

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2016

nº 8

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ Las prestaciones de asistencia social en la Unión Europea: entre política y jurisprudencia, o la jurisprudencia contaminada de la política

Jaime Cabeza Pereiro

- ✦ Reducción de jornada de funcionarios interinos: ¿Es posible el acceso a la prestación por desempleo parcial?

Susana Rodríguez Escanciano y Roberto Fernández Fernández

- ✦ De nuevo, el conflicto entre el instituto nacional de la seguridad social y las mutuas colaboradoras a cuenta de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional

Arántzazu Vicente Palacio

- ✦ Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad

Ángel Arias Domínguez

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ STS 31 marzo 2016 (Contencioso-Administrativo). Asunto Mutua Universal. Incapacidad temporal

Pilar Charro Baena y Sergio González García

- ✦ La edad de acceso a la jubilación parcial: problemas de transitoriedad legislativa

Guillermo L. Barrios Baudor

- ✦ Clases pasivas del estado y pensión ordinaria de viudedad: vientos de cambio interpretativo en la prueba de la convivencia como pareja de hecho anterior al matrimonio

Amparo Garrigues Giménez

- ✦ El forzado encaje competencial de la Ley de Dependencia diez años después: la STC 18/2016, de 4 de febrero

Borja Suárez Corujo

- ✦ Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes

Lucía Martín Rivera

- ✦ Rentas computables a efectos de generar el derecho a la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años: Desde la prueba de pobreza hacia la prueba de riqueza. El giro jurisprudencial anunciado

María Salas Porras

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ La protección por desempleo en Italia, después del 'Jobs Act'

Paola Bozzao

- ✦ La Incorporación a la Seguridad Social del Trabajo No Remunerado del Hogar: La Experiencia Ecuatoriana

Susana Barcelón Cobedo

- ✦ La Actualización de Pensiones en Alemania. Un Estudio desde la Perspectiva del Derecho Español

Iván Vizcaíno Ramos

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

- ✦ Factores determinantes de los cambios en las instituciones del mercado de trabajo en Europa

Ana I. Viñas Apaolaza, Laura Pérez Ortiz, María Isabel Heredero de Pablos y Santos Miguel Ruesga Benito

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ EUGENIO PÉREZ BOTIJA (1910-1966): la Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política social

José Luis Monereo Pérez y Carolina Serrano Falcón

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3^{er} Trimestre 2016

Nº 8

© 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

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



@RevSegSoc



revsegsoc@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

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.

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
Paola Bozzao
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
Marco Esposito

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
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
Arántzazu Vicente Palacio

Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
ISSN: 2386-7191
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
<http://laborum.es/revsegsoc/>

EJSS European Journal of Social Security
ISSN: 1388-2627
Editorial Intersentia, Países Bajos.
Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
<http://www.ejss.eu/>

JSSL Journal of Social Security Law
ISSN: 1354-7747
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
<http://www.sweetandmaxwell.co.uk/>

ERIPS e-Revista Internacional de la Protección Social
ISSN: 2445-3269
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
<http://institucional.us.es/revistapsocial/>

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale
ISSN: 1720-562X
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
<http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X>

Índice

EDITORIAL

13

LA COMPLEJIDAD DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE (A CASI 20 AÑOS DE LA REFORMA ANUNCIADA EN 1997).....	15
--	-----------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES

37

LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE POLÍTICA Y JURISPRUDENCIA, O LA JURISPRUDENCIA CONTAMINADA DE LA POLÍTICA	39
---	-----------

JAIME CABEZA PEREIRO

1. IDEAS INTRODUCTORIAS	39
2. DE <i>BREY</i> A <i>ALIMANOVIC</i> O EL RÁPIDO DERRUMBE DE LOS PRINCIPIOS	42
3. EL ASUNTO <i>GARCÍA NIETO</i> Y LOS ÚLTIMOS ESCARCEOS	47
4. UNAS CONSECUENCIAS OBVIAS DE LAS CORRIENTES DOMINANTES	50
5. CONCLUSIÓN: TENDENCIAS Y ESPERANZAS.....	53

REDUCCIÓN DE JORNADA DE FUNCIONARIOS INTERINOS: ¿ES POSIBLE EL ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARCIAL?	55
---	-----------

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO	55
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS	57
3. EL DERECHO A PERCIBIR PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN CASO DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL	59
4. EL DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS A ACCEDER A UNA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO PARCIAL	60
5. CONCLUSIONES.....	64

DE NUEVO, EL CONFLICTO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS MUTUAS COLABORADORAS A CUENTA DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL (AHORA EN EL ÁMBITO PROCESAL)	65
--	-----------

