterios de Derecho Sancionador Público: legalidad, tipicidad, evitación de la analogía.

En el caso, en el marco de una visita de la Inspección se detecta que el actor, que era receptor de la prestación por desempleo, estaba trabajando, sin haber comunicado tal circunstancia al SPEE y sin estar dado de alta en la Seguridad Social. El SPEE decide extinguirle la prestación por comisión de una falta muy grave ex art. 26.2 LISOS. Criterio que comparte la Sala de suplicación, que rechaza la pretensión de la parte de que se proceda a la suspensión de la prestación y no a la extinción, por ser encuadrable su comportamiento en el art 25.3 de la misma norma. El TS considera errado subsumir la conducta de autos en el art. 26.2; infracción muy grave, razonando que la misma tiene encaje en el tipo contenido en el art. 25.3 sanciones graves. Ello porque se trata de la aplicación del Derecho Sancionador de carácter público, y los principios de tipicidad y legalidad aparecen como axiales, por lo que la tipificación de conductas sancionadoras no puede dar lugar a interpretaciones analógicas o extensivas, y la restricción de derechos ha de entenderse en sentido estricto. De lo contrario, el art. 26.2 acabaría atrayendo para sí las conductas omisivas del artículo 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Sentado lo anterior, la sentencia anotada confirma la dictada por el TSJ, si bien afirma que la fundamentación sobre la que aquélla pivota es errónea.

STS de 23 de junio de 2015, RCU 1940/2014 (JUR 2015\189257)

Extinción subsidio de desempleo por falta grave (superación de rentas). Devolución prestación indebida por 1.452,22 euros. La sentencia recurrida aprecia falta de cuantía y de

competencia funcional. Se estima el recurso, por cuanto la pretensión excede de una reclamación económica. Reitera doctrina (STS 5-mayo-2004, rcud. 3871/2002, entre otras).

STS de 7 de julio de 2015, Rec 2951/2014 (RJ 2015\4315)

IPT y Desempleo. Compatibilidad de prestaciones. Trabajador que teniendo reconocida IPT como oficial de artes gráficas, se emplea como almacenero (también de artes gráficas), siendo posteriormente despedido, por lo que insta la prestación de desempleo, que le fue reconocida, habiendo obtenido unos días antes una nueva declaración de IPT para esa segunda actividad tras hallarse en IT, situación en la que agotó el período correspondiente a la misma. Revocación de prestación de desempleo por entender la entidad gestora que su reconocimiento no se debió efectuar por existir una situación de incompatibilidad con la pensión de IPT que percibía, y que aunque ya era pensionista de IPT desde 1999, en el nuevo trabajo de subalterno de artes gráficas entran las cotizaciones en SS de los últimos 6 años antes del cese, del que obtiene la recalificación en grado de IPT también para esta última profesión, por lo que deviene incompatible con la percepción de prestaciones por desempleo ex art. 221.2 de la LGSS: hay compatibilidad de esta última con la prestación por IPT por la que ha optado el trabajador demandante, de haber sido, a su vez, y en su momento, compatible aquélla con el segundo trabajo del actor cuya pérdida da lugar a la prestación de desempleo.

STS de 9 de septiembre de 2015, Rec 2880/2014 (RJ 2015\4181)

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Desempleo parcial de funcionario interino al que se reduce la jornada aplicando Decreto-Ley autonómico. Interpretación constitucional de la situación de desempleo sobre reducción de jornada cuanto se trata de funcionarios interinos. Reitera doctrina.

La Sala IV reitera doctrina y declara el derecho a la prestación de desempleo parcial de un funcionario interino al que se le reduce la jornada en aplicación de una normativa autonómica. Al efecto se parte de la posibilidad del percibo de prestación de desempleo, en términos generales, cuando la prestación pasa de tiempo completo a régimen de jornada parcial. La duda surge en relación con el derecho de los funcionarios de empleo a tal beneficio cuando su relación de servicios no se ha extinguido en su totalidad. La respuesta viene dada al amparo de una interpretación constitucional de la situación legal de desempleo. Los funcionarios están incluidos entre las personas a las que se extiende la protección por desempleo. En el caso, la demandante cumple el 1er requisito reducción temporal de la jornada y salario en un 29% acordada por el empleador. Pero no concurre la exigencia de que la medida se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el art 47 ET. La Sala IV tras una profusa labor argumental concluye que el hecho de que la reducción de jornada de la actora no se haya efectuado al amparo del art 47 ET no debe impedir que se extienda la protección por desempleo. No estamos ante relaciones laborales (sino funcionariales) por lo que el reenvío ha de entenderse, como equivalente a que se cumplan los requisitos materialmente establecidos en el precepto remitido, no a que se aplica de manera formal el precepto.

STS de 14 de septiembre de 2015, Rec 2185/2014 (RJ 2015\4189)

Reclamación de diferencias en la base reguladora de prestación por desempleo. Cuantía inferior a 3.000 euros en cómputo anual. Sin acceso a la suplicación. Incompetencia funcional. Nulidad de actuaciones.

El actor, disconforme con la base reguladora de 105,35 €/ día que fue reconocida para la prestación por desempleo, reclama una base de 107,67 €. El Tribunal Supremo, en primer lugar, examina la cuantía de la *litis*, para resolver sobre la admisibilidad del recurso de suplicación, por cuanto la competencia funcional de la Sala de suplicación es cuestión de orden público procesal. Y, desestima el RCUUD interpuesto anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y las actuaciones posteriores, al no ser la sentencia de instancia susceptible de recurso de suplicación, ni por su cuantía litigiosa inferior a los 3000 € al año (se reclaman 2,32 € por día al año) ni por una afirmada, pero no acreditada, “aceptación general”. Todo ello, sin perjuicio de la legitimación que al Ministerio Fiscal le atribuye hoy el artículo 219 de la LRJS para interponer este recurso “en función de la defensa de la legalidad”, de oficio o a instancia de entidades diversas, cuando –entre otros supuestos– no exista doctrina unificada en determinada materia y haya diversidad de pronunciamientos en los Tribunales Superiores, o cuando conste la dificultad de que la cuestión puede acceder a la unificación de doctrina como sería el caso de autos.

6.7. Prestaciones Sanitarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**STJUE de 15 de septiembre de 2015, Asunto C-67/14. Caso Alimanovic**

Procedimiento prejudicial – Libre circulación de personas – Ciudadanía de la Unión – Igualdad de trato – Directiva 2004/38/CE – Artículo 24, apartado 2 – Prestaciones de asistencia social – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Artículos 4 y 70 – Prestaciones especiales en metálico no contributivas – Nacionales de un Estado miembro en busca de un empleo residentes en el territorio de otro Estado miembro – Exclusión – Mantenimiento de la condición de trabajador.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, y el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, según su modificación por el Reglamento (UE) nº 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que excluye de ciertas «prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento nº 883/2004, y que

constituyen también una «prestación de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, a los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en la situación prevista en el artículo 14, apartado 4, letra b), de esa Directiva, mientras que esas prestaciones se conceden a los nacionales de ese Estado miembro que se hallan en la misma situación.

STJUE de 16 de septiembre de 2015, Asunto C-433/13. Caso Comisión Europea contra República Eslovaca

Incumplimiento de Estado – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Artículo 7 – Artículo 21 – Prestación de enfermedad – Asignación por cuidados a domicilio, asignación por asistencia personal y asignación de compensación por incremento de gastos – Cláusula de residencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

STS de 27 de mayo de 2015, Rec 1629/2014 (RJ 2015\2486)

Mejoras voluntarias acción protectora: convenio colectivo: pólizas aseguramiento en distintos periodos con dos aseguradoras: determinación responsabilidades. Falta de contradicción.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar qué entidad de las dos aseguradoras que en periodos temporales sucesivos han asumido el aseguramiento o la empresa, es la responsable del pago de la mejora voluntaria que, en caso de declaración de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral, se establece en el convenio colectivo de sector, en atención al contenido de las pólizas suscritas con las sucesivas aseguradoras y en el supuesto en que el accidente tiene lugar en la fecha de vigencia temporal de la primera póliza y la declaración administrativa de incapacidad permanente durante la vigencia de la segunda.

La sentencia de suplicación razona, en esencia que hay que estar para resolver la controversia a la fecha del accidente, al ser el origen y causa de la incapacidad reconocida y deber situarse en ella la producción del hecho causante a estos efectos, condenando por ello a la aseguradora responsable en aquella fecha. La sentencia de esta Sala desestima el RCU al no apreciar la necesaria contradicción con la sentencia de contraste.

9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social*, Navarra, Aranzadi, 2ª edición, 2015, 575 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 718 páginas.

DESDENTADO DAROCA, E.: *Lecciones de Derecho de la Seguridad Social (esquemas)*, Albacete, Bomarzo, 2015, 289 páginas.

GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Legislación laboral y de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 23ª ed., 2015, 2456 páginas.

GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social. 20 casos de jurisprudencia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2015, 600 páginas.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 2015, 1569 páginas.

GIERKE, O. von.: *La función del Derecho Privado y otros estudios*, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas” (pp. IX-LXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2015, 82 páginas.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 364 páginas.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M. (Eds.): *Legislación Laboral Básica*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, 768 páginas.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, 650 páginas.

MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo XXXI: 2014, Navarra, Civitas, 2015, 250 páginas.

PENNINGS, F. J. L.: *European Social Security Law*, Reino Unido, Intersentia, 2015, 286 páginas.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Eds.): *Código de la Seguridad Social*, 20ª ed., Navarra, Aranzadi, 2015, 2308 páginas.

ROQUETA BUJ, R., GARCÍA ORTEGA, J. (Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 477 páginas.

VIQUEIRA PÉREZ, C. (Dir.): *Materiales de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y procedimiento laboral*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 293 páginas.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2015.

BENAVIDES VICO, A.: *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 3ª ed., 2015, 1018 páginas.10.

DEL AGUILA CAZORLA, O.: *Trabajadores autónomos y Seguridad Social*, Brasil, Jurua Editorial, 2015, 186 páginas.

DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-positivo*, Granada, Comares, 2015, 264 páginas.

GRAU PINEDA, C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 114 páginas.

LÓPEZ INSUA, B. DEL M.: *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015, 155 páginas.

PANIZO ROBLES, J.A., PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: *La pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Guía Práctica*, Navarra, Lex Nova, 2ª ed., 2015, 507 páginas.

PÉREZ DEL PRADO, D.: *La compatibilidad del trabajo con la prestación por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 142 páginas.

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J., GARCÍA SÁNCHEZ, J.F.: *Prestaciones de la Seguridad Social española*, ePraxis, 2015, 259 páginas.

SICRE GILABERT, F.: *Accidentes de trabajo. La responsabilidad del empresario en los órdenes administrativo, penal, civil y laboral*, Madrid, Sepin, 2015, 714 páginas.

VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, AESSS, Albacete, Laborum, 2015, 926 páginas.

VV.AA.: *La responsabilidad en la Seguridad Social. XIV Jornadas del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2015, 500 páginas.

VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015..

4. RECENSIONES

VV.AA. (M. Fuchs y R. Cornelissen, coords.), *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, C.H.Beck, Hart Publishing, y Nomos Verlag, Baden-Baden, Munich y Oxford 2015, 554 páginas.

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Internacional de Andalucía

Acaba de aparecer, lujosamente publicado por un pool de editoriales germanobritánicas de prestigio (Nomos, Beck y Hart), el libro en lengua inglesa *Derecho de la Seguridad Social de la Unión Europea. Un comentario a los Reglamentos europeos 883/2004 y 987/2009*, dirigido por dos prestigiosos especialistas, Maximilian Fuchs, de la Universidad Católica de Munich-Aechstaett, y Rodbertus Cornelissen, antiguo y pretigioso responsable de la materia en la Comisión Europea y actualmente profesor en la Universidad de Bruselas, con la colaboración de un plantel igualmente relevante de expertos en seguridad social, como son los profesores Bieback, Langer, Marhold, Steinmeyer y otros, la mayoría catedráticos alemanes y austríacos.

El libro se estructura en comentarios que siguen la numeración en artículos del Reglamento 883.

Entre las novedades y los puntos de excelencia que podemos resaltar destacan los siguientes:

Los autores separan con racionalidad las materias que en los dos Reglamentos de coordinación aparecen con alguna confusión, si bien respetan la estructura que les ofrecen. Por ejemplo, hay una Parte I dedicada a los artículos 45 y 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea donde hallamos el núcleo de las competencias de la UE en la coordinación de la seguridad social, a continuación de la cual se despliega una Parte II cuyos dos primeros títulos analizan dos cuestiones muy complejas y generalmente descuidadas, como son las normas generales y las normas de conflicto: las primeras regulan el principio de igualdad de trato para trabajadores migrantes en seguridad social, la acumulación de períodos cotizados o las relaciones del Reglamento con otros instrumentos coordinatorios; en cuanto a

las normas de conflicto, todos conocemos las dificultades para adentrarse en el piélago de normas nacionales e internacionales y determinar cuál de ellas se aplica en cada caso concreto, para lo cual los autores distinguen entre reglas generales y especiales, o las peculiaridades en este aspecto del seguro voluntario continuado.

A partir del título tercero de esa misma Parte II comienza la disección de las diversas categorías de prestaciones. Un aspecto a destacar como meritorio del libro consiste en que aborda ante todo el sinuoso tema de la incapacidad temporal (enfermedad) y la maternidad/paternidad, para lo cual desbrozan con paciencia las variaciones subjetivas de las personas aseguradas y de sus familiares, por una parte, y de los pensionistas y sus familiares, por otra. Se trata, pues, de una visión “personalizada” de las prestaciones de enfermedad y maternidad/paternidad, a la cual se añade una tercera sección sobre normas comunes a ambos colectivos.

A continuación se examinan las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, con la peculiaridad de un apartado sobre el reembolso entre instituciones, un tema que plantea fricciones y problemas en la coordinación que nos ocupa.

El detallismo del libro queda claramente a la vista en el capítulo siguiente, dedicado a los gastos de sepelio, un tema que en España reviste importancia secundaria en cuanto a su importe, pero que como indican los autores se encuentra ampliamente difundido en numerosos países de la UE y, por cuanto hace a la coordinación, plantea problemas como la exportación de esa prestación *una tantum*, o las prestaciones ficticias. El capítulo comprende tres páginas, que quizá podrían haberse incluido en el capítulo referido a las pensiones de muerte y supervivencia.

Las pensiones de incapacidad, vejez y muerte configuran sin duda el núcleo del libro, como lo hacen en el Reglamento y en cualquier análisis de un sistema de seguridad social. A ellas dedican los autores dos muy extensos capítulos. No faltan las reflexiones sobre aspectos importantes como la agravación de la incapacidad, la conversión de ésta en jubilación, o las reglas especiales para los funcionarios públicos, así como las normas para la revalorización de las pensiones.

El capítulo referido a las prestaciones por desempleo contempla las diferentes posibilidades que se dan en la movilidad transfronteriza, desde los desempleados que marchan a otro país en busca de empleo hasta los desempleados que retornan a su país de origen. Del capítulo podríamos destacar el epígrafe dedicado a los trabajadores fronterizos con desempleo total y simultáneamente con autoempleo, cuando el país de residencia no reconoce prestaciones por esta condición de autónomo.

La nueva prestación de prejubilación, que el viejo Reglamento 1408/1971 no contemplaba, merece también un nuevo capítulo, tan breve como el de los gastos de sepelio, y que también podría haber sido incluido en otro mayor, en este caso el referido a las prestaciones por desempleo.

Los dos últimos capítulos de este título se dedican a las prestaciones familiares y a las no contributivas. El de las no contributivas es quizá un capítulo merecedor de un más amplio desarrollo, pues solo comprende ocho páginas, aunque destaquen por su enjundia en una

materia a la que el Reglamento acota como “prestaciones no contributivas especiales en metálico” y en donde algunas sentencias del Tribunal de Justicia han fijado una delimitación con las prestaciones asistenciales.

Los autores dedican tres títulos más de esta misma Parte II a los aspectos de cierre, como son en concreto el análisis de la Comisión Administrativa y del Comité Consultivo, la protección de datos personales o los acuerdos bilaterales, y los delicados aspectos de la normas transitorias y finales.

La tercera y última Parte va referida a los acuerdos de asociación, en especial al acuerdo con Turquía, al de Suiza, y al del Espacio Económico Europeo.

La autolimitación de los autores a los Reglamentos 883 y 987 y su articulado –con el añadido de los artículos 45 y 48 TFUE– ha dejado fuera la materia de prestaciones sanitarias, que quizá debiera haber tenido un mayor despliegue en el libro, dada su importancia. Solo en el comentario al artículo 82 (páginas 472 a 478) dedica un holgado espacio a la materia, bien que restringida básicamente a los aspectos del reconocimiento de enfermos, inválidos y dependientes para calificación o recalificación, un aspecto donde hay llamativas diferencias entre los distintos Estados miembros. El artículo no es nuevo, pues se hallaba en el anterior Reglamento 1408/71 prácticamente con la misma literalidad, y hubiera sido deseable haber proyectado una visión global de la asistencia sanitaria en tan importante libro, por la vía, por ejemplo, de un capítulo dedicado a las prestaciones en especie, si bien la estructuración del libro siguiendo el articulado del Reglamento 883 plantearía algún problema de inserción de estos temas generales. El comentario se circunscribe a los reconocimientos médicos calificadorios y revisorios del art. 82, por más que la aguda pluma de Rob Cornelissen, su autor, plantee un debate de altura con enjundiosos problemas técnicos –el caso de Dinamarca es paradigmático– que demuestran su profundo conocimiento en la materia.

Un excelente estudio, reiteramos, que llega en el momento adecuado para extraer conclusiones sobre la evolución de los Reglamentos europeos de coordinación. En épocas ya lejanas se hubiera hecho merecedor sin lugar a dudas de una traducción y publicación inmediata por parte del Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, pero hace tiempo que el Ministerio cambió de nombre, y con él se fueron los fondos para traducciones. Es de esperar que los avances del público español en el conocimiento de lenguas extranjeras compense de alguna forma el cortocircuito de las editoriales.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Financiarización de la economía mundial y transformación en la calidad del empleo

Parametric Reforms of Spanish Public Pension System (II): Contributory and Equity Effects of the law 23/2013

SANTOS M. RUESGA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (RUESGA@UAM.ES)

LAURA PÉREZ ORTIZ

(LAURA.ORTIZ@UAM.ES) Y

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE DE CHILE (MANUEL.PER.TRU@HOTMAIL.COM)

Resumen

La eliminación de las barreras comerciales y el aperturismo financiero a nivel global ha dado lugar durante los últimos 30 años a una fuerte expansión de la circulación de los recursos del capital financiero y del comercio de los bienes y servicios. Esta fuerte expansión de los recursos financieros, desde el enfoque neoclásico, garantiza el aprovechamiento de las ventajas comparativas entre países que se producen como consecuencia de una dotación relativa de factores de producción –capital y/o trabajo– y costes asociados a dichos factores diferente entre regiones, favoreciendo el desarrollo de la especialización productiva.

Este proceso imparable de globalización financiera, ha alterado el comportamiento de los agentes económicos y en especial ha afectado al desarrollo estratégico de las compañías y sus decisiones de producción e inversión. La (des)localización productiva se ha convertido en un claro ejemplo de ello, lo que ha permitido la integración de economías emergentes en el desarrollo económico mundial e incrementado la competencia a nivel internacional.

El presente estudio pretende mostrar evidencias sobre cómo la financiarización está afectando al mundo de las relaciones laborales, en particular al equilibrio del mercado de trabajo, a las tendencias salariales y a la distribución de la renta, en suma a la calidad del empleo en las décadas actuales.

Palabras clave

reforma de la seguridad social, pensión de vejez, solidaridad social, igualdad de trato, equidad

Abstract

This paper focuses on the analysis of the contributory of the recent reforms of the public pension system in Spain. Four measures involving major qualitative change in the system for calculating the pension are: 1) the modification of the method of calculating the rate of pension (Law 27/2011); 2) the extending the period of calculating the regulatory basis (Law 27/2011) (Part I) 3) Sustainability Factor (Law 23/2013) and 4) the new index adjustment of pensions (Law 23/2013) (Part II). The objective is to analyze these measures and question the interpretation of the criterion of contributory from the viewpoint of distributive justice.

Keywords

Reform of Social Security, Old Age Pension, Social Solidarity, Equal Treatment, Equity

1. DEFINIENDO FINANCIARIZACIÓN

Pueden encontrarse diferentes definiciones sobre el concepto de financiarización económica. Epstein (2001: 1) relaciona este fenómeno con “la importancia creciente de los mercados financieros, productos financieros, instituciones financieras y las élites financieras en la operación de la economía y sus instituciones de gobierno, tanto a nivel nacional como internacional”. Por su parte, Stockhammer (2004: 720) lo define como “la creciente actividad de los negocios no financieros con activos financieros”. Mientras que Krippner (2005: 174-175) entiende la financiarización “como un patrón de acumulación en el que los beneficios se devengan principalmente a través de canales financieros en lugar de a través de la producción y el comercio de productos básicos”.

De forma conjunta, estas tres definiciones aportan una visión del concepto de financiarización como el dominio de los actores financieros sobre los mercados de bienes y servicios y su intervención predominante en los procesos de redistribución del ingreso y decisiones de reinversión, así como su expansión hacia los ámbitos sociales y políticos.

2. EL CONTEXTO DE LA FINANCIARIZACIÓN

El fenómeno de la “globalización” se aplica a un periodo reciente de la historia, cuyo comienzo se sitúa en los inicios de la década de los años setenta del siglo pasado (Assa, 2012). Este proceso tiene su origen en la crisis del modelo económico imperante tras la Segunda Guerra Mundial (sistema de Bretton Woods), caracterizado por una fuerte intervención del Estado de la actividad económica, y el resurgir, en paralelo, del mercado como alternativa política y académica, en este caso, bajo una nueva corriente de pensamiento económico denominada *neoliberalismo*. Esta nueva corriente ideológica, se impone en el pensamiento económico y en la praxis de la economía política, inicialmente en Estados Unidos y el Reino Unido durante la década de los años ochenta, y, posteriormente, se extiende a todo el ámbito de los países tanto desarrollados como emergentes. En esencia este enfoque predica el aperturismo económico mediante la eliminación de las barreras comerciales y el libre movimiento de bienes, servicios, y especialmente del capital, a nivel global, combinado con una laxa participación del Estado en la actividad económica y su ordenación (Kotz, 2011). En este proceso los países compiten ofreciendo mercados más desregulados con el fin de ser más atractivos a la localización de los flujos de inversión, que son canalizados a través del sistema financiero (Kalinowski, 2013).

La eliminación de las barreras comerciales y el aperturismo financiero a nivel global, cuya difusión ha sido fomentada desde las principales instituciones internacionales monetarias (Fondo Monetario Internacional), comerciales (Organización Mundial del Comercio) y/o financieras (Banco Mundial) (Kalinowski, 2013), ha dado lugar durante este periodo hasta la actualidad a una fuerte expansión de la circulación de los recursos de capital y del conocimiento. Esta fuerte expansión de los recursos financieros y del conocimiento ha permitido mejorar, desde el enfoque neoclásico, el aprovechamiento de las ventajas comparativas entre países que se producen como consecuencia de una dotación relativa de factores de producción –capital y/o trabajo– y costes asociados a dichos factores diferente entre regiones, favoreciendo el desarrollo de la especialización productiva (Krugman y Obstfeld, 2003).

No obstante, dicho proceso de expansión de los recursos financieros y del conocimiento a nivel global muestra un discurrir asimétrico, en términos funcionales, en tanto que si bien los flujos antedichos crecen a ritmos intensos, otros flujos también de recursos productivos, como los de mano de obra, no lo han hecho con la misma intensidad. En este sentido, desde un marcado enfoque heterodoxo, se hace hincapié en los efectos asimétricos de todo orden que lleva consigo el proceso de globalización actual: asimetrías espaciales, personales, entre grupos sociales, etc. (Ruesga, 2012).

El fenómeno de la globalización, y en especial la globalización financiera, ha alterado el comportamiento de los agentes económicos y en especial ha afectado al desarrollo estratégico de las compañías y sus decisiones de producción e inversión. La (des)localización productiva –favorecida por la capacidad de desplazamiento de los recursos financieros, el conocimiento y las mejoras en las comunicaciones y el transporte (Blynder, 2006)– se ha convertido en un claro ejemplo de ello, lo que ha permitido la integración de economías emergentes –pudiendo destacar el reciente ejemplo de lo BRICS¹– en el desarrollo económico mundial e incrementado la competencia a nivel internacional.

En este contexto, se pueden ser identificadas tres fases que han dado lugar a la consolidación de la financiarización durante los últimos cuarenta años (Álvarez, 2012):

1. En la primera fase, que inicia su andadura a finales de los años sesenta y principios de los setenta del pasado siglo, se produce un ascenso notable en la liberalización financiera, que favorece el proceso de internacionalización financiera de sistemas nacionales aún compartimentados –finalización del sistema de Bretton–Woods y apuesta por un sistema de cambios flexibles, auge de los mercados cambiarios, fin de la reglamentación del crédito en los países anglosajones, formación del mercado de eurodólares, reciclaje de los petrodólares, y desarrollo de los préstamos bancarios sindicados–.
2. La segunda fase corresponde al inicio de la década de los años ochenta del siglo XX, en la que se produce el paso simultáneo de las distintas economías de la OCDE a las finanzas mucho más abiertas al mercado y a la interconexión de sus sistemas financieros nacionales. En esta fase comienza a consolidarse el neoliberalismo como ideología que orienta los designios de la política económica, preconizando la liberalización tanto de los movimientos de capitales como de los tipos de interés, así como el desarrollo de nuevos mercados libres de interferencias institucionales.
3. Finalmente, la tercera fase discurre desde el comienzo de los años noventa de la anterior centuria, caracterizándose por la desregulación internacional generalizada de los mercados de acciones. Esta fase se ve acompañada de forma simultánea por el desarrollo de los mercados cambiarios y de los productos derivados, así como por la aceleración del crecimiento de los mercados de obligaciones. Es durante esta tercera etapa cuando se profundiza en la interconexión financiera entre las diferentes economías nacionales.

¹ Grupo formado por Brasil, Rusia, China e India, identificado como el conjunto de países emergentes de referencia a nivel global. La primera reunión celebrada por este grupo de países se celebró en Ekaterinburg (Rusia) el 16 de junio de 2009. Sudáfrica no se incluye en este grupo hasta 2010 –tras solicitar su integración–, formando parte de las reuniones celebradas a partir de 2011, pasando a considerarse al grupo como los BRICS.

En la consolidación de estas tres fases de liberalización gradual de la economía se apoya la mayor importancia efectiva que el capital financiero muestra sobre el capital real en cuanto a la fijación del ritmo y, sobre todo, el rendimiento esperado de las inversiones (Dore, 2000; Epstein, 2005 y Phillips, 2006). Durante décadas los inversores institucionales se mantuvieron como acompañantes ideales de los gestores de las empresas: inactivos y neutrales en la gestión directa, únicamente preocupados por la rentabilidad de la acción y con una iniciativa puramente dicotómica en su relación con la empresa, la de comprar y vender acciones (Roe, 1994). A medida que las presiones para mantener/incrementar la rentabilidad del capital se hicieron más acuciantes y más competitivas, los fondos institucionales, en solitario o en combinación con otros inversores, optaron por participar, ya de modo directo, en la determinación de las líneas estratégicas de la empresa (Ruesga, 2012). Este proceso de mayor control estratégico sobre las decisiones empresariales por parte de instancias financieras se ha extendido hacia las compañías que no actúan de forma estricta en el sector financiero. Según apunta Kotz (2011:6) “el cambio en el papel del sector financiero en la era neoliberal no sólo ha implicado una expansión cuantitativa de sus actividades y beneficios. En esta época las instituciones financieras, particularmente las gigantes de entre ellas, rompieron con su papel como siervos de la acumulación de capital no financiero para perseguir sus propios beneficios a través de la actividad financiera. Lo hicieron cada vez más a través de actividades basadas en el mercado financiero, en lugar de hacer préstamos a instituciones del sector no financiero [empresas]. La creación y venta de nuevos instrumentos financieros substituyeron los préstamos a largo plazo en las relaciones con el sector no financiero”.

Así, bajo las exigencias de nuevos rumbos de los sistemas financieros, las firmas del sector manufacturero y de servicios se han convertido en la práctica en paquetes de activos que se utilizan en función de los índices de rendimiento a corto plazo que se pueden obtener de ellos (Fligstein y Markowitz, 1990). Este hecho ha impulsado el desarrollo de los procesos de *offshoring* y *outsourcing*² y ha fomentado el fenómeno de la (des)localización productiva.

Bajo los nuevos parámetros de centralidad del mundo financiero, el resto de ámbitos económicos y laborales replican los grados de riesgo que tradicionalmente se asociaron a la esfera de las finanzas (Leyshon y Thrift, 2007 y Martin, 2002). Lo más significativo, es que la expansión del dominio de esta nueva “lógica financiera” deriva en la hegemonía del beneficio a corto plazo como objetivo básico de la gestión empresarial imperante (Ruesga, 2012).

Este rol crecientemente hegemónico de las finanzas, reforzado con cambios en la legislación financiera, se retroalimenta a partir de dos componentes: las instituciones financieras y los mercados financieros. A las instituciones financieras se les ha extendido el marco de libertad de actuación hasta instrumentos y activos en los que con anterioridad su espacio de gestión había estado restringido por los reguladores o por otros agentes económicos³. Esta expansión de actividades se realiza con cantidades muy notables de

² El proceso de *offshoring*, según la definición realizada por Grossman y Rossi-Hansberg (2006: 3), puede definirse como “el desempeño de tareas en un país diferente de donde se encuentran la sede de la empresa”. Mientras que, el *outsourcing* según la definición de Barthélemy (2003: 87) corresponde al proceso de “entregar todo o parte de una actividad organizacional a un proveedor externo”.

³ Lo que, desde los años noventa del pasado siglo, se empezó a conocer de forma generalizada con el término de “ingeniería financiera”, concepto que en aquel entonces tenía una lectura muy positiva en el mundo académico de la economía convencional u ortodoxa, aludiendo a la capacidad de generar novedosos instrumentos financieros que,
(...)

fondos que se reproducen dentro de los mercados de capital y que se retroalimentan desde el ahorro y desde los nuevos productos financieros, implicando todo ello una ganancia de posición relativa de los mismos dentro del ámbito de la economía mundial.

Por su parte, los mercados financieros se perfeccionan en su sofisticación⁴, se diversifican y complican en productos y, sobre todo, se aprovechan de un nuevo marco financiero liberalizado, de tal modo que puede afirmarse que el antiguo sistema bancario ha dado paso en tan sólo un par de décadas a una amplia multiplicidad de complejos intermediarios e instrumentos financieros, en los que confluyen algunos de los antiguos actores, como los bancos minoristas, pero que se combinan con otros participantes con mucha mayor potencia financiera, como bancos de inversión, los fondos de pensiones, los fondos de inversión o las compañías de seguros. El monto de estos recursos pasa de estar bastante por debajo del valor de la producción industrial de los países, entendida ésta en términos del Producto Interior Bruto, a superarla holgadamente. Se atiende por tanto a una profunda transformación en la estructura funcional de los diferentes actores del capitalismo, como sistema de producción y consumo. El sector financiero alarga así sus tentáculos más allá de su tradicional función de proveedor de recursos monetarios para el funcionamiento del sector productivo, es decir de “lubricante de la economía real”, para asumir el papel de principal generador de resultados para el recurso capital (Ruesga, 2012).

Los inversores han obtenido un mayor peso en el control estratégico de las decisiones empresariales, convirtiendo a aquellas compañías en las que localizan su capital en paquetes de activos, que se utilizan en función de los índices de rendimiento a corto plazo que se pueden obtener de ellos. Este hecho ha afectado a los procesos de redistribución del ingreso y decisiones de reinversión dentro de las compañías, virando las decisiones estratégicas a una visión cortoplacista, donde satisfacer los rendimientos de la inversión financiera es prioritario. De esta forma, el sector financiero alarga así sus tentáculos más allá de su tradicional función de proveedor de ahorro para el funcionamiento del sector productivo, es decir de “lubricante de la economía real”, para asumir el papel de principal generador de resultados para el recurso capital.

Así, se prioriza en las empresas el corto plazo sobre el largo plazo, influyendo sobre la toma de decisiones que inicialmente pueden suponer un coste elevado para la compañía, como lo son aquellas inversiones en investigación y desarrollo, que pueden no generar un rendimiento, o al menos uno inmediato. Este conflicto sobre el interés entre el corto y largo plazo compromete el desarrollo futuro de la compañía deteriorando su capacidad competitiva.

Este proceso de mayor integración económica y competencia ha incidido de forma determinante sobre las relaciones laborales y el equilibrio en el mercado de trabajo. En este sentido, el incremento de la competencia y la existencia de un entorno económico cada vez más inestable, derivado de la facilidad de desplazamiento de las inversiones en la búsqueda

saltando las restricciones normativas del pasado, tenían como principal característica la de generar enormes plusvalías financieras para los inversores que apostaban por productos novedosos fruto de esa “ingeniería”.

⁴ Así, Freeman (2010: 167) señala: “las enormes ganancias en las finanzas atrajeron a muchos de los mejores y más brillantes graduados universitarios hacia los empleos financieros, cambiando el capital humano desde la economía real hacia los “buscadores de renta” y obviamente impulsando la capacidad de crecimiento del sector financiero”.

de una mayor rentabilidad, ha potenciado la demanda de una mayor flexibilidad en la disposición del factor trabajo para adaptar este recurso a los cambios en los flujos económicos y de inversión.

Este contexto de apertura e integración económica internacional condiciona la posibilidad de elaborar y gestionar políticas económicas que impulsen el desarrollo en un espacio específico a la dinámica de la economía internacional, a la vez que da lugar al surgimiento de perdedores y ganadores en el reparto del valor añadido hipotéticamente generado por el proceso globalizador (Ruesga, 2012). Lo que nos lleva a valorar el efecto directo de la financiarización sobre la economía real y en especial sobre el mercado de trabajo, impactando desde éste último sobre el desarrollo social.

3. FINANCIARIZACIÓN Y EMPLEO

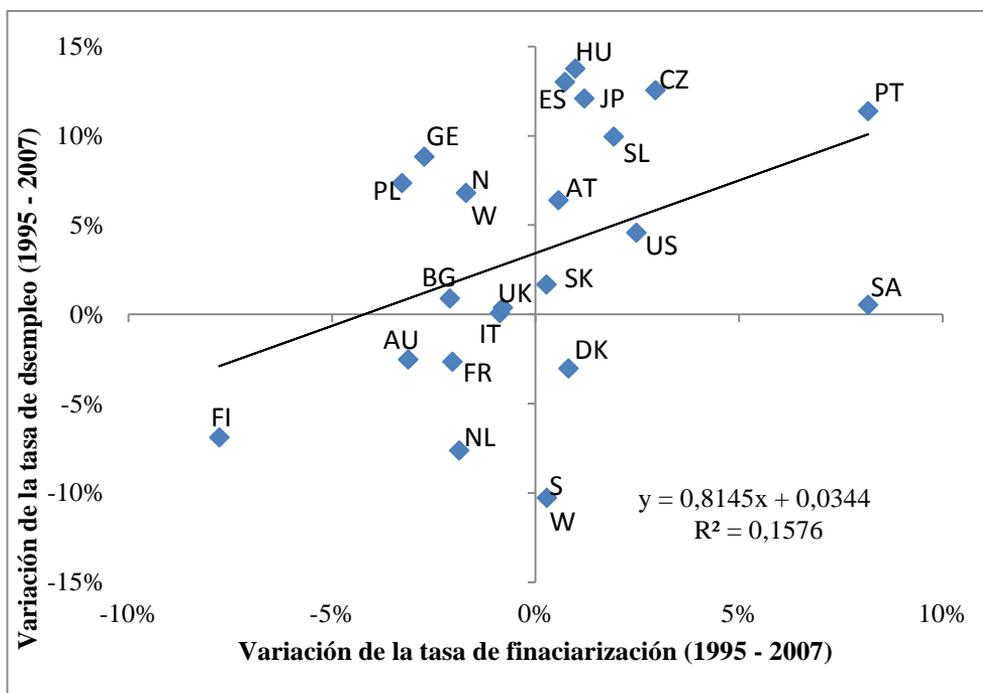
La financiarización económica ha incidido sobre el comportamiento estratégico de las empresas no financieras y ha afectado, a nivel agregado, al mercado de trabajo en dos aspectos fundamentales:

1. La cantidad de empleo y las condiciones laborales.
2. La participación de los trabajadores en la redistribución del beneficio generado en la actividad productiva.

La financiarización ha provocado un cambio en las relaciones existentes entre el capital y los gestores de las empresas no financieras, ya sea por la vía de la propiedad, directamente, o imponiendo a los gestores una lógica de rentabilidad cortoplacista que entra en colisión, sobre todo, con la estrategia de acumulación y adquisición de tamaño que había caracterizado la gestión empresarial en los tiempos en los que la propiedad y la gestión iban unidas o bien cuando la propiedad actuaba de manera pasiva (Eatwell y Taylor, 2000; Lazonick y O'Sullivan, 2000 y Stockhammer, 2004).

Esta nueva lógica de obtener rentabilidad y dividendos rápidos, para competir con productos puramente financieros desde empresas no financieras, tiende a provocar con mayor asiduidad políticas de recortes de gastos en el factor capital y en el factor trabajo en lugar de acudir a las tradicionales estrategias de acumulación e inversión a largo plazo, que favorecían niveles superiores de empleo y una inversión en capital humano más intensa (Ruesga, 2012). De esta forma los procesos de reinversión de los beneficios obtenidos en el desarrollo de la producción se ven aminorados (Husson, 2008), generando un impacto negativo sobre la demanda de trabajo y, por tanto, impulsando el desequilibrio en el mercado de trabajo –manifestado a través del paro– (véase la Figura 1).