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

1. INTRODUCCIÓN.....	65
2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: EL PROBLEMA DE FONDO O SUSTANTIVO.	66
3. EL DEBATE PROCESAL: SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS MUTUAS PUEDAN INSTAR LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE CUANDO NO INTERPUSIERON RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN EL PLAZO PREVISTO EN EL ART. 71.2 LJS.....	72
4. UNA NÉMESIS INESPERADA.....	75

MATERNIDAD SUBROGADA Y PRESTACIONES DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD 77

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

1. INTRODUCCIÓN..... 77
2. LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA STS (1ª) DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (NÚM. 835/2013) Y SU LECTURA LABORAL..... 78
3. EL HECHO CAUSANTE, LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 82
4. LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 85
5. LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES: EXPOSICIÓN Y AGRUPACIÓN CONCEPTUAL CRÍTICA..... 87
6. CONCLUSIONES: ESPERANDO A LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DE LA SALA CUARTA DEL TS..... 94

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 99

STS 31 MARZO 2016 (CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO). ASUNTO MUTUA UNIVERSAL. INCAPACIDAD TEMPORAL 101

PILAR CHARRO BAENA

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO..... 101
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 103
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 104

LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL: PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD LEGISLATIVA 107

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO..... 107
2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL..... 112
3. APUNTE FINAL SOBRE LOS PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD INTRODUCIDOS POR LA LEY 27/2011..... 113

CLASES PASIVAS DEL ESTADO Y PENSIÓN ORDINARIA DE VIUDEDAD: VIENTOS DE CAMBIO INTERPRETATIVO EN LA PRUEBA DE LA CONVIVENCIA COMO PAREJA DE HECHO ANTERIOR AL MATRIMONIO..... 117

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

1. EL *BACKGROUND* NORMATIVO 117
2. SUBSTRATO FÁCTICO, ÍTER PROCEDIMENTAL Y POSICIONAMIENTO DE LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA..... 121
3. FALLO Y DOCTRINA DE LA SALA. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA 125
4. A MODO DE EPÍLOGO..... 130

EL FORZADO ENCAJE COMPETENCIAL DE LA LEY DE DEPENDENCIA DIEZ AÑOS DESPUÉS: LA STC 18/2016, DE 4 DE FEBRERO..... 133

BORJA SUÁREZ CORUJO

1. EL ‘PECADO ORIGINAL’: EL SORPRENDENTE ENCAJE COMPETENCIAL DE LA LEY 39/2006..... 134

2. UNA PARADA OBLIGADA: LA POBRE CARACTERIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL Y SUS IMPLICACIONES SOBRE LA DEPENDENCIA	137
3. UNA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA (¿RECENTRALIZADORA?) DEL ARTÍCULO 149.1.1ª CE.....	139
4. APUNTE CONCLUSIVO.....	143

COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DEPENDIENTES 145

LUCÍA MARTÍN RIVERA

1. CUESTIONES PREVIAS: PRECISIONES CONCEPTUALES Y ORDEN COMPETENCIAL	145
2. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADAS.....	148
3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STC 36/2016: EL ALCANCE DEL ART. 149.1.1 CE.....	150
4. CONCLUSIONES FINALES	153

RENTAS COMPUTABLES A EFECTOS DE GENERAR EL DERECHO A LA PERCEPCIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: DESDE LA PRUEBA DE POBREZA HACIA LA PRUEBA DE RIQUEZA. EL GIRO JURISPRUDENCIAL ANUNCIADO (COMENTARIO A LA STS DE 3 DE FEBRERO DE 2016, RCU D 2576/2014)..... 155

MARÍA SALAS PORRAS

1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO PARTICULAR.....	155
2. LA SENTENCIA DE CONTRASTE	156
3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL ORDEN SOCIAL.....	157
4. RENTAS COMPUTABLES A EFECTOS DE GENERAR O NO EL DERECHO A PERCIBIR EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: A MODO DE MAPA EVOLUTIVO JURISPRUDENCIAL	158
5. ¿SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN O NO HAY LUGAR A LA SANCIÓN PORQUE, DEFINITIVAMENTE, TAMPOCO EXISTIÓ INFRACCIÓN?	160
6. CONCLUSIÓN	161

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 163

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN ITALIA, DESPUÉS DEL ‘JOBS ACT’ 165

PAOLA BOZZAO

1. LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SISTEMA DE LA LEY DELEGADA N. 183 DE 2014: FLEXIBILIDAD, SEGURIDAD Y ACTIVACIÓN	165
2. HACIA UN MODELO UNITARIO DE TUTELA: LA NASPI	170
3. EL NUEVO ORDEN PROTECTOR DE LA NASPI, ENTRE COMPENSACIÓN Y LIMITACIONES PRESUPUESTARIAS	171
4. UNIVERSALIDAD DE LAS TUTELAS: UN OBJETIVO (UNA VEZ MÁS) FALLIDO. LA DIS-COLL.....	175
5. DE LA COMPENSACIÓN A LA SOLIDARIDAD: LA ASDI	176
6. LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.....	177

LA INCORPORACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR: LA EXPERIENCIA ECUATORIANA..... 181

SUSANA BARCELÓN COBEDO

1. INTRODUCCIÓN.....	181
2. EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO NO REMUNERADO EN EL HOGAR A LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008.....	183
3. LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA INCLUSIÓN DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL.....	185
4. OBSERVACIONES FINALES	199

LA ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES EN ALEMANIA. UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL 201

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	201
2. EL MARCO LEGAL ESTRUCTURAL	203
3. EL MARCO REGLAMENTARIO COYUNTURAL	206
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	209

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 211

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. <i>DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES.</i> - PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS [COM (2016) 128, 8-3-16]	213
2. <i>“PREVENCIÓN 10.ES”</i> .- RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ENCOMIENDA AL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, DURANTE EL AÑO 2016, LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENOMINADO “PREVENCIÓN 10.ES” (BOE 15-2-2016)	216
3. <i>TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA.</i> - RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2016, DEL INSS, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 1-3-2016).....	217
4. <i>PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA.</i> - RESOLUCIÓN DE 6 DE ABRIL DE 2016, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL SISTEMA DE FIRMA ELECTRÓNICA MEDIANTE CAPTURA DE FIRMA DIGITALIZADA CON DATOS BIOMÉTRICOS PARA RELACIONARSE PRESENCIALMENTE CON EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (BOE 25-4-2016)	218
5. <i>PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO.</i> - RD-LEY 1/2016, DE 15 DE ABRIL, POR EL QUE SE PRORROGA EL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO (BOE 16-4-2016)	219
6. <i>FUNCIÓN PÚBLICA.</i> - LEY 2/2016, DE 11 DE MAYO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 6/1985, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, EN MATERIA DE VALORACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD A EFECTOS DE MÉRITOS (BOE 28-5-2016).220	

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **223**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL	225
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)	225
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL	225
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL	225
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES).....	226
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN	226
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:	227
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES	241
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA	242
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	242
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	243
1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	243
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	243
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	244
4. RECENSIONES	244

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL **247**

FACTORES DETERMINANTES DE LOS CAMBIOS EN LAS INSTITUCIONES DEL MERCADO DE TRABAJO EN EUROPA **249** |

ANA I. VIÑAS APAOLAZA

LAURA PÉREZ ORTIZ

MARÍA ISABEL HEREDERO DE PABLOS

SANTOS MIGUEL RUESGA BENITO,

1. INTRODUCCIÓN.....	250
2. ENFOQUES TEÓRICOS QUE TRATAN DE EXPLICAR LOS CAMBIOS EN LAS IML	251
3. EL ENTORNO MACROECONÓMICO DE LAS IML EN LA UE15	253
4. CAMBIOS EN LAS IML EUROPEAS DURANTE LA RECESIÓN	257
5. BUSCANDO LAS CAUSAS DE LOS CAMBIOS. UN MODELO EXPLICATIVO.....	258
6. CONCLUSIONES.....	262
7. BIBLIOGRAFÍA.....	263

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **267**

EUGENIO PÉREZ BOTIJA (1910-1966): LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO EN EL MARCO DE LA POLÍTICA SOCIAL **269** |

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CAROLINA SERRANO FALCÓN

Editorial

Laborem

La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)

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 (AESS)

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

*“... Hoy es el día en que hemos de vivir
Son tantos los que tratan de decir Ahora No,
Y tantos los que han olvidado cómo
Decir Yo Soy y quienes, si de ellos dependiera,
Estarían perdidos en la historia”*

W. H. Auden¹

Como se sabe, nuestro Sistema de Seguridad Social comprende dentro de su acción protectora la tradicionalmente denominada «invalidez», en sus modalidades «contributiva» y «no contributiva» [art. 42.1 c) LGSS/2015]. A partir de 1997, las referencias hechas a la «invalidez permanente», que siguen siendo continuas en nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, han de entenderse hechas a la «incapacidad permanente». Es cierto que por mandato constitucional (art. 49 CE) y por tradición jurídica se ha hecho acreedora de una singular atención protectora, en los últimos años esta prestación ha sufrido una llamativa desatención reguladora. En efecto, el Capítulo XI (arts. 193 a 200) de la LGSS, marco legislativo básico, fue objeto de una muy importante reforma por la Ley 24/1997; pero el alcance de este cambio –básicamente, valoración del grado de incapacidad a partir de una lista predeterminada de enfermedades– ha quedado frustrado por la ausencia del desarrollo reglamentario al que remite la LGSS. Un fruto de una incoherente y oscilante política jurídica.