Figura 1. Relación entre la variación de la tasa de financiarización y de la tasa de desempleo para 22 países de la OCDE (1995-2007)



AT: Austria, AU: Australia, BG: Bélgica, CZ: República Checa, DK: Dinamarca, ES: Estonia, FI: Finlandia, FR: Francia, GE: Alemania, HU: Hungría, IT: Italia, JP: Japón, NT: Países Bajos, NW: Noruega, PL: Polonia, PT: Portugal, SA: Sudáfrica, SK: Eslovaquia, SL: Eslovenia, SW: Suecia, UK: Reino Unido, US: Estados Unidos.

*Tasa de financiarización⁵ = Beneficio bruto operativo – (Formación Bruta de Capital Fijo/Valor Añadido Bruto).

Fuente: Elaboración propia con datos procedentes de OECD Statistics.

En esta nueva coyuntura, la propiedad financiera se embarca en todo tipo de políticas que erosionan la cantidad de trabajo contratada y favorecen de forma agregada el crecimiento del desempleo, ya sea mediante:

- procesos de fusiones y adquisiciones que hacen redundante parte del factor trabajo;
- la externalización hacia empresas de menor tamaño y con menores salarios de partes no centrales de la actividad de la empresa o deslocalizaciones productivas con los mismos objetivos (*outsourcing* y *offshoring*);

⁵ Husson (2008) calcula la tasa de financiarización como la diferencia entre el margen bruto de beneficio de las compañías (expresado a través del *Gross Operating Surplus*) y la tasa de inversión (*Gross Fixed Capital Formation*). Esta diferencia indica la parte de la ganancia no invertida en el proceso productivo (Álvarez, 2012).

- la concentración en los segmentos y partes de cadena productiva con más beneficios en el mercado y la venta de partes colaterales a empresas de menor tamaño;
- la vía directa de los despidos que ajusten en el corto plazo el tamaño óptimo de la plantilla;
- por el abandono de estrategias de diversificación productiva, que solapan la actividad de la empresa con la diversificación propia ya existente del capital financiero.

Todas estas medidas tienen un fin cortoplacista de revalorización en bolsa del capital a beneficio de los inversores y de los gestores con remuneraciones ligadas a la cotización (Ruesga, 2012).

De forma simultánea, toda esta nueva tipología de estrategias empresariales impacta de forma considerable sobre la estabilidad laboral y las condiciones de los trabajadores. En este sentido, la facilidad de desplazamiento que la actividad productiva, a través de la inversión (canalizada mediante el sistema financiero), tiene para localizarse en otras regiones de menor coste del factor trabajo o con un nivel de desarrollo menor de los *labor standards*, favorece un proceso de competencia a la baja, especialmente en las economías desarrolladas, en el cual tanto gobiernos, mediante la legislación o el control y exigencia de su cumplimiento (Davies y Vadlamannati, 2013), generalmente de tipo laboral, como trabajadores, cuyo poder de negociación frente a las organizaciones empresariales se ve reducido, participan para mantener los niveles de empleo existentes⁶.

Esta tendencia se manifiesta en la aplicación de políticas laborales y estrategias empresariales orientadas cada vez más a favorecer la adaptación flexible del factor trabajo a las condiciones existentes en el mercado. De esta forma, “si los mercados de trabajo pudieran ser tan flexibles como los mercados de capitales, todo estaría bien en el mundo” (Freeman, 2010:170).

Desde una perspectiva ortodoxa, el fomento de la flexibilidad laboral permite mejorar la organización y eficiencia en el uso del factor trabajo, incrementando su rendimiento. Así, se favorece un aumento del excedente generado por el factor trabajo y, por tanto, del beneficio final obtenido por la empresa, clave en el objetivo de maximizar su rentabilidad y atractivo a ojos del accionariado (Dasgupta, 2013).

Sin embargo, este aumento de la flexibilidad genera un incremento simultáneo de la incertidumbre en las relaciones laborales, que tiende a ser más acusado en tiempos de recesión, y que contrasta con la necesidad de favorecer la estabilidad en el empleo (Appelbaum, 2012). De esta forma, si uno de los efectos de las crisis es el crecimiento del desempleo, lo que se está propiciando por la vía de la flexibilización es abaratar aún más, en términos relativos, el coste de la mano de obra en la idea (siguiendo el discurso neoclásico imperante) de que al menos la relación capital-trabajo no se altere sustancialmente en favor del primer factor durante estos periodos (Ruesga, 2014a) y derive en una mayor caída del volumen de empleo existente. Como evidencia de este proceso destacan gran parte de las políticas laborales adoptadas por los países

⁶ Esta tendencia afecta con mayor intensidad a los trabajadores menos cualificados.

Europeos durante la *Gran Recesión* acontecida a finales de la primera década del siglo XXI, tratando de fomentar mecanismos de flexibilidad, a través de diferentes reformas laborales, orientados a facilitar la reducción de costes de las compañías para mejorar su nivel de competitividad (mediante procesos de moderación salarial, reducciones de jornada o de empleo), que han derivado en una precarización de las condiciones laborales existentes en el mercado de trabajo (Baylos y Trillo, 2013 y Ruesga, 2014b)⁷.

En esta línea, con el fin de fomentar el desarrollo de la flexibilidad laboral, las legislaciones laborales han tratado de modificar la principal institución que opera en el mercado de trabajo, especialmente en las economías europeas: la negociación colectiva. En este sentido, se ha tratado de favorecer un proceso de atomización de la negociación, fomentando su descentralización, para beneficiar la adaptación de los acuerdos a las condiciones de específicas de cada empresa (bajo el supuesto por el cual la descentralización mejora la capacidad adaptativa de la empresa a su entorno económico, incrementando su flexibilidad y, con ello, su capacidad competitiva). Así, destaca el fomento de cláusulas de descuelgue o inaplicación de cláusulas pactadas (*derogation clauses*), en las legislaciones laborales de los diferentes países europeos, que han permitido que los acuerdos alcanzados en niveles centralizados puedan ser modificados por los convenios de ámbito inferior, especialmente con respecto a las condiciones salariales y de jornada (Keune, 2010). Este hecho consolida una tendencia que se lleva desarrollando durante los últimos 30 años y que se ha potenciado con las sucesivas reformas laborales introducidas en los países comunitarios para afrontar la crisis económica de finales de la primera década del siglo XXI (Karlson y Lindberg, 2011 y European Commission, 2011).

Este proceso de atomización de la negociación colectiva afecta de forma significativa sobre la capacidad de movilización del factor trabajo y el desarrollo de su acción colectiva (Dickens, 1986), quedando la actividad de representación laboral restringida al centro de trabajo, en donde las relaciones laborales tienden a poseer un mayor grado de individualización. En este sentido, el creciente papel de la flexibilidad en las relaciones laborales y en el incremento de la globalización, que ha hecho más sencillo para las empresas deslocalizar su actividad en otros países con menores costes laborales, ha contribuido a debilitar a los sindicatos, al mismo tiempo que favorece el aumento de poder de los empresarios (Hayter, 2009).

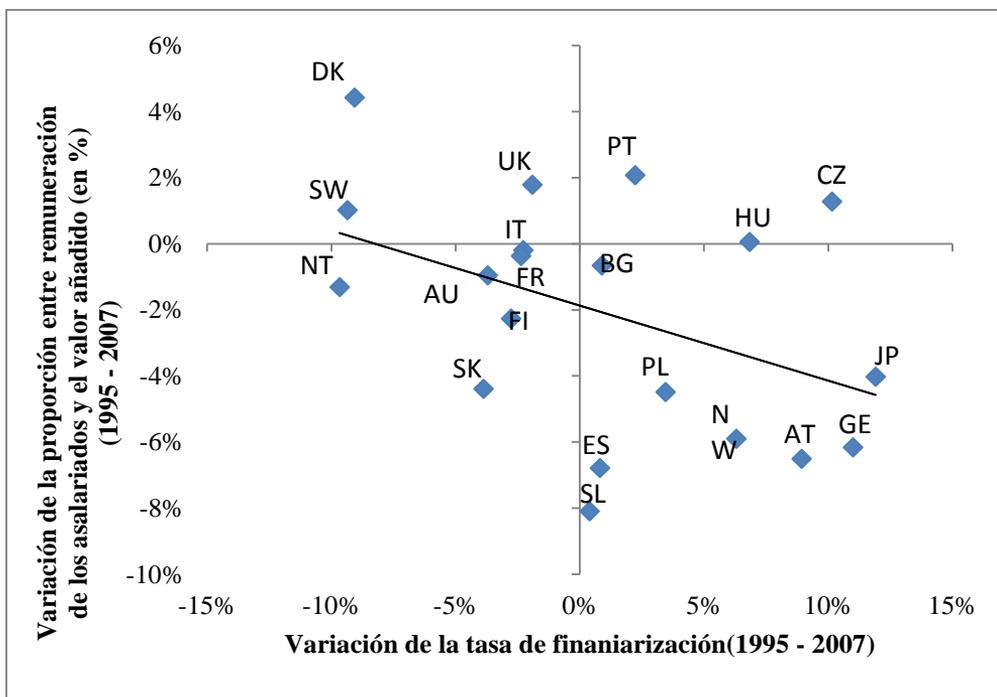
Otro factor de presión sobre el poder negociador de los sindicatos, ha sido el aumento de la capitalización de las rentas generadas en la producción sobre la propia empresa,

⁷ En este sentido, según Freeman (2010:170), “al evaluar el efecto de la recesión mundial, la OCDE concluyó que las políticas de flexibilidad y reforma estructural que había recomendado a los países miembros habían hecho poco para mejorar la capacidad de los mercados de trabajo para responder a la crisis: *no parece haber ninguna razón de peso para esperar que las reformas estructurales recientes signifiquen que los mercados de trabajo de la OECD ahora sean substancialmente menos sensibles a la severa recesión económica que ocurrió en el pasado. ... la “gran moderación” (en las fluctuaciones económicas), al parecer, no se puede atribuir a una mayor resistencia debido a estos tipos de reformas estructurales que han recibido mucha atención de los analistas del mercado de trabajo y de los responsables políticos (p. 39)... no parece haber ningún motivo claro para concluir que los trabajadores, por lo general, están mejor o peor preparados para enfrentarse a un período de debilidad de los mercados de trabajo que es el caso de las diversas recesiones ocurridas en el pasado* (OCDE 2009:40, citado en Freeman 2010:170)... [así] veinte años de reformas de flexibilidad no han logrado esencialmente nada para aislar a los trabajadores de la catástrofe económica provocada por el *laissez-faire* de los mercados de capital”.

repercutiendo principalmente sobre el valor de las acciones y el dividendo que perciben los propietarios de las mismas, mejorando así el rendimiento que perciben los accionistas (que impulsa el valor de la empresa en la bolsa) y disminuyendo las posibilidades para incrementar el margen salarial que perciben los trabajadores sobre las rentas generadas (Tzannatos y Aidt, 2006; Hayter, 2009; Peters, 2008 y Gouswaard *et al.*, 2009). Así, el nuevo modelo de gestión empresarial basado en la maximización del valor de las acciones en el mercado de valores, que se focaliza en mejorar el rendimiento de los títulos que poseen los accionistas (Álvarez, 2012 y Goyer y Hancké, 2006), ha provocado un cambio en la redistribución de la renta generada por los agentes que participan en el desarrollo de la producción.

De lo que se puede deducir que: “la disminución de los sindicatos ha contribuido a la disociación entre los salarios y la productividad y al crecimiento del empleo polarizado y precario” (Kalleberg, 2011:183). Así “la proporción del ingreso nacional que reciben los dueños del capital a través de ganancias de las empresas es creciente. La parte que se destina a la compensación de los asalariados esta cayendo” (citado en Harrison, 2002:2) (véase la Figura 2).

Figura 2. Relación entre variación de la tasa de financiarización y la de las retribuciones salariales en porcentaje del valor añadido en 20 países de la OCDE, en (1995 – 2007)



AT: Austria, AU: Australia, BG: Bélgica, CZ: República Checa, DK: Dinamarca, ES: Estonia, FI: Finlandia, FR: Francia, GE: Alemania, HU: Hungría, IT: Italia, JP: Japón, NT: Países Bajos, NW: Noruega, PL: Polonia, PT: Portugal, SA: Sudáfrica, SK: Eslovaquia, SL: Eslovenia, SW: Suecia, UK: Reino Unido, US: Estados Unidos.

*Tasa de financiarización = Beneficio bruto operativo – (Formación Bruta de Capital Fijo/Valor Añadido Bruto).

Fuente: Elaboración propia con datos procedentes de OECD Statistics.

En este sentido, el comportamiento de los sindicatos se ve condicionado por presiones que limitan la generación de renta compartida por la empresa y el factor trabajo, orientando su interés, en buena medida, hacia el mantenimiento de esta renta y no, únicamente, hacia su crecimiento (Tzannatos y Aidt, 2006).

4. UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA A LA RELACIÓN FINANCIARIZACIÓN-EMPLEO

En este epígrafe se presentan los primeros resultados de una investigación en curso sobre la relación entre proceso de financiarización y cambios en la institucionalidad del mercado de trabajo. En la misma se ha desarrollado un modelo analítico con el fin de demostrar empíricamente los argumentos expuestos con anterioridad, todo ello orientado a interpretar los efectos de la financiarización sobre los mercados de trabajo.

En este sentido, se ha tratado de obtener evidencias acerca del efecto de la financiarización económica sobre tres aspectos claves en la dinámica del mercado laboral y el equilibrio social:

- El nivel de desempleo, como indicador más señalado de la situación de mayor o menor desequilibrio del mercado laboral.
- El nivel salarial, como expresión significativa de la calidad en el empleo.
- La distribución de la renta, que en el ámbito laboral se refiere a la distribución funcional entre rendimientos del capital y las rentas salariales.

Este análisis se ha desarrollado para 21 países de la OCDE: Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Italia, Letonia, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Noruega, Suiza, Estados Unidos y Japón. El periodo de análisis es el comprendido entre los años 1995 y 2012. Este periodo, aun correspondiendo únicamente con la tercera fase aludida de la financiarización, que se inicia a comienzos de los noventa hasta la actualidad, permite obtener series completas para todos los países analizados, aumentando, por tanto, el tamaño muestral. Asimismo, es en esta tercera fase donde el efecto de la financiarización parece acelerarse y, por tanto, es cuando sus efectos directos sobre el desempeño macroeconómico y social pueden ser mayores.

En esta primera aproximación y dado que la muestra a analizar está formada por observaciones de diferentes países a lo largo de 18 años⁸, se hará uso de técnicas econométricas específicas, aplicando un modelo de datos de panel⁹.

La ecuación a estimar es:

$$Y_{it} = \beta_0 + Tasa\ de\ financiarización_{it} + Tasa\ de\ apertura_{it} + Productividad\ del\ trabajo_{it} + PIB_{it} + \gamma_t + u_{it}$$

⁸ Los datos utilizados provienen de la *Annual Macro-Economic Database* (AMECO) elaborada por la *European Commission's Directorate General for Economic and Financial Affairs*.

⁹ Se omiten aquí los detalles técnicos del modelo desarrollado, que pueden dificultar la lectura de las conclusiones de la investigación que da pie al artículo.

De donde Y_{it} corresponde con las variables dependientes empleadas en el modelo para medir el impacto de la financiarización en el equilibrio en el mercado de trabajo, la calidad del empleo y la distribución de la renta y la riqueza, que se representan por :

- la tasa de desempleo, que representa el nivel de desequilibrio del mercado de trabajo,
- las remuneraciones por empleado como porcentaje del PIB, a precios de mercado y por persona, representado la calidad en el empleo y
- el índice de GINI, representativo de la distribución de la renta.

Como variables explicativas se utilizan:

- *Tasa de financiarización_{it}*: corresponde a la diferencia entre el beneficio operativo and y la formación bruta de capital fijo, ambas variables expresadas en proporción al PIB. Con esta variable se hace referencia a la parte de los beneficios no invertidos en el proceso productivo (Husson, 2008 y Álvarez, 2012), entendiéndose que los mismos se derivan hacia la inversión en activos financieros en vez de en activos reales.
- *Tasa de apertura_{it}*: hace referencia a la suma de exportaciones e importaciones totales de la economía, expresadas en términos del PIB. Es una variable representativa del avance de la globalización.
- *Productividad del trabajo_{it}*: se calcula como el cociente entre el número de ocupados y el PIB.
- *PIB_{it}*: expresa el PIB en logaritmos.

Cabe esperar, en función de la hipótesis establecida en el análisis previo, las siguientes relaciones entre las variables consideradas.

	Financiarización	Globalización	Productividad	Crecimiento(PIB)
Desempleo	+	<	+	-
Participación salarios	-	-	<	<
Índice Gini	+	+	+	<

El signo < indica indefinición *a priori* del efecto de una variable (fila) sobre la otra (columna)

La primera ecuación estimada, cuya variable dependiente es el desempleo, muestra que la relación entre esta variable y la tasa de financiarización de la economía (*FinancRate_{it}*) es positiva y estadísticamente significativa. Así, a medida que se produce un descenso del 1 por ciento del PIB en el retorno de beneficios generados hacia el canal de la inversión productiva, el desempleo aumenta un 0,025 por ciento. Esta relación esperada confirma la argumentación expuesta en el punto anterior, refrendando la hipótesis de que las nuevas estrategias empresariales orientadas hacia las estrategias de reducción de recursos destinados a la inversión productiva y, por extensión a la demanda de factor trabajo, centradas en una visión cortoplacista del modelo de negocio –maximizar el beneficio a corto plazo–, impactan de forma negativa sobre los niveles de empleo, impulsando el aumento del paro en el mercado laboral de las economías analizadas (Ruesga, 2012).

En segundo lugar, en esta misma ecuación, el efecto observado de la tasa de apertura comercial ($OpenRate_{it}$) sobre el nivel de desempleo es ligeramente negativo y significativo, descendiendo el paro en 0,0038 puntos porcentuales por cada punto de aumento en el grado de apertura sobre el PIB. Asimismo, la productividad laboral ejerce un efecto positivo y significativo sobre el paro, observándose un mayor nivel de desempleo a medida que aumenta el rendimiento por trabajador contratado. Y, por último, a medida que el crecimiento económico aumenta en 1 punto porcentual, se observa que el nivel de desempleo lo hace en un 0,10 por ciento, lo que es consecuente con lo anteriormente señalado.

Con respecto a la segunda ecuación estimada en este modelo analítico, en la cual se emplea como variable dependiente la remuneración por asalariado en porcentaje del PIB por empleado, se observa que a medida que aumenta la tasa de financiarización ($FinancRate_{it}$) en 1 punto porcentual el peso de la renta de los trabajadores sobre la renta total de la economía desciende de forma significativa un 0,054 por ciento. De nuevo esta relación da pie a confirmar lo expuesto en el apartado anterior. A medida que la presión que ejerce el capital en la apropiación del ingreso generado en el proceso de producción es mayor, exigiendo una mayor rentabilidad de su inversión en el corto plazo, la participación de los trabajadores en el ingreso disminuye (Álvarez, 2012 y Goyer y Hancké, 2006). A este proceso le acompaña la capacidad de deslocalización y el fomento de la flexibilidad de costes, que han supuesto para los trabajadores un descenso en su capacidad de acción colectiva y poder de negociación frente a los empresarios (Tzannatos y Aidt, 2006; Hayter, 2009; Peters, 2008 y Gouswaard *et al.*, 2009), tendiendo los asalariados a promover la moderación de sus demandas salariales con el fin de mantener los niveles de ocupación existentes.