Por lo demás, la inseguridad sobre el sentido actual de esta prestación no deriva exclusivamente del carácter inacabado o incompleto de la reforma. La incertidumbre pesa igualmente sobre la regulación reglamentaria vigente, por cuanto la existente, aparte de

¹ AUDEN, W.H.: “Otro tiempo”, en AUDEN, W.H.: *Los señores del límite. Selección de poemas y ensayos (1927-1973)*, edición bilingüe de Jordi Doce, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2007, pág. 163.

dispersa y fragmentada, responde al desarrollo de una legislación de Seguridad Social que ha perdido formalmente su vigencia. A la convivencia transitoria –pero sin término final– de dos modelos legislativos de protección, sustancialmente diferenciados, hay que añadir la «supervivencia» de una normativa «histórica» que, no obstante su obsolescencia, sigue siendo la llamada en primer término a aplicarse, en los aspectos orgánicos o de gestión y en los prestacionales.

A mayor abundancia, no es la determinación de la norma aplicable el único problema que suscita esta inexcusable pero compleja prestación. Para comprender globalmente su significado profundo hay que advertir que el sentido político-jurídico –la función o finalidad– de esta prestación es bien diferente según se trate del denominado «nivel» contributivo o del «nivel» no contributivo –existente sólo desde 1990–, pues cada una obedece a razones diferentes y tienen una dinámica protectora sustancialmente diversas.

Por un lado, el primer ámbito o nivel, el contributivo, busca una renta de sustitución ante la disminución o anulación definitiva de la «capacidad de trabajo» de una persona. El segundo, el «no contributivo», ofrece sólo una renta de compensación por un factor biológico con relevancia social: el grado de minusvalía o «incapacidad» de una persona sin recursos económicos, al margen de la incidencia en su capacidad de trabajar.

Por otro lado, por lo que hace al ámbito o nivel contributivo, una cuestión particularmente visible en la ordenación de la prestación, así como en la base de sus reformas recientes, se centra en la inquietud por controlar la actividad de la Administración de Seguridad Social a la hora de constatar la existencia de los presupuestos sobre los que se articula la protección. Este aspecto lo comparte con la incapacidad temporal –por lo general las reformas de ésta tienen efecto en la regulación de la IP, como ha sucedido también en 2014– y revela una permanente sospecha sobre el fraude.

En el ámbito no contributivo influye más su relación con la inexistencia de rentas mínimas y con los requisitos de acceso a la jubilación –reproduce la visión de la incapacidad como «vejez prematura»–. No obstante, la instrumentalización de la prestación por invalidez a fin de servir a diferentes fines de política social ha estado presente también en el ámbito contributivo, sirviendo como una suerte de mecanismo para anticipar la edad de jubilación.

Con todo, el régimen jurídico de la protección a la incapacidad permanente presenta además de las complejidades de cualquier prestación del sistema, una que la singulariza, la valoración y determinación de las situaciones tributarias de protección. En definitiva, cuál será el umbral merecedor de protección y su graduación o encuadramiento en alguno de los grados de incapacidad establecidos.

A esa dificultad inicial se añade otra, la de valorar cuando el declarado incapacitado puede mantener la condición de pensionista y trabajar, bien por cuenta ajena o propia.

La incapacidad permanente es un concepto eminentemente legal que tiene como substrato la verificación de un estado patológico de la persona, pero que no se agota en él. La situación de incapacidad permanente presupone al mismo tiempo una intensa actividad administrativa de reconocimiento de la prestación constituida sobre tal situación de alteración grave de la salud del trabajador. Los elementos que configuran la situación de

incapacidad permanente son de todos conocidos y se deducen fácilmente del art. 193 de la LGSS, a saber: a) La existencia de una alteración grave en la salud de una persona; b) Que está objetivada; c) Que es definitiva o al menos que la hipotética recuperación sea considerada médicamente incierta o a largo plazo; y d) Que incida en su capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.

En principio la presencia de una *alteración grave en la salud* de una persona parece una obviedad, pero a veces no es así. La razón es que estos elementos deben de concurrir conjuntamente y además vienen condicionados por el último, la incidencia o no en la capacidad laboral del llamado a ser incapacitado laboralmente. De aquí que, sea muy complejo, algunos dicen inviable, hacer una lista de enfermedades o padecimientos graves o no y de ahí concluir en la posible existencia de una incapacidad permanente. Es decir, no hay incapacidades sino incapaces. Por señalar algún caso, una mínima lesión en un deportista profesional puede llevar consigo la pérdida de su aptitud para el deporte, cuyas exigencias de estar al 100% de su capacidad son imprescindibles para su práctica y supondrán probablemente su expulsión de la alta competición, mientras que la misma en otro trabajador con otra ocupación no llegaría, seguramente, alcanzar el umbral mínimo a considerar.

La dolencia tiene que estar *objetivada*. Cuando se analiza esta nota configuradora de la incapacidad permanente puede pensarse que, con los medios técnicos y humanos que se cuentan actualmente será fácilmente constatable. No obstante, hay dolencias cuya objetivación es compleja y de cuya incidencia en la capacidad laboral de una persona suele ser muy discutible. El ejemplo más claro lo tenemos con ciertas patologías psíquicas (depresiones, cuadros de ansiedad, etc.). Cuando estamos ante una neurosis rentada y por tanto no protegible u otro padecimiento importante y valorable, no es fácil. Piénsese también en las “nuevas enfermedades” que se están aceptando ya como verdaderas patologías incapacitantes, como las fibromialgias, el síndrome de la fatiga crónica, etc.

Los padecimientos o dolencias tienen que presentar una nota de *definitiva o de curación incierta o a largo plazo*. Nota que viene a ser uno de los elementos que la diferencia de la incapacidad temporal. Tampoco está exento este condicionante de controversias. En muchas ocasiones se niega el carácter de definitivo por una hipotética posibilidad de intervención quirúrgica que habrá de contrastarse con si es razonable o no su exigencia o bien de obligatoria aceptación por parte del trabajador.

Pero es la necesidad de que esa alteración de salud, objetivada y definitiva *influya en la capacidad laboral* de una persona, la que mayores problemas y controversias judiciales plantea ya que ella es la esencia de que una trabajador acceda o no a la condición de incapacitado permanente.

Es aquí donde nos encontramos con el primer reto, el determinar el umbral mínimo meredor de protección y su graduación.

Parece que a eso podría darse respuesta acudiendo a lo normado en el art. 194 de la LGSS. Su apartado 1º nos dice cuales los posibles grados de encuadramiento y los apartados 2º y 3º, como se debe llevar a cabo la valoración y encuadre de la situación patológica. Estos dos últimos apartados del art. 193 de la LGSS rezan así:

«2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.»

Y ahora empieza la complejidad. Dado que, como se indicó, todavía no se ha llevado a cabo su desarrollo reglamentario, hay que acudir a la disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS, dispone que:

«Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:

«Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.*
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.*
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo*
- d) Gran invalidez.*

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad

permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»

Dos. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo»

Lo primero que nos sugiere la DT. 26^a es que queda *sine die* esa nueva forma de valorar y calificar la situación de incapacidad permanente predicada por el art. 194 LGSS, ya que no se le pone fecha al desarrollo reglamentario. Un recordatorio, estamos sencillamente ante la misma situación anterior al vigente texto refundido. O lo que es lo mismo, volvemos al régimen previo la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997, de 15 de julio, cuya finalidad confesada era el “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”, objetivo que pese a los casi treinta años transcurridos no ha llegado a ver la luz.

La calificación y valoración ha sido y es muy compleja. Basta con que se analicen muy brevemente cada uno de los grados.

Por lo que respecta al grado de parcial, concretar cuando se trata de una incapacidad permanente que no llega al grado de total y que ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para ella, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma, no deja de ser una operación sumamente compleja.

En los grados de incapacidad permanente parcial y total para la profesión habitual hay que examinar si tales dolencias inciden o no con la misma. Conocer la profesión de un trabajador y las tareas que se desempeñan en la misma es un aspecto previo y necesario a la valoración. Aparentemente podría pensarse que es sencillo, pero no siempre es así.

La propia LGSS ha tenido que recuperar la noción de “profesión habitual” del anterior texto refundido (el de 1994) como arriba se ha indicado y

“Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad que reglamentariamente se determine”.

La cuestión no deja de ser problemática ya que:

-No tienen en cuenta la situación actual del mercado de trabajo, pues parece que parte de la consideración de que un trabajador mantiene una continuidad en su profesión, algo que en muchos casos alejado de la realidad. En un gran número de ocasiones el trabajador está ocupado en lo que el mercado le ofrece en cada momento, sea o no la profesión para la que está preparado y es aquí en la que no queda claro cuál será la que haya de tenerse en cuenta al momento de valorar la hipotética situación de incapacidad. Si nos limitamos “*echar una foto*” a la profesión ejercida al momento del hecho causante nos puede llevar, en carreras profesionales variopintas, a valorar situaciones irreales.