A su vez, se observa que un aumento del 1 por ciento en la tasa de apertura comercial, tiende a incrementar la participación de los salarios en la economía aproximadamente en un 0,02 por ciento. Por otra parte, la productividad laboral posee un efecto no significativo, no existiendo evidencia de la relación entre esta variable y el peso de los salarios en la economía a lo largo del periodo analizado. Y, finalmente, se constata también que con un aumento del PIB en 1 punto porcentual el peso de los salarios en la economía se incrementa –de forma estadísticamente significativa– en un 0,33 por ciento.

Por último, en cuanto a la última ecuación elaborada, cuya variable dependiente es el índice de GINI, se observa que la tasa de financiarización posee un efecto positivo y significativo sobre esta variable, aumentando la desigualdad en la distribución de la renta y la riqueza a nivel nacional en 0,03 puntos a medida que aumenta dicha tasa de financiarización en un punto porcentual sobre el PIB. Este efecto concuerda con lo observado en las dos anteriores ecuaciones. A medida que las empresas centran su negocio en la maximización del beneficio a corto plazo, quedando al margen la reinversión del excedente del ingreso generado en la producción real, el efecto de este proceso sobre el mercado laboral tiende a presionar a la baja el nivel de empleo y los salarios –como se puede observar en las anteriores ecuaciones– y, así, la distribución de la renta y la riqueza. Por otra parte, la menor capacidad de acción colectiva de los trabajadores ha derivado en un incremento de la desigualdad del ingreso a nivel nacional, reduciendo la capacidad que antaño se podía atribuir a los sindicatos para reducir la dispersión salarial, tanto en el nivel sectorial, como en el ocupacional (Freeman, 1980). De esta forma, la desigualdad social es más acusada, siendo un elemento que propicia la pobreza estructural, aun teniendo el individuo una renta procedente del desempeño de su actividad laboral.

En cuanto a las variables de control, se observa que la tasa de apertura comercial (globalización) no tiene un efecto significativo sobre la distribución de la renta. En tanto que el ascenso de la productividad laboral sí contribuye a reducir esta desigualdad, descendiendo el índice de Gini en 0,58 puntos a medida que la productividad laboral –producción total por ocupado– aumenta en un punto. Por último, el incremento del PIB favorece un aumento del índice de Gini, incrementándose éste en 0,79 puntos por punto porcentual de incremento del producto. Este hecho puede derivar del proceso de apropiación del ingreso generado en el desarrollo de la producción, aumentando el poder del capital en este proceso y, así, aminorando el de los asalariados y las personas que no obtienen rentas del negocio financiero.

5. REFLEXIONES FINALES

Con el desmantelamiento del modo de capitalismo dominante tras la Segunda Guerra Mundial –Bretton Woods–, en la década de los años setenta, se ha derivado hacia un nuevo modelo económico –fundamentado en la concepción neoliberal del capitalismo– apoyado en el aperturismo a nivel internacional mediante la eliminación de las barreras comerciales y el libre movimiento de bienes, servicios y capitales. Este proceso ha dado lugar a una fuerte expansión de la circulación de los activos financieros y del conocimiento, así como de los recursos productivos y del comercio de los bienes y servicios producidos. Las empresas han ampliado su territorio de actuación, localizando su actividad en cualquier lugar del mundo que ofrezca unas condiciones favorables –ventajas comparativas– para poder desarrollar su actividad económica, sirviéndose del mercado financiero como medio para canalizar este proceso.

No obstante, este nuevo modelo de apertura y cambio en la estrategia empresarial, de la (des)localización de su actividad productiva, ha provocado fuertes desequilibrios espaciales, personales, entre grupos sociales, etc., que tienen su principal exponente en el discurrir del mercado laboral. La expansión de los recursos financieros y del conocimiento a nivel global ha sido a un ritmo intenso durante los últimos cuarenta años, mientras que otros flujos también de recursos productivos, destacando el factor trabajo, no lo han hecho con la misma intensidad. Esta situación ha sometido al factor trabajo a fuertes procesos de cambio para mejorar su rendimiento con el fin de mejorar su capacidad adaptativa a la nueva situación económica, no solo compitiendo con su entorno económico a nivel nacional, sino también –especialmente– con el internacional. De esta forma, tanto desde el ámbito de las estrategias empresariales como desde el de la política económica se ha fomentado un modelo de competencia sustentando en actuaciones por el lado de oferta, que trata de maximizar la eficiencia productiva a través de unos costes flexibles, mejorando la rentabilidad productiva en el corto plazo. Desde esta nueva lógica se pretende obtener rentabilidad y dividendos rápidos, para competir con productos estrictamente financieros desde empresas no financieras, derivando, con elevada asiduidad, en políticas de recortes en la inversión de capital productivo y de gastos en el factor trabajo –conocidas como reestructuraciones– en lugar de acudir a las tradicionales estrategias de acumulación e inversión a largo plazo.

Así, este modelo de desarrollo afecta de forma determinante al mercado de trabajo desde dos aspectos fundamentales:

1. La cantidad de empleo y las condiciones laborales
2. La participación de los trabajadores en la distribución del beneficio generado en la actividad productiva.

La cantidad de trabajo demandado se ve reducida como consecuencia del cambio en las estrategias empresariales que priorizan el rendimiento cortoplacista para mantener el valor de la empresa en un nivel óptimo que complazca al accionariado o seduzca a los mercados financieros, atrayendo un mayor capital. Estas nuevas estrategias enfocan su objetivo prioritario sobre el valor financiero de la compañía a corto plazo –economía financiera–, quedando al margen el modelo de desarrollo productivo y los procesos de reinversión del excedente generado en la producción a través de inversiones a largo plazo –centradas en la economía real, que es de donde la empresa realmente extrae el principal de su valor–, reflejándose, por extensión en una disminución “in crescendo” de la capacidad de generación de empleo por parte de las empresas industriales y de servicios.

Por otra parte, un contexto económico cada vez más globalizado, donde los flujos de inversión se mueven libremente y a una gran velocidad, se genera una fuerte presión sobre el factor trabajo que tiende a competir con procesos de deslocalización productiva, hacia regiones que ofrecen una mayor rentabilidad a base de costes salariales o condiciones de trabajo (*labor standards*) sustancialmente inferiores a los habituales en las zonas originarias de la compañía deslocalizada (*dumping social*). Este hecho deriva en una competencia hacia la baja de ambas variables, fomentada tanto desde las empresas como desde la propia política, en este caso, se supone que con el fin de mantener los niveles de empleo existentes –o para traer nuevos flujos de inversión procedentes del exterior–, deteriorando, de este modo, las condiciones laborales existentes en el país.

Por último, este proceso de competencia hacia la baja se traduce en una menor capacidad de presión por parte de los trabajadores de forma colectiva –situación en la que confluye una tendencia inducida –a través de reformas en la normativa laboral– hacia la atomización de la negociación colectiva y la individualización de las relaciones laborales, lo que supone el debilitamiento de la organización sindical, que deriva en un menor poder de negociación frente a la organización empresarial. A este hecho se añade la presión que ejerce el capital con el fin de mantener/elevar su rendimiento, captando una mayor parte del valor añadido generado en la empresa, modificando así la forma en que éste se reparte, con disminución tendencial de la renta correspondiente al factor trabajo.

Los resultados empíricos obtenidos en este trabajo, para 21 países de la OCDE, indican que la financiarización de la economía, medida como la parte del excedente empresarial obtenido y no reinvertido en la producción, está potenciando lo descrito al incidir de forma negativa sobre los niveles de empleo en estas economías y la parte de la renta correspondiente a los trabajadores. Por otra parte, este efecto negativo incide de forma directa sobre el reparto de la renta a nivel nacional, aumentando las desigualdades a medida que el ingreso que los individuos perciben por su actividad laboral disminuye.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, N. (2012). “Financiarización, acumulación de capital y ajuste salarial en la UE”, comunicación presentada en: *XIII Jornadas de Economía Crítica. Los costes de la crisis y alternativas en construcción*, in Universidad de Sevilla, Sevilla.

Appelbaum, E. (2012). “Reducing Inequality and Insecurity: Rethinking Labor and Employment Policy for the 21st Century”, *Work and Occupations*, Vol. 39, number 4, p. 311-320.

Assa, J. (2012). "Financialization and its Consequence: the OECD Experience", *Finance Research*, Vol. 1, number 1, p. 35-39.

Baylos, A. y Trillo, F. (2013). "Social Dimension of European Union and the Situation of Labour Law in the Member States: Evaluation of the Spanish Experience", *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, number 1 (2013), p. 54-71.

Berthélemy, J. (2003). "The seven deadly sins of outsourcing", *Academy of Management Executive*, Vol. 17, number 2, p. 87-100.

Blynder, A. (2006). "Offshoring: The Next Industrial Revolution?", *Foreign Affairs*, Vol. 85, number 2, p. 113-128.

Dasgupta, B. (2013). *Financialization, Labour Market Flexibility, Global Crisis and New Imperialism – A Marxist Perspective*, Fondation maison des sciences de l'homme, Working Paper 34 (Junio), Paris.

Davies, R.B. y Vadlamannati, K.C. (2013). "A Race to the Bottom in Labour Standards? An Empirical Investigation", *Journal of Development Economics*, Vol. 103, p. 1-14.

Dickens, W.T. (1986). *Wages, Employment and the Threat of Collective Action by Workers*, National Bureau of Economic Research, Working Paper Number 1856, Cambridge (USA).

Dore, R. (2000). *Stock market capitalism: welfare capitalism: Japan and Germany vs the Anglo-Saxons*, Oxford University Press, Oxford.

Du Caju, P., Gautier, E., Momferatou, D. & Ward-Warmedinger, M. (2008). *Institutional features of wage bargaining in 23 European countries, the US and Japan*, European Central Bank Working Paper Series, Number 974, Frankfurt.

Eatwell, J. y Taylor, L. (2000). *Global finance at risk*, Polity, Cambridge.

Epstein, G. (2001). *Financialization, Rentier Interests, and Central Bank Policy*, manuscript of the Department of Economics, University of Massachusetts, Massachusetts.

Epstein, G. (2005). *Financialization and the world economy*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts.

Eurofound (2011a). "Coordination of collective bargaining", available in Eurofound: <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/coordinationofcollectivebargaining.htm>.

European Commission (2007). *Industrial relations in Europe 2006*, Servicios de Publicaciones de la Unión Europea, Luxembourg.

- Fligstein N. y Markowitz, L. (1993). "Financial Reorganization of American Corporations in the 1980s", in Wilson, W.J. (ed.): *Sociology and the Public Agenda*, Sage, Newbury Park, p. 185-206.
- Freeman, R.B. (1980). "Unionism and Dispersion of Wages", *Industrial and Labor Relations Review*, Volume 34 (October), p. 3-23.
- Freeman, R.B. (2010). "It's financialization", *International Labour Review*, Vol. 149, number 2, p. 163-183.
- Gouswaard, A.; Oeij, P.; Brugman, T. y de Jong, T. (2009). *Good practice guide to internal flexibility policies in companys*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.
- Goyer, M. y Hancké, B. (2006). "Labour in French Corporate Governance: The Missing Link", in Gospel, H. & Pendleton, A.: *Corporate Governance and Labour Management: An International Comparison*, Oxford University, Oxford, p. 173-196.
- Grossman, G.M. y Rossi-Hansberg, E. (2006). Trading Tasks: A Simple Theory of Offshoring, National Bureau of Economic Research Working Paper Series Number 12.721, Massachusetts.
- Harrison, A.E. (2005). *Has Globalization Eroded Labor's Share? Some Cross-Country Evidence*, Munich Personal RePEc Archive Paper Number 39.649, Munich.
- Hayter, S. (2009). "A fair globalization. The role of collective bargaining in stemming the rising tide of inequality in earnings and income", *International Journal of Labour Research*, Vol. 1, issue 2, p. 27-42.
- Husson, M. (2008). *Un pur capitalisme*, Page Deux, Lausanne
- Kalinowski, T. (2013). "Regulating international finance and the diversity of capitalism", *Socio-Economi Review*, Vol. 1, number 3, p. 471-496.
- Kalleberg, A. (2011). *Good jobs, bad jobs: The rise of polarized and precarious employment systems in the United States, 1970s to 2000s*, Russell Sage, New York.
- Karlson, N. y Lindberg, H. (2011). *The Decentralization of Wage Bargaining: Four Cases*. Ratio Working Paper Number 178, Stockholm.
- Keune, M. (2010). *Derogation clauses on wages in sectoral collective agreements in seven European countries*. Eurofound Research Paper, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.
- Kotz, D.M. (2011). "Financialization and Neoliberalism", in Teeple, G. & McBride, S.: *Relations of Global Power. Neoliberal Order and Disorder*, University of Toronto Press, Toronto, p. 1-19.

- Krippner, G. (2005). "The Financialization of the American Economy", *Socio-Economic Review*, Vol. 3, number 2, p. 173-208.
- Krugman, P. y Obstfeld, M. (2003). *International Economics. Theory and Policy, 6th Ed.*, Pearson Educ., Massachusetts.
- Lazonick, W. y O'Sullivan, M. (2000). "Maximizing shareholder value: a new ideology for corporate governance", *Economy and Society*, Vol. 29, p. 13 – 35.
- Leyshon, A. y Thrift, N. (2007). "The capitalization of almost everything: the future of finance and capitalism", *Theory, Culture and Society*, Vol. 24, p. 97 – 115.
- Martin, R. (2002). *Financialization of daily life*, Temple University Press, Philadelphia.
- Ministerio de Trabajo e Inmigración (2009). "Mercado de trabajo y teorías del paro", *Boletín de información socio-laboral internacional*, número 155, abril 2009.
- OECD (2009). *Employment Outlook. Tackling the Job Crisis*, Organization for Economic Co-operation and Development Editorial Services, Paris.
- Peters, J. (2008), "Labour market deregulation and the decline of labour power in North America and Western Europe", *Policy and Society*, number 27, p. 83-98.
- Phillips, K. (2006). *American theocracy: the peril and politics of radical religion, oil, and borrowed money in the 21st century*. Penguin, New York.
- Roe, M. (1994). *Strong managers, weak owners: the political roots of American corporate finances*, Princeton University Press, New York.
- Ruesga, S.M. (2012). "La financiarización de las relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, número 2, p. 407-427.
- Ruesga, S.M. (2014a). *Economía del trabajo y política laboral (2º Edición)*, Editorial Pirámide, Madrid.
- Ruesga, S.M. (2014b). *¿Qué ha pasado con la economía española? La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Pirámide, Madrid.
- Stockhammer, E. (2004). "Financialization and the slowdown of accumulation", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 28, number 5, p. 719-741.
- Tzannatos, Z. y Aidt, T.S. (2006). "Los sindicatos, los resultados microeconómicos y lo que cuenta para economistas y empresarios", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 125, number 4, p. 287-312.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

RICARDO OYUELOS Y PÉREZ (1865-1943 c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

“Yo tuve en tiempos una hermosa patria.

La encina

crecía allí tan alta; las violetas, mansas, se inclinaban.

Era un sueño”

“Soy la espada, soy la llama

Os he iluminado en la oscuridad, y al iniciarse la batalla, yo combatí

en primera línea... De nuevo suenan las trompetas y es preciso luchar

de nuevo...”

Heinrich HEINE¹

Una las personalidades más relevante reformismo social –y con una particular proyección en las cuestiones vinculadas con los seguros sociales– ha sido Ricardo Oyuelos y Pérez (Madrid, 1865-1943 c.), Licenciado en Derecho civil y Canónico por la Universidad Central (1886), y letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, fue un intelectual comprometido con el tiempo que le tocó vivir. Escribió en *El Socialista* una serie de artículos titulados República y socialismo (1894) y colaboró en “*Vida Socialista*” y otros semanarios vinculados al Partido Socialista. Abogado del Ministerio de Trabajo, también trabajó en el bufete de Osorio Gallardo. Es uno de los autores de Comentarios al Código Civil con el seudónimo colectivo «*Q. Mucius Scevola*». Activo participante en la obra de organización y actividades del Partido Socialista Obrero Español; socialista desde finales 1895, aunque sin constancia cierta de ser un militante afiliado, en esa fecha impartió una serie de conferencias sobre temas jurídicos para los socios del Centro Obrero, por lo demás también contribuyendo a la Agrupación Madrileña del Partido Socialista con “su pluma, su consejo y sus donativos”². Así pues, integró ya en muy temprana hora, junto al doctor Jaime Vera López (1858-1918) y José Verdes Montenegro y Montoro (1865-1940), el reducido grupo de intelectuales “orgánicos” de izquierda próximos al Partido Socialista, si bien participando de modo más privado y discreto que éstos. Su intervención en los medios y órganos de prensa del movimiento obrero es sin embargo suficientemente significativa.

¹ HEINE, H.: *Poemas*, Selección y trad. de Feliu Formosa y Prólogo de Manuel Sacristán, Barcelona, Ed. Lumen, 2ª ed., 1981, págs. 51 y 97, respectivamente.

² MORATO CALDEIRO, J.J.: *Historia de la Asociación General del Arte de Imprimir. La cuna de un gigante*, Madrid, 1925, y *Partido Socialista Obrero*, Biblioteca Nueva, Madrid, s. a. Cit. por Mª. Dolores Gómez Molleda, *El Socialismo español y los intelectuales. Cartas de líderes del Movimiento obrero a Miguel de Unamuno*, Universidad de Salamanca, 1980, pág. 275 n. 1.

Ricardo Oyuelos fue redactor del semanario dominical bilbaino *La Lucha de Clases*, fundado en 1894 por Valentín Hernández Aldeata, para el que también escribió Miguel de Unamuno (1864-1936)³, con quien mantuvo correspondencia⁴, fue muy posiblemente esa previa relación con Hernández, vocal de la Junta directiva de la Agrupación madrileña en 1895, la que medió en su aproximación al partido, así como para colaborar, a partir de 1896, en los números extraordinarios de 1º de mayo de *El Socialista*, apuntando una tendencia de inspiración social-reformista. A su firma también aparecerán más tarde otros trabajos en la revista quincenal *La Nueva Era* (1901-1902) dirigida por Antonio García Quejido, e igualmente en *La Revista Socialista* (1903-1906), fundada por Mariano García Cortés, ambas publicaciones sin duda piezas fundamentales en la formación del pensamiento socialista español a comienzos del siglo XX. Pues bien, en la maquetación de espacios con que la primera de ellas distribuyó su contenido se reservó uno destinado a ‘Cuestiones jurídicas’. En él para el número inaugural se compuso el artículo que Oyuelos tituló “La importancia social del Derecho”⁵. La sección se mantendría a lo largo de todo ese primer año reuniendo allí un notable elenco de escritos jurídicos firmados por intelectuales socialistas europeos, como Enrico Ferri (1856-1929), latinoamericanos, como José Ingenieros (1877-1925), además de españoles entre los que figurarán Juan García-Goyena o Rafael García Ormaechea⁶. La fecha y el mismo relevante lugar ocupado por el trabajo explican que Oyuelos, con razón, haya sido calificado de “inteligencia gris” del partido en materias de Derecho⁷.