-Por otro lado, volvemos otra vez al debate de cuáles deben ser las funciones a tomar en consideración, ¿el conjunto de trabajos que constituyan el contenido del puesto de trabajo al margen de la categoría profesional? como en tiempos pretéritos se hacía (TCT 24-5-1975 2648); ¿el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador? (TCT 1-3-1977 1210, TS 17-1-1989 RJ 1989259). Postura está última que es la que parece que ha venido sosteniéndose, es decir que la profesión habitual no es exactamente la que coincida con el trabajo concreto que esté realizando en un momento concreto, sino aquella para la que está cualificado a realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarse, sin perjuicio de las limitaciones que pudiera tenerse por las exigencias de una titulación concreta. Recordemos que la reforma introducida por la Ley 24/1997, con la remisión al “concepto de grupo profesional”, supuso una extensión y consecuentemente restricción en orden a considerar la incapacidad de un individuo, implicando aceptar que la inclusión en uno u otro grupo profesional estará a lo que disponga el convenio colectivo o acuerdo de empresa y los representantes trabajadores. En realidad era asumir un criterio, que de cara a evitar la extinción de la relación laboral y en su caso flexibilidad interna en la empresa, puede tener una finalidad lógica, pero en relación con la incapacidad permanente protegida por la Seguridad Social plantea numerosos interrogantes. No debe olvidarse que la reforma de 1997 no estuvo operativa ya que precisaba de un desarrollo reglamentario posterior que no llegó a producirse. La conexión profesión habitual con grupo profesional no parece que haya tenido mucho predicamento en la doctrina judicial (STS 28-2-2005). Aunque sobre esto más adelante se volverá.

- La idea de que exista una lista de enfermedades, su valoración y determinación de grados de incapacidad, es en principio plausible, pues se presenta con el objetivo de evitar disparidades en la valoración y aportaría un cierto grado de seguridad jurídica. El conocimiento de las múltiples ocupaciones existentes en el mercado y las funciones que en ellas se desempeñan complican la valoración de una incapacidad. Acudir a los convenios colectivos, a los certificados de profesionalidad, etc., para conocer las tareas desempeñadas es muy socorrido, pero no aportan la seguridad que se quiere predicar de estos medios de valoración.

Que esto es así lo podemos apreciar en que han transcurrido casi 20 años desde aquella previsión, sin que se llevará a cabo la misma, siguiendo utilizando mientras tanto la anterior definición de grados de incapacidad laboral. Las dificultades son tremendas ya que no se trata de valorar el daño o menoscabo corporal (propio de un accidente de tráfico), ni de una discapacidad, pues la valoración no es abstracto sino en relación con la profesión y la pérdida de capacidad laboral para ella.

No obstante el INSS, ha perseverado en estos intentos, y así puede reseñarse la publicación de su *Guía de Valoración Profesional*². La misma se nos presenta como resultado de los trabajos iniciados en el seno del INSS en 2007 por un grupo de profesionales para poner a disposición de los inspectores médicos y de los miembros de los EVI un instrumento que recogiera “*la información laboral más relevante existente en diferentes publicaciones oficiales, relativa a las competencias y tareas de las distintas profesiones*” y “*la elaboración de un sistema propio de valoración de los requerimientos profesionales, entendidos éstos como las aptitudes psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar concreto*”. Ahora bien teniendo en cuenta que “*los requerimientos profesionales que se muestran para cada ocupación son requerimientos teóricos y tienen, por tanto, un carácter orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales. Corresponderá al inspector médico que realice el reconocimiento del trabajador o al Equipo de Valoración de Incapacidades que califique la posible situación de incapacidad del mismo, adaptar dichos requerimientos a la valoración individualizada de un trabajador concreto*”.

La Guía recoge un total de 502 fichas que incluye la totalidad de las ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011 (CNO11).

La **estructura** de cada ficha parte de tres bloques diferenciados:

1º) Identificación de la profesión y descripción de competencias y tareas.

El apartado recoge una recopilación de la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones nacionales y otras fuentes de información laboral, con el objetivo de identificar las circunstancias específicas en las que se desarrollan las actividades laborales y las competencias y tareas asignadas a cada ocupación (CON-11; CNAE 2009; CNCP; Permisos administrativos que se requieran –conducir, armas, ...incluso aunque no sean obligatorios pero la práctica del mercado laboral la vengan exigiendo–; cuadro de enfermedades profesionales asociadas)

2º) Requerimientos profesionales

Se trata de definir las aptitudes o facultades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada. Los requerimientos que se analizan son: carga física; carga biomecánica; manejo de cargas; trabajo de precisión; sedestación; bipedestación; marcha por terreno irregular; carga mental; dependencia; audición; voz; olfato y o gusto; y sensibilidad. Cada requerimiento se valora en atención al nivel de intensidad o exigencia en función de las características del trabajo.

3º) Posibles riesgos y circunstancias específicas.

Se trata de circunstancias externas al trabajador que pueden influir en desarrollo de la actividad laboral: riesgos derivados del ambiente laboral (exposiciones al ruido, polvo, etc.); riesgos derivados del material o herramientas de trabajo (manejo de vehículos, maquinaria

² La tercera edición (2014) de esta guía puede verse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>

que origina vibraciones, etc.); y específicas del medio laboral (trabajo en alturas, subterráneo,..., etc.).