Corroboraba también la fértil y varia experiencia desarrollada hasta ese momento en diversos campos de interés jurídico. Así, su preocupación ha discurrido en la tarea de editor responsable de la ‘Biblioteca de Legislación Profesional’, preparando en ella compilaciones dispositivas de *Circulares y consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo* (junto a Pedro Poggio) (1893)⁸, y legales y jurisprudenciales sobre *Farmacia* (1894)⁹, en normativa constructiva y de edificación (1894-1895), ésta en colaboración con Manuel Martínez Ángel bajo el título *Tratado de arquitectura legal*¹⁰ concordado a los preceptos del Código Civil (y *Suplemento*, 1896¹¹), y sobre *Medicina* (1895)¹². Es de realzar igualmente su labor de difusión de la mejor cultura jurídica europea de la época como traductor (1907) de la obra de Giuseppe Salvioli (1857-1928), *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al*

³ Véase NÚÑEZ, D-RIVAS, P. (eds.): *Unamuno, Política y Filosofía. Artículos recuperados (1886-1924)*, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1992.

⁴ DOLORES GÓMEZ MOLLEDA, *El Socialismo español y los intelectuales. Cartas de líderes del Movimiento obrero a Miguel de Unamuno*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1980, págs. 275-276.

⁵ OYUELOS Y PÉREZ, R.: “La importancia social del Derecho”, en *La Nueva Era*, 1 (1901), págs. 14-16.

⁶ GARCÍA ORMAECHEA, R.: “Evolución del derecho”, en *La Nueva Era*, 12 (1901), pág. 400.

⁷ Véase CASTILLO, S.: “De *El Socialista* a *El Capital*. (Las publicaciones socialistas, 1886-1900)”, en *Negaciones. Revista crítica de teoría, historia y economía*, 5 (1978), pág. 53.

⁸ OYUELOS Y PÉREZ, R.- POGGIO, P.: *Circulares y consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo, clasificadas y ordenadas*, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1893.

⁹ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Farmacia. Derecho administrativo, civil, penal y procesal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo referentes a esta materia*, Col. Biblioteca de Legislación Profesional, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1894.

¹⁰ OYUELOS, R. y PÉREZ-MARTÍNEZ ÁNGEL, M.: *Tratado de arquitectura legal: con arreglo al derecho vigente y a los preceptos de Código civil*, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1894-1895, 2 vols.

¹¹ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Suplemento al Tratado de arquitectura legal*, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

¹² OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Legislación de Medicina: estudio del Derecho vigente (Administrativo, civil, penal y procesal) y Jurisprudencia del Tribunal Supremo referentes a la Facultad de Medicina materia*, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1895.

*proletariado y al (sic.) Derecho moderno*¹³. La concreta oportunidad se produce, además, en el seno de otro afanoso proyecto editorial donde la directa intervención de Ricardo Oyuelos ha de resultar decisiva. Se trata de la fundación de la ‘Biblioteca Quintus Mucius Scaevola’, en cuya dirección y administración se ocupará personalmente¹⁴. Pero lo que es más importante, el signo ideológico-político y jurídico de aquella traducción ciertamente no se produce en el vacío contextual de la recepción del periodo histórico.

Es lo cierto que se inserta en una estrategia de reforma laboral y protección o aseguramiento social para hacer frente a la gravísima crisis planteada por una cuestión social devenida propiamente en una cuestión política y jurídica de gran magnitud. A este propósito es necesario poner de relieve primeramente la orientación mostrada por Oyuelos en el ya mencionado artículo de 1901. Se contuvo allí un programa interpretativo del iussocialismo español en el que junto a aprovechar en la idea evolucionista de Darwin y el argumento organicista, es también posible advertir la influencia ejercida para la noción de “lucha por el Derecho” por Rudolf von Ihering (1818-1892) y detectar asimismo, determinados ecos del sindicalismo de Georges Sorel (1847-1922), como el de una “lucha colectiva por la conquista de los derechos”. Al defender que “la lucha de clases es una lucha por el Derecho”, Oyuelos reconoce y subraya la dimensión que lo jurídico posee, como parte de la morfología social, en el avance hacia una sociedad socialista y para el devenir de su misma instauración, particularmente atribuyendo a la legislación social especial la función positivadora de derechos socio-políticos de clase tales como, en la ley de la jornada de trabajo, la indemnización por accidentes, el salario mínimo, la limitación del trabajo de mujeres y niños, de la *protección para la vejez*, etcétera¹⁵.

En relación a todo ello se parecía su particular atención hacia las nuevas direcciones y horizontes que la ciencia jurídica de la época recorría y exploraba. Sin duda en una decisión conscientemente comprometida al auspiciar entre los lectores españoles el conocimiento y la

¹³ SALVIOLI, G.: *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y al (sic.) Derecho moderno* (1890 y 1906), Sociedad Editorial Española, Madrid, 1907 (Col. Biblioteca Scaevola). Existe reed. como *El Derecho civil y el proletariado*, con Estudio prel. (pp. 9-44) de Bartolomé Clavero, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979. Vid. también Pietro Castro, “Il ‘solidarismo giuridico’ di Giuseppe Salvioli”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (en adelante *QF*), I/3-4 (1974-1975), pp. 457-494. Sobre los presupuestos ideológico-jurídicos del socialismo jurídico como corriente plural de pensamiento, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, espec., págs. 21 y sigs., *passim*; *id.*: “Reformismo social y socialismo jurídico”, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. ADOLFO POSADA, Granada, Ed. Comares, 1998. En una perspectiva más general, pero relevante para su contextualización, debe consultarse MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid, Civitas, 1992; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*, Madrid, Tecnos, 1995.

¹⁴ GÓMEZ MOLLEDA, M^a. D., *cit.*, pág. 275, recoge en la carta núm. 120, una de Oyuelos a Unamuno de fecha 4 de septiembre de 1901, cuyo membrete dice: “Legislación Española, Derecho, Economía, Política, Sociología. Admón. de las obras de Q. Mucius Scaevola. San Roque, 18. Madrid. Particular”.

¹⁵ OYUELOS Y PÉREZ, R.: “La importancia social del Derecho”, *cit.*, p. 16. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ihering, ensayo de explicación”, Estudio prel. a Rudolf. v. Ihering, *El Espíritu del Derecho Romano* (1852-1865), Edit. Comares, Granada, 1998, pp. LXXXIX-XC, y *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, págs. 124-125. Véase, al respecto, ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “De cuánto en la memoria durmiente... Ricardo Oyuelos: del socialismo jurídico a la utopía social corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 125. Julio-Septiembre (2004), págs. 349-372; y “Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social Corporativa”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 121 (2004).

recepción de la obra de Salvioli. Oyuelos conectaría de esa forma con la línea de divulgación doctrinal que desde el último tercio del siglo XIX había sido creciente, y en adelante hubo de prolongarse a lo largo del primero del XX. Por entonces, año 1907, han sido ya introducidas, entre otras, obras de Ihering, Enrico Cimbali (1855-1887)¹⁶, Giuseppe D'Aguzzo (1862-1908), Antonio Labriola (1843-1904)¹⁷ o Werner Sombart (1863-1941)¹⁸, que sin duda han permitido la respiración de una atmósfera ideológico-jurídica y política propicia al debate intelectual sobre, en concreto, la renovación y transformación social del Derecho privado. Con relación a Ihering la absorción de ese ambiente se capta con claridad en Felipe Sánchez Román Gallifa (1893-1956), quien antes fue también el encargado de prologar a Cimbali. Además, en el caso de Cimbali, incluso con independencia de la débil acogida que durante nuestro proceso codificador civil efectivamente rindieron sus propuestas, existiría asimismo un cierto influjo proyectable hacia Oyuelos desde lo defendido por aquél en torno a la planificadora y unificadora génesis privado-social del ordenamiento jurídico mediante incorporación a la sistemática del código civil, de clásico estilo pandectista, también del material legislativo especial sobre *accidentes y seguros laborales*, o acerca del trabajo de mujeres y menores¹⁹. Por lo demás, en la absorción de ese ambiente cultural jurídico y político la publicación de la obra de Salvioli no representa un hito aislado, sino el ejemplo de una continuidad. Oyuelos dispuso y logró que a través la 'Biblioteca Quintus Mucius Scaevola' fuera posible la edición (1904) de otro importante trabajo: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), de Otto v. Gierke (1841-1921)²⁰. Es de mencionar igualmente la no fortuita elección de los traductores; José María Navarro de Palencia (próximo por aquella época también a las corrientes reformistas postuladas entre otras por la dirección del iussocialismo democrático²¹), que con anterioridad había vertido el *Sozialismus und soziale*

¹⁶ CIMBALI, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* (1884), trad. de F. ESTEBAN GARCÍA y Pról. de SÁNCHEZ ROMÁN, F.: Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1893; *id.*: *El derecho del más fuerte* (1891), trad. de la 3ª ed. it. por José Buixo Monserdá, Imp. de Henrich y Cía, Barcelona, 1906 (Biblioteca de Sociología Internacional). Véase igualmente DI MAJO, A.: "Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico", en *QF*, I/3-4 (1974-1975), págs. 383-429, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, cit., pág. 157, n 76.

¹⁷ LABRIOLA, A.: *Del materialismo histórico* (1896), trad. de José Prats, F. Sempere y Cía, Valencia, 1908.

¹⁸ SOMBART, W.: *El Socialismo y el movimiento social en el siglo XIX* (1898), trad. de José María Navarro de Palencia, La España Moderna, Madrid, s.a. [1902] (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia), y *Socialismo y movimiento social* (1905), trad. de la 6ª ed. alemana por RAFAEL CANSINOS ASSENS, Edit. Prometeo, Valencia, s.a. (1909?) (Biblioteca de Estudios Modernos).

¹⁹ Véase CIMBALI, E.: *La nueva fase del derecho civil...*, cit., y con anterioridad *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, Prolosure letha nell'Università di Roma il 25 gennaio 1881, Bocca, Torino, 1881.

²⁰ GIERKE, OTTO v.: *La función social del derecho privado* (1889). *La naturaleza de las asociaciones humanas* (1902), trad. de José María Navarro de Palencia, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904. Reeditada y ampliada, *La función social del Derecho privado y otros estudios*, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas" (pp. IX-LXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2015.

²¹ José María Navarro Palencia creó junto con Felipe Clemente de Diego la *Revista de Derecho Privado*. Por otra parte, y desde el socialismo jurídico, su hermano y prestigioso especialista en Derecho penitenciario y criminología, Navarro de Palencia, Álvaro.: *Socialismo y Derecho Criminal*, Madrid, Ed. Reus, 1919. Álvaro Navarro de Palencia estuvo vinculado al krausismo más avanzado, y en particular a Rafael Salillas, fue Director del Reformatorio de Jóvenes Delincuentes fundado en 1903 en Alcalá de Henares y llegó a ser por oposición Jefe Superior de Primera Clase e Inspector Central del Cuerpo de Prisiones. En esta dirección de pensamiento crítico de reformismo social, véanse sus estudios, *El reformatorio de jóvenes delincuentes. Informe presentado al Congreso Nacional de Protección de la Infancia convocado en Madrid*, Alcalá de Henares, 1907; *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, 1918.

Bewegung im 19. Jahrhundert (1898), de Sombart, era hermano de Álvaro, especialista en temas penales e incardinado a las tesis del positivismo italiano, y en cuanto a Pedro Apalategui Ocejo (1865-1957), con él había ya participado Oyuelos en el colectivo “Mucius Scaevola”, redactor del *Código civil comentado y concordado extensamente*²².

En este horizonte reformista, el compromiso, la implicación activa como “hombres de acción”, con la reforma social de personalidades como Adolfo Posada, Adolfo Buylla (desde un liberalismo social de inspiración krauso-institucionista)²³ y José Maluquer y Salvador (desde un liberalismo social de inspiración católico-social²⁴) no se limitó a una política defensiva de orden público social (enfoque predominante en el nacimiento del sistema de seguros sociales)²⁵, sino que trató de mejorar el desarrollo de los derechos sociales de la ciudadanía dentro de un proyecto de construcción de un régimen democrático²⁶. En la misma fundación del INP participaron personalidades de distintas tendencias, krausismo²⁷, catolicismo social²⁸, conservadores y socialistas²⁹. El dilema del reformismo socio-jurídico

²² En XXIX tomos, Madrid, 1886. *Tomo I. Apéndice; comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva ed. oficial* por Quintus Mucius Scaevola, Imp. de Ricardo Rojas, Madrid, 1892. Suministran el dato Rafael Pérez de la Dehesa, *Política y sociedad en el primer Unamuno*, Edit. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 52 n 23, M^a. Dolores Gómez Molleda, M^a.D., cit.

²³ Reténgase que Adolfo Buylla siempre estuvo muy cerca del Partido Socialista y colaboró en su condición de abogado con los sindicatos obreros; y Adolfo Posada como krausista positivista e institucionista, el cual militaría –junto con Azcárate, Zancada, Palacios, y otros muchos krausistas– en el partido reformista de Melquíades Álvarez, discípulo suyo, por otra parte.

²⁴ Pero que sobrepasa la concepción de la cuestión social como cuestión intrínsecamente moral y religiosa. Véase paradigmáticamente, dentro del catolicismo social español, VICENT, A.: *Socialismo y Anarquismo. La Encíclica de nuestro Santísimo Padre León XIII “De conditione opificum” y los Círculos de Obreros Católicos*, Valencia, Imprenta de José Ortega, 1895, pág.81.

²⁵ Lo que se, ciertamente, en personalidades tan significativas como Álvaro López Nuñez, para el cual “el ingreso de la clase proletaria en la vida política y social”, “ha permitido a los trabajadores apartarse de idealismos utópicos, adaptarse a la realidad evolutiva y colaborar, armonizados con las otras clases sociales, en la magna obra de la restauración del país”. Cfr. López Nuñez, Á.: *El Seguro obrero en España*, Madrid, Imprenta de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1908, Prólogo, pág.1. También el propio Maluquer realizaría el objeto de la pacificación social a la cual contribuye decisivamente la política de reformas sociales. Véase Maluquer y Salvador, J.: “Grandes y recíprocas amnistías sociales pueden evitar estados de guerra civil en cada fábrica, cuando estén necesitadas todas de acudir a la lucha económica en el frente internacional”, artículo de prensa publicado en el periódico *El Liberal*, de Madrid, febrero de 1918, recogido en la recopilación de Maluquer y Salvador, J.: *Una campaña en pro del Seguro y de la Previsión Popular (publicaciones y trabajos de don José Maluquer y Salvador)*, vol.I, cit., pág. 290. La idea de política de contención social se vislumbra igualmente en González Rebollar, H.: *La Ley de accidentes del trabajo*, Salamanca, Imprenta de Calón, 1908, pág.24, donde señala que la legislación protectora ha logrado que desaparezcan los caracteres de lucha en medio de los que se producían las reivindicaciones del proletariado; ha hecho innecesaria la continuación de aquella propaganda que, en nombre de las clases desheredadas, venían haciendo las más “*disolventes teorías*”.

²⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

²⁷ Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, y un largo etcétera. Véase GIL CREMADES, J.L.: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1969; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

²⁸ Para una revisión completa al respecto en la larga duración, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010.

²⁹ Puede destacarse desde luego –como se viene señalando aquí– dentro del campo socialista las figuras señeras de Ricardo Ayuelos (se vencería después hacia el corporativismo social, manteniendo su incorporación al INP) y Rafael García Ormaechea (que colaboraría muchos después con la dictadura de Primo de Rivera, aunque sin abandonar sus inquietudes y preocupaciones de mejora de la situación de las clases trabajadoras y sin romper (...))

vínculos de amistad con destacados dirigentes del socialismo moderado; mantuvo su vinculación al INP, y asumió cargo importantes: vocal de la comisión asesora del gobierno y de la representación española en la Organización Internacional del Trabajo, vocal del Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario por el Ministro de Trabajo del gobierno de Primo de Rivera, Eduardo Aunós y durante el gobierno Berenguer, la Dirección General de Montes, la de minas y Combustibles, la Presidencia del Consejo Superior Ferroviario y la Dirección General de Administración; durante la República mantuvo buenas relaciones con su amigo Largo Caballero y otros socialistas moderados, pero su apoyo a la Dictadura de Primo de Rivera fue aducido para ser perseguido en la Zona republicana, pasando al banco franquista en mayo de 1937, fue reintegrado en el cargo de letrado asesor del INP y en el puesto de vocal en el Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario. Murió en Santander el 21 de noviembre de 1938). Ellos se implicaron intensamente en la actividad del Instituto de Reformas Sociales y del Instituto Nacional de previsión. Ambos habían sido abogados y profundos conocedores de la legislación social, militando originariamente en las filas del PSOE. La producción de ambos autores es de grandísima calidad. En el caso de Ricardo Oyuelos, partiendo también de las experiencias de Derecho comparado. Paradigmáticamente, y aparte de los trabajos que se citarán después, véase OYUELOS, R.: “Derecho internacional pactado sobre cuestiones obreras”, en *Anales del INP*, núm.9 (1911), págs.163 a 169. Por su parte, respecto de Rafael García Ormaechea basta tomar nota de las siguientes obras: “Tomás Munzer (notas del primer movimiento anabaptista)”, en *La Nueva Era. Revista de Estudios Sociales*, núm. 11, Madrid, Año segundo, 1 de septiembre de 1902, págs.321 a 327; “Proyectos de reforma en el derecho civil”, en *La Nueva Era. Revista de Estudios Sociales*, núm.13, Madrid, Año segundo, 1 de octubre de 1902, págs.385 a 393; “Introducción” y “Notas del traductor” al libro de Proudhon.J.: *¿Qué es la propiedad?*, Madrid, Editorial Las Leyes, 1902; “Notas complementarias”, al libro de Marx, C. y Engels, F.: *El Manifiesto Comunista*, Madrid, Editorial Internacional, 1906; “Retiros obreros. Apuntes para la preparación de Tratados internacionales”, en *Anales INP*, núm.8 (1911), págs.86 a 98; “La ley de contrato de trabajo en relación con los seguros sociales”, en *Anales INP*, núm.93 (1931); “La enfermedad profesional”, en *Anales INP*, núm.102 (1933), págs.181 a 191; “Divulgación: Calificación de la incapacidad permanente”, en *Anales INP*, núm.102 (1933), págs.350 a 352; “El accidente de trabajo y la enfermedad profesional”, en *Anales INP*, núm.106(1933), págs.761 a 790; “La incapacidad permanente por accidente de trabajo”, en *Anales INP*, núm.110 (1934), págs.360 a 408; “La legislación de accidentes del trabajo en la República Argentina en relación con la española”, en *Anales INP*, núm.116 (1934), págs. 1105 a 1140; “La legislación de accidentes de trabajo en Bolivia en relación con la española”, en *Anales INP*, núm.119 (1935), págs.5 a 19; (en colaboración con Hernández Pacheco, D.) “Las enfermedades profesionales: Fosforismo”, en *Anales INP*, núm.119 (1935), págs.133 a 141; “La legislación de accidentes de trabajo en Colombia en relación con la española”, en *Anales INP*, núm.123 (1935), 463 a 467; “Patronatos de Previsión y jurisdicción especial de Previsión”, en *Anales INP*, núm.128 (1935), págs.1037 a 1044 y *Anales INP*, núm.127 (1935), págs.929 a 938; *Jurisprudencia del Código Civil (1889-1926)*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de Julio Cosano, 1928; “Una behetría de ‘allende’ el Duero”, Separata de la revista *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1930; *Supervivencias feudales en España. Estudio de legislación y jurisprudencia sobre señorías*, Madrid, Editorial Reus, 1932 (reedición, Pamplona, Urgoiti Editores, 2002); *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1933; *Responsabilidad subsidiaria de los propietarios de locales donde se celebren espectáculos públicos, por las cuotas que las empresas de espectáculos deben abonar por los seguros sociales a sus asalariados*, Madrid, 1933; *La enfermedad profesional*, Madrid, Publicaciones del INP, 1933; *La incapacidad permanente por accidente de trabajo*, Madrid, Publicaciones del INP, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1934; *Patronatos de Previsión social y jurisdicción especial de Previsión*, Madrid, Publicaciones del INP, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1935; *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo (1902-1934)*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1935. Hay que tener en cuenta que García Ormaechea formó parte del grupo de miembros del Colegio de Abogados de Madrid autodenominado “Quintus Mucius Scaevola”. El grupo lo formaban tres miembros del Colegio de Abogados de Madrid: Ricardo Oyuelos, Pedro Apalategui y Rafael García Ormaechea. Los tres profesaban ideologías sociales y podrían ser adscritos a la corriente plural del socialismo jurídico. Pretendían la renovación en sentido social del Derecho, especialmente del Derecho civil, aunque perseguían más ampliamente la creación de un nuevo Derecho Social (del Trabajo y de la Seguridad Social).

Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 21 y sigs. Puede consultarse al respecto, Monereo Pérez, J.L.: “Reformismo social y socialismo jurídico en España”, Estudio preliminar a Menger, A.: *El derecho civil y los pobres*, Granada, Ed.Comares, 1998; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, y del mismo en colaboración con Calvo González, J.: “De cuánto en la memoria durmiente... Ricardo Oyuelos: del socialismo jurídico a la utopía social corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 125. Julio- (...)

era, en el fondo, cómo conciliar el bienestar de los miembros de la sociedad (bienestar público) con la consolidación y acrecentamiento del poder del Estado. No se trata de una ruptura final con el Sistema establecido, sino de la aparición cualitativa de *nuevas reglas de juego*. El derecho a la protección económica aparece naturalmente como una prolongación de los derechos civiles, en la misma dirección que marcara el art.21 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano (“Los socorros públicos son un deber sagrado. La sociedad debe la subsistencia a sus ciudadanos menos afortunados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando medios de existencia a quienes no tienen edad para trabajar”). Se pensaba, con optimismo nada oculto (inherencia a la idea de progreso compartida), que el avance de la previsión social crearía el ambiente de seguridad propicio para el desarrollo cualitativo del sistema social en su conjunto. Con todo el sistema protector asumiría la doble funcionalidad de contención social (evitando una desestabilización del orden establecido) y de promoción a través de la cobertura de las necesidades sociales legalmente socializadas; liberación que permitiría una participación más activa de los ciudadanos en el desarrollo de una sociedad democrática.

Las llamadas “leyes sociales” (incluidas las leyes aseguradoras, de accidentes de trabajo, de vejez o retiro obrero, de maternidad, etc.) permiten traer a la esfera del Derecho a los trabajadores; pero es ya un Derecho “reformado”, “transformado” en un sentido más social³⁰. Esta idea-fuerza de una reforma social progresiva y no antagónica con el modo de producción del capitalismo está en la base de la creación y dinámica de la Comisión de Reformas Sociales (CRS; 1883-1903), primero, y después con el Instituto de Reformas Sociales (IRS; 1903-1924) y en la Sección Española de la Asociación para la Protección Legal de los Trabajadores (1906)³¹, siendo de significar que la implicación de las

Septiembre (2004), págs. 349-372; y “Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social Corporativa”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 121 (2004). También puede resultar significativa la trayectoria intelectual del socialista Juan José Morato (1864-1939), que en el marco de la defensa de un socialismo democrático fue partidario de las reformas sociales posibilistas, aun manteniendo un siempre posición crítica. Sin embargo, su aceptación de un cargo en el Ministerio de Agricultura, Industria y Obras Públicas será aducido como causa de expulsión del PSOE en 1904, y a pesar de que meses después varios afiliados del mismo partido ocuparon empleos en el Instituto de Reformas sociales. Cfr. Morato, J.J.: “Los redentores del obrero”, *La Libertad*, 10-II-1929. Sobre el pensamiento y la trayectoria política de Morato se dispone de un estudio reciente, Castillo, S.: *Trabajadores, ciudadanía y reforma social en España: Juan José Morato (1864-1939)*, Madrid, Siglo XXI-Fundación Largo Caballero, 2005.

³⁰ Karl Marx había apreciado la naturaleza funcionalmente compleja de las leyes sociales, las “leyes de fábrica”, al señalar que eran tanto el resultado de la presión de la clase obrera en el marco de la “guerra civil larga” entre la clase capitalista y los trabajadores, como de la pretensión de de las clases dirigentes de realizar concesiones calculadas para integrar a los trabajadores dentro orden establecido el capitalismo. Véase Marx, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, 8 tomos, trad. Pedro Scaron, Madrid, Siglo XXI, 1975-1981. Un autor tan lúcido como Dicey había llegado a planteamientos análogos constatando la emergencia de direcciones colectivas contrapuesta al fracasado individualismo liberal. Véase DICEY, A.V.: *Lecciones sobre la relación entre derecho y opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, Est.preliminar de Manuel Salguero, Granada, Ed.Comares, Colección Crítica del Derecho, 2007, Lecciones VII a IX inclusive.

³¹ Por otra parte, realizó varias publicaciones en la Sección Española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Así, sin pretensión de exhaustividad: Número 3.-Maluquer y Salvador (José). *Seguros obreros*; y Número 21. Maluquer y Salvador, J.: *Notas sobre el seguro obrero internacional*. Pero, significativamente, en esas publicaciones predominaba la corriente del catolicismo social (con Sangro y Ros de Olano; Vizconde de Eza, Eduardo Dato, López Nuñez, Jordana de Pozas, aunque también otras corrientes como el krausismo evolucionado hacia el liberalismo social (Adolfo Posada), socialismo jurídico (Adolfo A.Buylla, entre liberalismo social y socialista jurídico, Ricardo Oyuelos), etcétera. La Sección España fue constituida oficialmente (...)

personalidades (Moret, Azcárate, Posada, Buylla, Salillas, Morote, Maluquer, Marvá, Sangro, Aznar, López Nuñez, etc.) representativas de las grandes corrientes reformistas (krausismo institucionista, catolicismo social, solidarismo y socialismo jurídico). Dirección institucionista que culmina con la constitución del Instituto Nacional de Previsión (1908-1978), el gran protagonista institucional del desarrollo de la Seguridad Social en España³². El IRS se convertirá en una instancia mediadora en los conflictos sociales, y en un organismo público de diálogo y concertación social. El efecto integrador se producía no sólo por la seguridad y paz social³³ que proporcionaban las garantías sociales, sino también porque, en particular, el establecimiento de un régimen público o legal de seguros sociales permitía contrarrestar la proliferación³⁴ de Mutualidades de trabajadores, como sociedades de autoprotección social (previsión colectiva), cuando no de auténticas sociedades de resistencia. *Lo que corresponde realizar es una nueva constitución del trabajo: la*

en Madrid el 28 de enero de 1907. A la altura de 1916 su cuadro directivo era el siguiente: Presidente: Excmo Sr. D. Eduardo Dato.- Vicepresidente: D. Adolfo A. Buylla.- Secretario: Sr. D. Pedro Sangro y Ros de Olano.- Vicesecretario: Sr.D. Miguel Figueras.- *Tesorero: Sr. D. Ricardo Oyuelos.* Consejo Directivo formado por: Sres. D.Gumersindo de Azcárate, D.José M.de Bayo, D. Adolfo A.Buylla, D.Salvador Crespo, D.Eduardo Dato, Vizconde de Eza, D.Miguel Figueras, D.Alvaro López Nuñez, *D. José Malquer y Salvador*, D.José Marvá y Mayer, D.J.Francisco Morán, D. Ricardo Oyuelos, D.Leopoldo Palacios, D. Adolfo Posada (en representación del Grupo Regional catalán), D.Mateo Puyol Lalaguna y D.Pedro Sangro y Ros de Olano. Grupo Regional Catalán (constituido, a su vez, en julio de 1911). Presidente: D.Francisco de A.Bartrina.-Vicepresidente: D. Francisco Layret.-Secretarios: D. Ramón Moguer y Comet y D.José M. Tallada.-Tesorero: D.Miguel Sastre y Sanna.-Vocales: D. Santiago Valentí Camp, D. Ramón Albó y Martí, D.Gabriel Borrel y D. José Ruiz Castellá). La Sección proclamaba que se finalidad es proponer la cooperación a la obra de la Asociación Internacional., y particularmente tiene por objeto facilitar los progresos y la aplicación de la legislación protectora del trabajo en España. Para cumplir sus fines, procura: Estimular a la opinión pública en favor de la legislación del trabajo por medio de conferencias, publicaciones, etc.; fortalecer la autoridad moral de la Inspección del Trabajo, ayudando a los funcionarios en el cumplimiento de su misión; informa a los que lo soliciten (obreros, patronos, Asociaciones profesionales, etc.) sobre la citada legislación, creando Consultorios jurídicos; estudiar las reformas y proyectos de que es susceptible la legislación del trabajo, y proponer y apoyar cerca de los Poderes públicos las modificaciones legislativas de utilidad demostrada; la creación de grupos regionales o locales, con el fin de hacer más eficaz la acción de la Sección en todo el país.

³² Véase el conjunto de las aportaciones recogidas en VV.AA.: *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del INP*, Tortuero Plaza, J.L. (Dir.-Coord.), Madrid, MTAS/INP, 2007.

³³ Para esta idea Dato, E.: "Prólogo" a la obra de Fernández Jiménez, M.: *El problema obrero y los partidos españoles (Estudio de política contemporánea)*, Granada, 1904. Dorado Montero hará notar que toda amenaza de ataque que se conjura es una ganancia para el orden vigente, siendo la tarea del nuevo Derecho integrador la de ganar para nuestra causa y nuestra banda al que tiene su voluntad encaminada en otra dirección. Cfr. Dorado Montero, P.: "Comentario a la obra de Camilo Cavagnari, "Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni popolari" (Milán, 1891), en *Revista de Derecho y Sociología*, vol.I, 15 de enero de 1895, pág.135. Sobre el pensamiento y aportación de Eduardo Dato Iradier, véase García Venero, M.: *Eduardo Dato. Vida y sacrificio de un Gobernante conservador*, Vitoria, Diputación Foral de Alava, 1969; y García-Moncó, A. y Del Valle, J.M. (Coords.): *Eduardo Dato Iradier. Presidente del Consejo de Ministro de España, 1913. "La reforma social"*, Madrid, Ed. Cinca, 2014.

³⁴ Sobre esa proliferación y tendencia al incremento, véase López Nuñez, Á.: *El seguro obrero en España*, Madrid, 1908; *Lecciones elementales de previsión*, Madrid, 1913. Esas ideas se filtran en el discurso del reformismo católico-social, como puede apreciarse, por ejemplo, Hinojosa, J.De.: "Sobre el Instituto Nacional de Previsión", en *La Paz Social*, vol. II, ,núm.15 de mayo de 1908, págs.228 y sigs., y en el criterio sustentado en las Cortes por la Liga Católica de Zaragoza (1904), "Vivero de Socialistas", en *La Paz Social*, núm.16, junio de 1908, pág.288 (el "vivero de socialistas" no eran sino las mutualidades de previsión colectiva de los trabajadores). Para un estudio de las Sociedad de Socorros Mutuos y su funcionalidad social, véase Castillo, S.(ed.): *Solidaridad desde abajo. Trabajadores y Socorros Mutuos en la España Contemporánea*, Madrid, UGT Centro de Estudios Históricos, 1994.

*constitución jurídico-social del trabajo, conformadora de un estatuto tutelar (y por consiguiente externo) de las clases trabajadoras*³⁵.

La dinámica histórica pone de manifiesto la complejidad de motivos subyacentes a la extensión de los mecanismos de previsión social. En general obedece a la puesta en práctica de políticas de *integración social, cuando no de carácter estrictamente defensivo del orden establecido; es decir, como “políticas de contención social”*³⁶. En la mayoría de los países la socialización de la cobertura de los riesgos sociales no estuvieron presididos tanto por sentimientos de solidaridad (que también los hubo sin duda en instituciones y personas³⁷) como es el caso paradigmático de la Alemania de Bismarck, cuya política de Seguridad Social no ocultaba una finalidad típicamente reaccionaria y conservadora. Se aducía que un mínimo de redistribución de ingresos en la forma de pensiones, seguro de accidentes, seguro de enfermedad para los trabajadores asalariados podría quitar la “hierva de los pies” a la socialdemocracia, cuyo crecimiento era imparable especialmente desde que se apostó por seguir las reglas del juego democrático-parlamentario con propuestas reformistas (el llamado “programa mínimo”), evitando que una vez que accedieran al poder político llevarán a cabo programas más ambiciosos de transformación y protección social. En ese enfoque la reforma social se oponía a la idea de cambio social cualitativo en el orden establecido. No obstante, más allá de sus inicios la política de Seguridad Social se ha mostrado más compleja y contradictoria tanto en sus principios como en su fundamento. Entre otras cosas cabe decir que ha contribuido a civilizar las relaciones sociales y a atenuar los efectos de la desigualdad social y de la incerteza en la vida humana. Supuso un avance en la construcción de la ciudadanía integral, en la que el estatus de ciudadanía (en sus tres dimensiones, civil, política y social) remite a la condición de miembro de pleno derecho de la comunidad política de pertenencia. Para él los derechos sociales suponen una igualdad de posiciones sociales compensatoria de las disparidades de ingresos y de las desigualdades de clase³⁸.

La posición reformista se sumaba a la presencia en el nuevo organismo INP de relevantes figuras de la época (José Maluquer y Salvador, Eduardo Dato, señaladamente, y después Severino Aznar, Rafael García Ormaechea –Madrid 19.II.1876/21.XI.1938–³⁹,

³⁵ Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed.Trotta, 1999, especialmente, págs.100 y sigs., y 206 y sigs.

³⁶ Esto es especialmente notorio, aunque no exclusivo (porque en cierta medida la misma idea de reforma social se oponía a la realización de transformaciones cualitativas), de los políticos reformistas de la Restauración, como Cánovas del Castillo. No tenía dudas sobre la legitimidad de la intervención estatal y el deber de hacerlo para garantizar el orden y la cohesión social. Véanse sus discursos, Cánovas del Castillo, A.: *Obras de D. Antonio Cánovas del Castillo. Problemas contemporáneos*, Tomos I y II, Madrid, Imprenta de A. Pérez Dubrull, 1884.

³⁷ Como es el caso, en términos generales de ciertas actuaciones de los Institutos de Reforma Social y Nacional de Previsión. Y en ese marco institucional de personalidades tan emblemáticas como Azcárate, Buylla, Posada, Ricardo Oyuelos, Severino Aznar, Sangro y Ros de Olano, etcétera.

³⁸ Véase Marshall, T.H.: “Citizenship and Class”, en *Class, Citizenship and social Development*, Chicago, 1963 (trad. en Marshall, T. H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza editorial, 1998); Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

³⁹ Fue un prestigioso Abogado. Realizó sus estudios de primera enseñanza en Madrid y completó el bachillerato interno en un colegio de Málaga a consecuencia del fallecimiento de su padre. Gracias a la ayuda económica de su abuelo paterno pudo estudiar derecho en la Universidad Central de Madrid, donde se licenció en 1897. Profesionally trabajó en el bufete de Eduardo Dato –con quien trabó profunda amistad y colaboró también en el de Ángel Ossorio y Gallardo. Como miembro del equipo denominado «Qintus Mucius Scaevola» (seudónimo colectivo que agrupaba a Ricardo Oyuelos, Pedro Apalategui y Rafael García Ormaechea) publicó, entre 1896 y (...)

Ricardo Oyuelos, etcétera), con predominio de los krausistas liberales (Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, José Manuel Piernas Hurtado, Salillas, Moret, Santamaría, y de modo destacado Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla. Todos ellos acometieron una crítica al orden sociopolítico liberal individualista), que se oponían a la concepción liberal individualista de reducir las funciones esenciales del Estado a la garantía de la seguridad interior y exterior. De todos ellos, Maluquer y Salvador sería el que ocuparía un lugar más destacado, asumiendo la máxima responsabilidad en el diseño y en la programación de las actividades del INP. A ese papel extraordinario contribuían dos factores: por un lado, su formación jurídica (Licenciado en Derecho) y actuarial; y, por otro, su talante de hombre conciliador y por ello mismo capaz de armonizar las posiciones divergentes que existían sobre el modelo de seguro social en España.