A modo de ejemplo se reproduce una de ellas (pp. 107 y 108)

Código CNO-11: 2121		ENFERMEROS NO ESPECIALIZADOS	
GPR: E; F; G; H; J; L; M		SECTOR DE ACTIVIDAD (CNAE): - 86: Actividades sanitarias	
OCUPACIONES INCLUIDAS: - Diplomados en enfermería no especializados - Graduados en enfermería no especializados - Enfermeros		OCUPACIONES AFINES NO INCLUIDAS: - 2122: Enfermeros de geriatría - 2122: Enfermeros de pediatría - 2122: Enfermeros de salud mental - 2122: Enfermeros del trabajo - 2122: Enfermeros de enfermería familiar y comunitaria - 2122: Enfermeros de cuidados médico-quirúrgicos - 5611: Auxiliares de enfermería hospitalaria - 2158: Responsables corporativos de seguridad en el trabajo	
REFERENCIAS: Cualificación profesional (CNCP): no existe Permisos administrativos: no requiere certificación específica			
COMPETENCIAS Y TAREAS: Este grupo trata y atiende a personas que necesitan cuidados de enfermería por efectos de la edad, lesiones, enfermedad u otros trastornos físicos o mentales o en situación de riesgo potencial para su salud. Entre sus tareas se incluyen: - prestar y evaluar cuidados de enfermería a los pacientes siguiendo las prácticas y las normas de la enfermería moderna; coordinar la atención a los pacientes en consulta con otros profesionales de la salud y los miembros de los equipos de salud; desarrollar y aplicar planes para el tratamiento biológico, social y psicológico de los pacientes en colaboración con otros profesionales de la salud; - planificar y prestar cuidados, tratamientos y terapias personales; vigilar el dolor y el malestar experimentado por los pacientes; aliviar el dolor usando una variedad de terapias; planificar y participar en programas educativos sobre la salud, promoción de la salud y formación de enfermería en clínicas, etc.; - responder preguntas a los pacientes y a sus familias; suministrarles información.			
POSIBLES MENCIONES EN EL CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES: - 3A01 y 3B01: Enfermedades causadas por agentes biológicos - 4H y 4I: Enfermedades causadas por la inhalación de sustancias de alto peso molecular (sustancias de origen vegetal, animal, microorganismos, y sustancias enzimáticas de origen vegetal, animal y/o de microorganismos) y sustancias de bajo peso molecular (metales y sus sales, polvos de maderas, productos farmacéuticos, sustancias químico plásticas, aditivos, etc.): Rinoconjuntivitis, Asma, Alveolitis alérgica extrínseca, S. de Disfunción de la vía aérea reactiva, Fibrosis intersticial difusa, Neumopatía intersticial difusa, Urticarias, Angioedemas y otras de mecanismo impreciso - 5A01, 5B01, 5D01: Enfermedades de la piel causadas por sustancias de bajo peso molecular (productos farmacéuticos, sustancias químico-plásticas, látex, aditivos, etc.) sustancias de alto peso molecular (origen vegetal, animal, microorganismos, etc.) y agentes infecciosos - 6N01 y 6N02: Síndromes Linfo y Mieloproliferativos y Carcinoma Epidermoide de piel			

Código CNO-11: 2121		ENFERMEROS NO ESPECIALIZADOS			
REQUERIMIENTOS	GRADO				
	1	2	3	4	
Carga física	X				
Carga biomecánica					
Columna cervical		X			
Columna dorsolumbar			X		
Hombro		X			
Codo			X		
Mano			X		
Cadera		X			
Rodilla		X			
Tobillo/pie		X			
Manejo de cargas		X			
Trabajo de precisión			X		
Sedestación		X			
Bipedestación					
Estática	X				
Dinámica		X			
Marcha por terreno irregular	X				

REQUERIMIENTOS	GRADO			
	1	2	3	4
Carga mental				
Comunicación			X	
Atención al público			X	
Toma de decisiones			X	
Atención/complejidad			X	
Apremio			X	
Dependencia		X		
Visión				
Agudeza visual			X	
Campo visual		X		
Audición		X		
Voz			X	
Sensibilidad				
Superficial			X	
Profunda			X	

Nota: Se deberá añadir un grado más en bipedestación estática y en carga biomecánica de columna cervical en puestos de trabajo relacionados con quirófanos, laboratorio, etc. Si precisan realizar conducción de vehículos, el campo visual será grado 3.