Ricardo Oyuelos Pérez, que asumiría también un papel destacado en las tareas de creación de las leyes laborales y de la construcción de los seguros sociales (señaladamente, en lo concerniente a los accidentes de trabajo y del paro forzoso y su aseguramiento), se había ocupado desde hacía tiempo de las cuestiones sociales y estaba en contacto con los

1907 las obras, Jurisprudencia Civil (12 volúmenes) y los comentarios al Código Civil (tomos 12 a 24). Fue militante del PSOE entre 1903 y 1909. Ingresó en la AS de Madrid el 1 de agosto de 1903. En 1904 y 1908 fue elegido vocal obrero por la «Agricultura» en el Instituto de Reformas Sociales. Tras el VII Congreso del PSOE en 1905 fue designado vocal del Comité Nacional de PSOE, puesto para el que volvió a ser elegido tras el VIII Congreso en 1908. En las elecciones municipales de 1905 fue elegido concejal del ayuntamiento de Madrid junto a Pablo Iglesias y Francisco Largo Caballero. Fue candidato del PSOE en las elecciones generales de 1905 por El Barco de Valdeorras y Biobra (Orense) y en las de 1907 por Zazuar (Burgos) y Boadilla de Ríoseco (Palencia). Ese mismo año acudió, como miembro de la delegación española encabezada por Pablo Iglesias, al VII Congreso de la Internacional Socialista en Stuttgart. Durante estos años realizó una importante labor de traducción. En 1903 tradujo ¿Qué es la propiedad?, de P.J. Proudhon; en 1904 El socialismo y las objeciones más comunes de A. Zerboglio y en 1906 el Manifiesto Comunista de C. Marx y F. Engels con la incorporación de unas importantes «Notas complementarias». Cuando en 1908 se creó el Instituto Nacional de Previsión, fue nombrado letrado asesor del mismo. Consultó su nombramiento con el Comité Nacional de PSOE y éste entendió que no debía aceptar el cargo, a lo que contestó que era abogado y que tenía necesidad de trabajar para vivir por lo que se veía obligado a abandonar el PSOE. Fue dado de baja en la AS de Madrid en mayo de 1909. Dejó el PSOE pero siempre estuvo a disposición de organizaciones socialistas para cuanto pudo serles útil. Ligado a Eduardo Dato, de quien llegó a ser secretario personal o político, fue a partir de entonces un cualificado técnico asesor del Gobierno en políticas sociales. Después del asesinato de Dato en marzo de 1921 y con la implantación de la Dictadura de Primo de Rivera ocupó importantes cargos en la administración del Estado. En 1929 fue nombrado vocal del Tribunal Arbitral del Seguro Ferroviario y en 1930, en el Gobierno del General Berenguer, fue Director General de Montes, Minas y Combustibles; Presidente del Consejo Superior Ferroviario y Director General de Administración en el Ministerio de Gobernación. Al proclamarse la Segunda República conservó el puesto de letrado asesor del Instituto Nacional de Previsión, por el que fue vocal en el Patronato de Política Social Inmobiliaria del Estado, y se dedicó a los estudios sobre legislación, jurisprudencia y previsión social. De estos años son sus principales obras: Supervivencias feudales en España: estudio de legislación y jurisprudencia sobre señoríos (1932); La incapacidad permanente por accidentes de trabajo (1934) y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre accidentes del trabajo 1902-1934 (1935). Al comenzar la guerra civil fue cesado de su puesto en el INP y saqueado su domicilio por lo que el 10 de agosto de 1936 se refugió en una embajada en Madrid. Allí permaneció hasta mayo de 1937 que pudo salir en dirección a Francia. Desde allí se trasladó a la zona franquista donde se le reintegró a su cargo de letrado asesor del INP. Falleció en Santander el 21 de noviembre de 1938. Fuente: Fundación Pablo Iglesias. Sobre su pensamiento, véase Ruiz Torres, P.: “Rafael García Ormaechea y la política de Reforma Social en el primer tercio del siglo XX”, Introducción a la reedición de la obra de García Ormaechea, R.: *Supervivencias feudales en España: estudio de legislación y jurisprudencia sobre señoríos*, Pamplona, Urgoiti Editores, 2003; *id.*: “Rafael García Ormaechea, el problema social y la reforma jurídica en la España del principio del siglo XX”, en Davis, J.C. y Burdiel, I. (eds.): *El otro, El mismo. Biografía y autobiografía en Europea (siglos XVII-XX)*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2005.

teóricos socialistas (entre ellos Miguel de Unamuno). En una de las Cartas le escribía invitándolo a sumarse a la creación de una Revista denominada “*Ciencias Sociales*” (que después tendría una importante proyección en el tratamiento de las reformas sociales), “en la que han de estudiarse todas las ideas y los hechos comprendidos dentro de tal concepto, con el criterio más amplio y libre, en lo político, económico, societario, jurídico y cooperativo” (Carta fechada en Madrid el 8 de enero de 1905)⁴⁰.

La evolución de Ricardo Oyuelos refleja, paradigmáticamente, la tensión que en el socialismo español se había producido entre los intelectuales y los líderes del movimiento socialista. Entre finales del siglo diecinueve y principios del siglo veinte se produce una aproximación entre los intelectuales iussocialistas y el partido socialista, pero progresivamente durante el transcurso del siglo veinte las tensiones se agudizan. Muchos de ellos se ven influidos cada vez más por las corrientes revisionistas bernstenianas que en la década de los noventa van llegando a España y que encuentran en la práctica una gran influencia en el grupo de intelectuales vinculados al proceso de reforma sociales (señaladamente, la Comisión de Reformas Sociales y el Instituto Nacional de Previsión); pero con tensiones respecto de los grupos más refractarios a la reforma social dentro del propio movimiento socialista⁴¹. Ricardo Oyuelos se encontraría entre los intelectuales socialistas que optaron por la vía de la reforma social en el marco de un proceso de transformación pacífica desde dentro del sistema social establecido, a modo de una revolución pacífica y “jurídico-social”. En esa lógica pudo continuar su particular implicación en la reforma social en el marco de una dictadura “tutelar” de connotaciones “regeneracionistas”, “corporativistas” y “antiliberales” como fue la Dictadura de Primo de Rivera, que también obedecía una cierta inclinación de la época de finales del primer tercio del siglo veinte⁴².

Este movimiento de ideas expresa una significativa coincidencia en los esfuerzos orientados a la renovación del derecho privado con base en un proceso de *integración*, por tanto sin ceder a tentaciones ideológico-jurídicas rupturistas y a la fractura político-social, de los principios de cooperación y defensa de valores e intereses tendencialmente universalizables, esto es, de la idea social de Derecho (o Derecho social), con los dogmáticamente característicos de la idea individual de Derecho (o Derecho liberal), esto es, principios de autonomía y libertad contractual. Lo que Oyuelos postulaba era, así, una reforma reorientadora del Derecho civil en sentido social, presidida por la “idea social” (en contraposición con la “idea individual” predominante en los códigos de Derecho privado de

⁴⁰ Se conservan un total de tres cartas de Ricardo Oyuelos dirigidas a Miguel de Unamuno. Están recogidas en GÓMEZ MOLLEDA, D.: *El socialismo español y los intelectuales. Cartas de Líderes del Movimiento Obrero a Miguel de Unamuno*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1980, págs. 275-276.

⁴¹ GÓMEZ MOLLEDA, D.: *El socialismo español y los intelectuales*, cit., págs.63 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y Las Premisas Del Socialismo Reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012. El propio Bernstein, E.: *El socialismo evolucionista*, edición y estudio preliminar, «Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.

⁴² Véase HUGUES, H.S.: *Conciencia y sociedad. La reorientación del pensamiento social europeo, 1890-1930*, Madrid, Ed. Aguilar, 1972; Burrton, J.W.: *La crisis de la razón. El pensamiento europeo, 1848-1914*, Barcelona, Ed. Crítica, 2001.

la época)⁴³, dirigida a la protección de las clases más desfavorecidas. O lo que es igual, nuestro autor venía así a sintonizar con la estrategia político-social reformista y el arco doctrinal del movimiento del “socialismo jurídico”, cuya trayectoria describe en su recepción española una trayectoria bien nítida, de Anton Menger (1841-1906)⁴⁴ a Francesco Cosentini (1870-1946)⁴⁵, con un cualificado precedente en numerosos aspectos iusocialistas representado por Enrico Cimbali (1855-1887)⁴⁶. Desde esta sensibilidad, y de ese modo con merecida adscripción en esa plural corriente doctrinal conocida como “socialismo jurídico”⁴⁷, Oyuelos será diligente en la observación y seguimiento de las coyunturas de la producción normativa que en los años posteriores introducen valiosas reformas de política legislativa, y tenaz y firme en la ocupación divulgadora emprendida desde la ‘Biblioteca Scaevola’⁴⁸.

Es significativo que en esa misma colección editorial crearía Oyuelos la sección “Cuerpo de Derecho español. Periódico/Revista”, cuyo primer número será el importante repertorio legislativo presentado como *Accidentes de Trabajo: estudio de la ley, reglamento, disposiciones reglamentarias y jurisprudencia* (1902, y 1906)⁴⁹, más tarde ampliado a *Tribunales industriales* (1917)⁵⁰, acogiendo luego igualmente su monumental comentario al Código civil, que tituló *Digesto: principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los códigos americanos y portugueses* (1917-1932)⁵¹, obra

⁴³ Véase SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual. II. La idea social*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946 y 1950, respectivamente; *id.*: *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), en *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, ed. póstuma de P. Ungari, Milano, 1980.

⁴⁴ MENDER, A.: *El derecho civil y los pobres* (1889), trad. de Pedro Dorado Montero, Pról. de Adolfo González Posada (“El Derecho y la cuestión social”, pp. 5-67), Lib. General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898. Existe reed. reciente con Estudio prel. de Gumsiendo de Azcárate, Pról. de Edmond Picard e Introducción de Giuseppe Salvioli, Francisco Beltrán Lib. Española y Extranjera, Madrid, 1921. Asimismo Francesco Cosentini, “Socialismo jurídico”, en *Crítica Social*, XVI (1906), pp. 76-78, 106-108, 119-122 y 136-138. Vid. también Mario Orlando, “Francesco Cosentini. Un contributo alla storia del ‘socialismo jurídico’”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII (1977), pp. 37-64.

⁴⁵ Véase COSENTINI, F.: *La reforma de la legislación civil y el proletariado* (1911), ver. de Alberto Aguilera y Arjona, con Estudio prel. de Gumsiendo de Azcárate, Pról. de Edmond Picard e Introducción de Giuseppe Salvioli, Francisco Beltrán Lib. Española y Extranjera, Madrid, 1921. Asimismo Francesco Cosentini, “Socialismo jurídico”, en *Crítica Social*, XVI (1906), pp. 76-78, 106-108, 119-122 y 136-138. Vid. también Mario Orlando, “Francesco Cosentini. Un contributo alla storia del ‘socialismo jurídico’”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII (1977), pp. 37-64.

⁴⁶ CIMBALI, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. F.E. García y Prólogo de F. Sánchez Román, Madrid, Tip. Suc. de Rivadeneyra, 1893.

⁴⁷ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España”, *id.*: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

⁴⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “De cuánto en la memoria durmiente... Ricardo Oyuelos: del socialismo jurídico a la utopía social corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 125. Julio-Septiembre (2004), págs. 349-372.

⁴⁹ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Accidentes de Trabajo: estudio de la ley, reglamento, disposiciones reglamentarias y jurisprudencia*, Imp. Legislación Española, Madrid, 1902 (Col. Biblioteca Scaevola. Sección jurídica, 1). Como 2ª ed. *Tratado de Legislación y Jurisprudencia de Accidentes de trabajo*, Imp. Ricardo Rojas, Madrid, 1906.

⁵⁰ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Accidentes de trabajo y Tribunales industriales: jurisprudencia*, Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1917 (Biblioteca Scaevola. Col. Cuerpo del Derecho Español). Cuestión social que suscitó un gran interés desde la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo en 1900, en régimen de libertad subsidiada. Véase Ossorio y Gallardo, Á.: *Accidentes de trabajo*, Madrid, Imp. de Ricardo Rojas, 1902; y ya bajo la vigencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922, Zarandieta y Mirabent, E.: *El Espíritu de la jurisprudencia en los accidentes del trabajo*, Madrid, Ruiz Hermanos, Editores, 1928.

⁵¹ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Digesto: principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los códigos americanos y portugueses*, Sob. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid. Vols. I-VII, 1917-1932 (Biblioteca Scaevola. Col. Cuerpo del Derecho Español). La distribución interna de contenidos es (...)

rigurosa, en la que se procede a un análisis sistemático de los preceptos del Código civil vigente, abundando en el Derecho vivo judicial y utilizando una metodología orientada a la práctica, con reflejo de un alto dominio del material normativo y de la mejor doctrina jurídica del momento. A su fondo habrían de añadirse también, con similar tratamiento, ediciones como *Código penal. Actualización: doctrina y jurisprudencia* (1907)⁵² y *Código procesal criminal (Ley del Jurado. Ley de Enjuiciamiento Criminal)* (1908)⁵³.

Respecto a las más específicas preocupaciones jurídico-sociales han de mencionarse también trabajos como *El aprendizaje en España bajo el punto de vista profesional* (1912)⁵⁴. Asimismo, la redacción con Francisco González Rojas de *Estudio preparatorio de un anteproyecto de ley para la organización de Bolsas de trabajo y Seguro contra el paro forzoso* (1914)⁵⁵. Interés temático reiterado en *El problema del paro involuntario: proyecto de Caja Nacional del paro forzoso* (1917)⁵⁶, y *El seguro social de paro forzoso* (1919)⁵⁷.

como sigue: Vol I (arts. 1 a 332), Vol. II (art. 333 a 608), vol. III (arts. 609 a 805), Vol. IV (arts. 806 a 1087), vol. V (arts. 1088 a 1314), vol. VI (arts. 1315 a 1603), vol. VII (art. 1604 a 1976, Disposiciones Finales, disposiciones Transitorias) Con posterioridad sería publicado un VIIIº vol., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942, cuyo contenido aborda la actualización jurisprudencial en el período 1916-1930 referente a los arts. 1 a 608, ocupando el índice bibliográfico las pp. 561-574.

⁵² OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Código penal. Actualización: doctrina y jurisprudencia*, Sob. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1907 (Biblioteca Scaevola. Col. Cuerpo del Derecho Español).

⁵³ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Código procesal criminal (Ley del Jurado. Ley de enjuiciamiento criminal)*, Sob. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1908 (Biblioteca Scaevola. Col. Cuerpo del Derecho Español).

⁵⁴ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *El aprendizaje en España bajo el punto de vista profesional*, Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1912, [tirada aparte de *España Social*, 15 (1912)].

⁵⁵ GONZÁLEZ ROJAS, F.- OYUELOS Y PÉREZ, R.: *Estudio preparatorio de un anteproyecto de ley para la organización de Bolsas de trabajo y Seguro contra el paro forzoso*, Instituto de Reformas Sociales [en adelante IRS] (Instituto Nacional de Previsión [en adelante INP]), Madrid, 1914. Estudio fundamental para la consideración de las distintas iniciativas adoptadas antes del efectivo aseguramiento público general.

⁵⁶ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *El problema del paro involuntario: proyecto de Caja Nacional del paro forzoso*, Sob. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1917. Oyuelos constataba las dificultades de implantar un sistema obligatorio de paro forzoso y consideraba que debería avanzarse gradualmente hacia un sistema de aseguramiento público que consideraba que planteaba muchas dificultades de financiación. Esta problemática la había suscitado ya anteriormente en su libro publicado junto con González en 1914.

⁵⁷ OYUELOS Y PÉREZ, R.: *El seguro social de paro forzoso*, conferencia dada por el Ilmo. Sr. D.... en nuestro domicilio social [Asociación de Agricultores de España] el día 9 de abril de 1919), Sob. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1919. El interés por el aseguramiento social del paro forzoso era recurrente por la gravedad del problema subyacente y su actualidad. Así proliferaron estudios sobre el tema. También desde el socialismo jurídico singular de Buylá, A.: *La protección del obrero. Acción social y acción política*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910. Paradigmáticamente, González Posada, C.: *El problema del paro en España*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1924. Eza, Luis de Marichalar y Monreal, vizconde de: *El problema del paro forzoso*, Publicaciones de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Sección Española, núm. 14, 1910; *El seguro social en aplicación a la falta de trabajo. Conferencia en la Unión Patronal de las Artes del Libro el 19 de diciembre de 1912*, Madrid, Imprenta alemana, 1913; y *La previsión como remedio a la falta de trabajo. Conferencia dada en la Casa del Pueblo de Madrid el día 15 de febrero de 1913*, Madrid, Imprenta Bernardo Rodríguez, 1914. La magnitud del problema era estudiada institucionalmente: INP: *Conferencia de seguros sociales celebrada en Madrid en los días 24 a 31 de octubre de 1917*, Madrid, Publicaciones del INP, 1917; *Previsión contra el paro forzoso: antecedentes*, Madrid, Publicaciones del INP, 1928; y *Previsión contra el paro forzoso. Legislación extranjera*, Madrid, Publicaciones del INP, 1928. En general, como ocurrió con otros seguros obligatorios (incluido señaladamente el seguro de accidentes de trabajo), el seguro de paro contó con una fuerte oposición de sectores conservadores y empresarios de la industria y del campo que se oponía a la cotización obligatoria. Esta oposición determinó en gran medida que los reformadores sociales, como Oyuelos, propusieran el camino transitorio del seguro voluntario al seguro obligatorio en la industria y en la agricultura. En este sentido la (...)

Es harto significativa la dirección seguida en estos últimos trabajos. El acento sobre las facetas de formación, bolsistas y prestacionales o de socorro (derecho social protector de los trabajadores) deja descubierto una praxis y concepción funcionalista del Derecho (instituciones jurídico-burguesas) y el orden socio-económico (capitalista-industrial) existentes. Desde luego, se puede ser profundamente crítico con esta opción, aunque no hasta el punto de censurarla como una connivencia perversa. De hecho, cualquiera valoración que quiera evitar la desmesura ha de partir de ciertos parámetros objetivadores de la discusión, y uno de ellos se concreta en la erección de la Comisión de Reformas Sociales (R.O. de 5 de diciembre de 1883) siendo Segismundo Moret y Prendergast (1838-1913) Ministro de Gobernación en el gabinete presidido por José Posada Herrera (1815-1885). Sin perder de vista la situación política en que se enmarca, esto es, la Restauración canovista, y sus objetivos fundacionales (“el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras tanto agrícolas como industriales y que afectan a las relaciones entre capital y trabajo”), dicho organismo buscó tanto ponderar la contraposición de los complejos intereses que agitaban la “cuestión social”, como alcanzar en lo posible una fórmula armonizadora de la tensión entre capital y fuerza de trabajo. En tal sentido no sólo es alentador comprobar junto a la participación de caracterizados republicanos y liberales la presencia de krausistas como Gumersindo de Azcárate (1840-1917) y Urbano González Serrano (1848-1904), o la de católicos sociales como Luis Marichalar Monreal, vizconde de Eza (1872-1945)⁵⁸, objetores de la consagración individualista del Código civil, sino también y de modo específico la respuesta del socialismo español cuyo pensamiento se testimonia ejemplarmente a través del *Informe* de la Agrupación Socialista Madrileña (*Informe Vera*)⁵⁹ sobre las necesarias reformas sociales para obtener mejora en las condiciones de vida y educación de los trabajadores. Es en ese específico contexto, pues, donde debe centrarse el juicio acerca de la real dirección a que apuntan los referidos trabajos de Oyuelos como concreta colaboración en el diseño de la política laboral y de aseguramiento social reformista institucionalizada desde el Instituto de Reformas Sociales, y que no sin causa es acreedora a una valoración positiva y “constituyente”.

Serían diferentes los enfoques analíticos exigidos a fin de evaluar el grado de concurrencia y participación con la virtualidad y objetivos que la vida y actividad de aquel organismo, pronto redenido Instituto Nacional de Previsión y Socorro [INP], desarrolla desde el pronunciamiento (1923) del General Miguel Primo de Rivera y Orbaneja (1870-1930) y hasta el final de la Dictadura (1930). Así, de principio, no se ha de negar la evidencia de una efectiva continuidad en el impulso traído de la etapa anterior, ni obviar la reanimación del espíritu armonicista de base con que en sus comienzos tanto esperanzó el cambio político

tardía implantación del seguro obligatorio se explica no sólo atendiendo a sus dificultades técnicas, sino a las dificultades políticas y reticencias empresariales para su aceptación (las clases empresariales ejercieron como grupos de presión y su representación política dio cobertura a esas reivindicaciones derivadas de un “exceso de costes económicos” para las empresas). Puede consultarse, en una perspectiva de conjunto, Cuesta Bustillo, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

⁵⁸ Consúltese, entre otros estudios, *El seguro social en su aplicación a la falta de trabajo* (Conferencia en la Unión Patronal de las Artes del Libro el 19 de diciembre de 1912), Imp. Alemana, Madrid, 1913; *La nueva democracia social*, Imp. de Bernardo Rodríguez, Madrid, 1918, y *El Congreso de Praga y la política social*, Colegio de María Cristina, Toledo, 1925. Asimismo *La corporación como estructura nueva del Estado* (Conferencia dada en el Ateneo Sevillano el día 3 de mayo de 1934), C. Bermejo, Madrid, 1934.

⁵⁹ Véase IGLESIAS, M^a. DEL C. y ELORZA, A.: *Burgueses y proletarios. Clase obrera y reforma social en la Restauración*, Edit. Laila, Barcelona, 1973.

producido. Al mismo tiempo, será también pertinente asumir, con los pertinentes matices estratégicos y posibilistas concurrentes en la coyuntura histórica, el hecho de la colaboración, críticamente difusa, aportada al régimen desde la Unión General de Trabajadores (UGT) y por emblemáticas figuras del socialismo como Francisco Largo Caballero (1869-1946)⁶⁰, quien alcanzará el cargo de Consejero de Estado. La reunión de estos y otros factores contribuye a explicar, asimismo, el fenómeno que hace surgir una muy diversa, y de desigual relieve, conjunción de personalidades trabajando en común para la elaboración de un modelo jurídico-social inclinado a introducir elementos correctores de la organización económica e influir en la moderación y “pacificación” del conflicto social por vía de integración y armonización institucionalizada. Para ese proyecto se alistan colaboradores como Práxedes Zancada Ruata (1881-1936), antiguo afiliado al Partido Dinástico, más tarde aproximado a los liberales de José Canalejas Méndez (1854-1912) y Eduardo Dato Iradier (1856-1921)⁶¹. Se suman igualmente juristas positivos como el administrativista José Gascón y Marín (1875-1962), Jefe de Sección del INP en materias de seguridad social, si bien se registran explícitos alejamientos, como es el caso de Adolfo Posada, sin duda uno de los más brillantes reformadores sociales de la corriente del liberalismo social avanzado⁶². También coadyuvarán “proto-tecnócratas” como el ingeniero y militar José Marvá y Mayer (1846-1942), centrado en temáticas de seguridad industrial e higiene laboral, y que en algún momento ocupará interinamente el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria. No faltará, por último, la recuperación de influyentes católicos como Pedro Sangro Ros de Olano (1878-1959), marqués de Guad-el-Jelú, que había pertenecido al patronato de la Residencia de Estudiantes, era miembro directivo de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores [AIPLT] y de la Sociedad para el Progreso de la Legislación del Trabajo, formará en el Cuerpo consultivo del Ministerio de Trabajo (1926) y luego será ministro del mismo ramo con el General Dámaso Berenguer, o el alto funcionario y pedagogo social, particularmente volcado en asuntos de protección social de la infancia, además de en cuestiones relacionadas con previsión y seguros sociales, Álvaro López Núñez (1865-1936), quien, al igual que Pedro de Sangro, es reconocido en calidad de uno de los referentes teóricos para el movimiento social católico.

En este contexto es donde ha de interpretarse la posición política y jurídica de Oyuelos al apreciar, en los años anteriores a la Dictadura, los logros y progresos habidos en

⁶⁰ Véase LARGO CABALLERO, F.: *Presente y futuro de la Unión General de Trabajadores de España*, Javier Morata Editor, Madrid, 1925. Vid. también Joaquín Maurín, *Los hombres de la Dictadura* (1930), Pról. de Luis Portela, Edit. Anagrama, Barcelona, 1977, Andrés Gallego, J.: *El socialismo durante la Dictadura (1923-1930)*, Edit. Tebas, Madrid, 1977 y Amaro del Rosal: *Historia de la UGT de España 1901-1939*, Eds. Grijalbo, Barcelona, 1977.

⁶¹ Véase *Guía Oficial de España*, Est. Tip. Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1925. Adviértase que Oyuelos llegó a ocupar puestos decisivos en la elaboración de la política social en el período de la Dictadura de Primo de Rivera. No fueron pocos los sectores, y personalidades, del reformismo social que habían colaborado antes con el Instituto de Reformas Sociales los que ocuparon (después de su misma supresión por la Dictadura) puestos importantes en organismos encargados de la política social durante esa crítica etapa. Es el caso, como se ha indicado, de Marvá, López Núñez, Gascón y Marín, Pedro Sangro, Práxedes Zancada, y el mismo Ricardo Oyuelos, como se desprende en consulta de la citada *Guía Oficial de España*, págs. 869-872. La gran y significativa excepción fue Adolfo Posada, que se mantuvo al margen de la Dictadura de Primo de Rivera.

⁶² Véase LAPORTA, F.: *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Edicusa, Madrid, 1974. Sobre el pensamiento jurídico y social propio de un liberalismo social avanzado de Adolfo Posada y su época, amplia y exhaustivamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

la legislación asociativa obrera, mejora de las condiciones de protección y bienestar laboral, siempre tenidos y tomados por útiles instrumentos de “paz social” favorecedores de la superación antagónica entre capital y trabajo, y en consonancia con ello, como también de acuerdo a lo percibido por nuestro personaje respecto a la nueva situación política como una oportunidad histórica para el armonicismo, la ulterior evolución (luego se verá si mudando rasgos sustantivos) mostrada en la aquiescencia con algunas de las medidas ideadas por el Ministro de Trabajo, Eduardo Aunós Pérez (1894-1967) a mediados de su primer ministerio y principios del segundo. Ya durante su etapa al frente de la Subsecretaría de Trabajo, Aunós había promovido, en efecto, una aunque incompleta muy amplia labor codificadora en materia social-laboral (En realidad, se trataba de alcanzar un objetivo mucho más modesto consistente en la recopilación sistematizadora de la dispersa, y no excesivamente abundante, legislación social vigente en ese momento), promulgando leyes como el descanso nocturno de la mujer obrera, el fondo de garantía sobre accidentes de mar, de seguro de maternidad, de creación de subsidios para familias numerosas, de retiro obrero, de fomento del INP, de creación del tesoro del emigrante, etc. Luego, al acceder a la cartera de Trabajo, afrontó decididamente, mediante reales decretos-leyes de 1926 y 1928, la articulación del sistema corporativo de la Dictadura. Convendrá detenernos en estas dos últimas disposiciones.

En la ideología jurídico-social de Oyuelos se refleja su proximidad a una parte significativa de las tesis de Aunós, concretadas en específico respecto a la conveniencia de implantar una organización corporativa nacional de esa índole es sensible en su ensayo “Psicología de la Legislación social” (1928)⁶³. En esta clave interpretativa Oyuelos entenderá, ciertamente a semejanza de las ideas del Ministro y por razón de su propio conocimiento acerca del precario rendimiento obtenido en los tribunales industriales⁶⁴, que el necesario impulso reformista de la acción legisladora debía orientarse, además de a preservar los logros obtenidos en toda aquella armonización jurídica e institucional, igualmente a favorecer la desembocadura en el ideal de una representación corporativa profesional que, acomodando la fuerza y vitalidad de los dos sectores interesados en la reglamentación del trabajo (patronal y productores) al sistema de “organización corporativa nacional”, escalonase piramidalmente por corporativización de las relaciones laborales, desde la base de una asociación libre hasta el vértice de una corporación obligatoria, el bien colectivo del oficio o profesión como superior y trascendente a la rivalidad y oposición clasista. Se trataría entonces de un nuevo estadio en el programa de mejora de la condición social, moral e intelectual de la clase obrera desde el seno mismo del sistema capitalista donde, sin abandonar el objetivo de la instauración del régimen socialista de carácter reformista, las ideas políticas de reforma y la necesidad de llevar a cabo una revolución pacífica y “jurídica” constituyen garantía de su realización. De esa toma conciencia en la transformación político-social como proceso regulable de la hegemonía jurídica dominante, que apela al esquema corporativo, resulta al cabo una muy importante síntesis de ciertas direcciones (y más exactamente, de algunos teóricos de esta corriente) del socialismo jurídico (otras, sin embargo, no derivarían hacia el pensamiento corporativista). Ello, como es natural, incide directamente sobre el movimiento sindical y el socialismo jurídico y político de aquellos

⁶³ OYUELOS Y PÉREZ, R.: “Psicología de la Legislación social”, en *Revista de Política Social*, 6 (1928), pp. 42-47.

⁶⁴ Véase MONTERO AROCA, J.: *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, Universidad de Valencia, Valencia, 1978, págs. 47 y ss.

años⁶⁵, con vertiente de similar enfoque abierta también dentro del liberalismo social⁶⁶. No es sin embargo menos importante comprender que esa misma tentativa corporativa servirá de soporte a preparar, al inicio de la década entrante, el desplazamiento más decidido en el ideario socialista de lo revolucionario y su conversión político-constitucional en reformismo legal⁶⁷, empeño para entonces defendido por tan notables elementos del partido socialista como Julián Besteiro (1870-1940) o Fernando de los Ríos (1879-1949).

En esas coordenadas históricas y político-jurídicas se inscribe la posición que en parte igualmente adelanta Oyuelos. Su planteamiento, coincidente con quienes en el socialismo español del momento también admiten la vía de progreso político que para una ampliación y profundización de la democracia económica de corte industrial puede originarse con la construcción corporativa y orgánica de la sociedad, encauza el discurso de ese utopismo corporativista a partir de dos postulados fundamentales. Uno arraiga en la convicción de que las medidas sociales de orden legislativo no deben configurarse desde la idea de privilegio, es decir, de concesión de gracia o prerrogativa, a favor de una cualquiera clase y en inevitable detrimento de su adversaria. El otro asienta en desactivar y abandonar la mentalidad que concibe como imposición a uno u otros sectores de la sociedad productiva la observancia de los preceptos a que aquella legislación obliga. En verdad, opina, no ésta no puede ser expuesta ni asumida como la reivindicación lograda a la fuerza por el vencedor a manera de botín o presa en una victoria violentamente arrancada de manos del vencido. Lo afecto por la legislación más bien ha de ser asimilado como afirmación de un conjunto de normas o de principios de justicia, dispuesto por el órgano competente a virtud siempre de un elevado ideal y encaminado a la regulación y coordinación de los intereses en conflicto. De ahí que cada acto legislativo si no lleva siempre el valor de un *Tratado de paz y amistad, representa, por lo menos, un armisticio*. Para él son conceptos antagónicos los de Paz y Lucha, Derecho y Guerra⁶⁸.

Ricardo Oyuelos realza, por tanto, la función pacificadora y armonizadora de los conflictos correspondiente la legislación social: “El Derecho es la vida; la guerra, la muerte”. Ciertamente, el Derecho, desde este punto de vista, “es la paz, y, específicamente, esto es, agregándole el calificativo *social*, puede asimismo admitirse el vocablo de paz social”. El Derecho sería, así, un *orden de paz basado en la justicia social garantizada jurídicamente*. Realza en ello, además, el papel de la asociación de trabajadores como motor o impulso en los inicios de la legislación social. Incluso especificando respecto a la “organización corporativa nacional” que la “pirámide social” cuyo vértice remata desde la corporación obligatoria en un organismo superior deberá tener siempre su base en la *asociación libre*. Con todo, la legislación social será ya para él, desde luego, tarea de Estado, el cual, al contrario que en los tiempos del “Estado individualista”, ejercerá una función equilibrante entre las fuerzas sociales, evitando la tentación de la coacción del situado en posición más

⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, cit., págs. 147 y 185 n. 437

⁶⁶ Véase ZANCADA, P.: *Derecho corporativo español: organización del trabajo*, cit.

⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación”, en Gregorio Cámara Villar (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Universidad de Granada, Granada, 2000, pp. 85-136, en esp. págs. 99-101, y el conjunto de las aportaciones en el Congreso que está en la base de dicha obra.

⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “De cuánto en la memoria durmiente... Ricardo Oyuelos: del socialismo jurídico a la utopía social corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Núm. 125. Julio-Septiembre (2004), págs. 349-372.

ventajosa para imponer su interés, bien que sin perjuicio de la misma autonomía colectiva reguladora de los grupos sociales. El Estado habrá de procurar pues, en adelante, la aplicación del remedio adecuado y más conveniente para la remisión del mal de los individuos y salvaguardia, a la vez, de la salud del “cuerpo social”. He aquí expuesta, en síntesis, la génesis de la legislación social: al dar o pronunciar el Estado una medida legislativa en orden al trabajo nunca más deberá entenderse como acto obtenido por la fuerza de los favorecidos y encaminado al avasallamiento de los sujetos a su observancia. En modo alguno; el Estado no puede aceptar la idea de una situación permanente y trascendental de antagonismo entre sus diversos elementos o partes varias, sí, más no irreconciliables; y toda ley social acordada y sancionada para la conservación del bien general, habrá de inspirarse en el móvil de la justicia, común a todos. Las leyes sociales (como las de accidentes y enfermedades profesionales, el seguro de enfermedad, la protección contra el paro forzoso, etc.) representan, por consiguiente, el reconocimiento de un *deber de justicia* reparadora que efectivamente el Estado debe garantizar. En este sentido la “*reglamentación del trabajo*” (contrato, jornada, salario, descanso) es confirmatoria de sus tesis. Hay que confesar –afirma– que la actuación obrera ha sido un enérgico y poderoso estimulante para la elaboración de la legislación del trabajo; sin embargo, no ha sido pronunciada bajo la presión de los interesados en ella, y su significado es el de normas reguladoras de las relaciones entre patronos y obreros, *atendidas consideraciones de índole general*.

Se produce, pues, un nuevo enfoque en cuanto al modelo de regulación social, enunciado como tránsito de la armonización jurídica e institucional del conflicto social a la corporativización de las relaciones laborales, es del todo manifiesto en orden a la “reglamentación del trabajo” y a la construcción de seguros sociales que atiendan a la satisfacción de situaciones de necesidad de las personas. En España, encadenada con la “organización corporativa nacional” –pirámide social, cuya base es la asociación libre y su vértice, la corporación obligatoria, coronada de un organismo superior– ello supondrá una reforma de la mayor trascendencia. Oyuelos bascula y se vence, pues, definitivamente hacia el corporativismo, pero en cuanto proyecta impulsar una reforma orientada a que el centro de la producción vaya a manos de su legítimo dueño, la profesión misma, alejándose de egoísmos o pasiones, vengan éstas del lado que vengan, sin otra mira que el bien colectivo. Trátase, en consecuencia, de una verdadera canalización del conjunto todas las actividades sociales, para evitar los desbordamientos que con anterioridad a ella tan graves daños produjeron en la vida española. Oyuelos coincide así, en este sentido, con Aunós. Y en efecto, no se abstiene de incorporar, significativamente, una extensa cita del ya entonces Ministro de Trabajo, relativa a la organización corporativa, prueba indudable “asunción interna” de ese mismo pensamiento corporativo: “Cuando esta aurora de vida corporativa vaya entrando en la plenitud habrá que pensar en arbitrar los elementos necesarios para que el radio de acción de los organismos paritarios se ensanche y sea más eficaz y vayan convirtiéndose todos ellos en tribunales que diriman las contiendas y sancionen las infracciones, cuyos poderes sean más amplios y sus dictados no puedan ser nunca burlados ni incumplidos, con lo cual llegaremos a la constitución de un Estado especialmente apto para la producción sin olvidar sus demás finalidades primordiales, con una solidez inquebrantable en su estructura y con las máximas garantías para acabar con los conflictos obstaculizadores de la creación de riqueza, llegando a la ordenación más perfecta de ésta”. De ahí que se

defienda la agrupación en los nuevos gremios, en las corporaciones contemporáneas, de las fuerzas sociales, poniendo de relieve la “fraternidad de los hombres de un mismo oficio”⁶⁹.

Piensa Oyuelos que la necesidad de implantar una organización corporativa nacional derivaba de la necesidad de conseguir una fuerza movilizadora de mutua atracción, apaciguadora de las luchas que en los tiempos del Estado individualista se desencadenaban, cual vendavales periódicos, extendidos en las dilatadas zonas de la economía. Entendía Oyuelos que así irían desapareciendo paulatinamente las querellas que dividieron a la sociedad (y en particular al capital y al trabajo), porque el sentido de clase se irá sustituyendo por el sentido de oficio, la huelga no sorprenderá a los productores en lo mejor de su empresa, ya que los contratos de trabajo individuales, garantizados por el comité paritario, y aún más los de carácter colectivo, habrán logrado suavizar y dignificar las condiciones de la producción, alcanzando un punto encuentro las dos fuerzas representativas, ya aunadas en la labor conjunta de perfeccionar la técnica de regulación. Y concluye: “esta es el alma de la organización corporativa nacional, cima o punto culminante de la legislación social española, y ella deberá seguir siendo la de la futura. Armonía, concordia, paz y bienestar del común de las gentes”⁷⁰. Por lo demás, el intervencionismo estatal de reforma laboral y de establecimiento “desde arriba” de los seguros sociales contribuiría a la realización de la justicia social y a la reconducción de los conflictos sociales en una sociedad fragmentada, pero en vías de reconducción hacia la armonía y la superación de las desigualdades sociales intolerables y aberrantes. Se refleja aquí el ideal en el que habrá de poner siempre su mira el pensamiento del legislador, según lo entendió Ricardo Oyuelos, siempre honestamente comprometido en el “ideario social”. Lo que expresa, igualmente, la complejidad ideológica, política y jurídica de la construcción teórica corporativa, donde ciertamente su carácter heterogéneo, conformado en la confluencia muy varia y a veces también contradictoria de múltiples elementos extraídos de diversas corrientes de distinto signo, impide simples reconducciones a esquemas de comprensión explicativa puramente generalistas y demasiado planos. Desde esa perspectiva, la propuesta de Oyuelos sirve a mostrar, en todo su esplendor, una de las facetas de la *utopía social corporativa*, que aquí, entre nosotros, también la hubo. Pero no sin una innegable inspiración en las teorías corporativas y organicistas defendidas por el régimen político autoritario de la Italia de la época de entreguerras.

⁶⁹ OYUELOS Y PÉREZ, R.: “Psicología de la Legislación social”, *cit.*, págs. 42-47.

⁷⁰ OYUELOS Y PÉREZ, R.: “Psicología de la Legislación social”, *cit.*, p. 46-47.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)¹

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior:	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

4. Título

En castellano e inglés.

¹ Archivo: “Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso” (Estudio; Lápiz rosa).

5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)...))

8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el título de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)
- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)
- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)...))

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra “times new roman” tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra “times new roman”, editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas **CONCLUSIONES**

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, en el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

10. Extensión

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para “*Crónica legislativa*”: la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para “*Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para “*Economía de la Seguridad Social*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, págs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, págs. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad *Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva.

El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.