POSIBLES RIESGOS Y CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS
POSIBLES RIESGOS DERIVADOS DEL AMBIENTE LABORAL: <ul style="list-style-type: none"> - Exposición a sustancias sensibilizantes - Exposición a agentes biológicos
POSIBLES RIESGOS DERIVADOS DEL MATERIAL/HERRAMIENTAS DE TRABAJO: <ul style="list-style-type: none"> - Manejo de equipos o herramientas con elementos cortantes, punzantes o perforantes - Manejo de equipos eléctricos - Utilización de pantallas de visualización de datos
CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DEL MEDIO LABORAL: <ul style="list-style-type: none"> - Trabajos a turnos irregulares o correturnos - Trabajo nocturno - Trabajos con probabilidad de alto riesgo de violencia en el desarrollo de sus actividades laborales

A lo anteriormente reseñado habría que recordar: a) que el propio proceso de valoración es muy complejo, ya que debe discriminar dolencias previas a la incorporación del sujeto a la Seguridad Social y que solamente podrá tomar en consideración los patologías y residuales del sujeto sin tener en cuenta factores o condiciones subjetivas en el que el trabajador pudiera encontrarse; y b) que los grados de IPA y GI plantean situaciones muy complejas ya que la referencia a tomar para determinar su encuadramiento es la incapacidad

completa del trabajador para toda profesión u oficio, lo que ya de por sí resulta complejo y que la gran invalidez plantea como cuestión previa el grado de incapacidad permanente del que debe encontrarse el trabajador. Lo más habitual es que se parta de una situación de IPA, pero no es imprescindible que el sujeto sea tributario de tal grado (DF. 5ª de la Ley 13/1982, 7 de abril) y finalmente determinar el quantum de actividades esenciales de la vida diaria afectadas o impedidas.

Si ya de por sí, como brevemente antes se ha reseñado, la valoración inicial y la graduación del grado de incapacidad permanente es complejo, la determinación de si el incapacitado permanente puede trabajar mientras disfruta de las prestaciones, la respuesta se hace más difícil. Si se parte de que la situación de necesidad a cubrir en la incapacidad permanente es la pérdida de rentas derivada de la dificultad o imposibilidad de llevar a cabo su trabajo u otros, la conclusión que se impondría sería negativa. Sin embargo, como más adelante se verá, está es una conclusión o apreciación errónea.

Una adecuada comprensión de la situación actual debe de pasar por tener en cuenta como se ha ido configurando el régimen de compatibilidades de las prestaciones de incapacidad permanente desde los inicios del sistema hasta la actualidad.

Si analizamos el primer texto articulado de la LSS, de 21 abril de 1966 (art. 138 y el art. 24 de la Orden de Invalidez que lo desarrolla, llegamos a una conclusión inicial la compatibilidad del trabajo con la pensión

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (LGSS/1974), recogió similar redacción del art. 138 la única variación que se incluye es la de incompatibilizar el incremento de la pensión de incapacidad permanente total (que ya se había introducido por la Ley 24/1972, 23 de junio), con el trabajo sea por cuenta propia como ajena, lo cual era obvio a tenor de las condiciones que se establecieron para disfrutar del mismo.

Y llegamos al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD. Legislativo 1/1994, de 20 junio y sus reformas posteriores (LGSS/1994). Este vino a recoger en su art. 141 el régimen de compatibilidades entre el percibo de las prestaciones económicas por invalidez permanente y el trabajo. Su redacción original fue objeto de reforma por el art. 3.2 y 3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificando su párrafo 1º (en vigor desde 1-1-2013) y añadiendo un 3º párrafo (que entraría en vigor el 1-1-2014).

Concretamente

Redacción vigente a 31-12-2015	Redacción inicial
<p>Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente</p> <p>1. En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.</p> <p>De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.</p> <p>2. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.</p> <p>3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley.</p>	<p>Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente</p> <p>1. En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente.</p> <p>De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.</p> <p>2. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.</p>

Nota: Lo resaltado en negrita es fruto de la reforma introducida en dicho precepto por el art. 3.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Por su parte el vigente texto refundido de 2015, recoge en su art. 198, las compatibilidades en el percibo de las prestaciones económicas, con la siguiente redacción:

Artículo 198. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente

- 1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.*

De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

2. *Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.*
3. *El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.*

Adviértase, por lo destacado, que la única modificación respecto a la situación anterior es la relativa a la compatibilidad en el grado de total para la profesión habitual, algo sobre lo más adelante se volverá.

Como se puede apreciar de este breve recorrido histórico, la **incompatibilidad** de las prestaciones económicas por incapacidad permanente solo se puede establecer respecto:

-Del trabajo que se realice en relación con los grados de IPA o Gran Invalidez a partir de la edad de acceso a la jubilación y siempre que esos trabajos determinen su inclusión en el sistema en los términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva normado en el art. 165 LGSS.

-Del trabajo por cuenta ajena o propia en el caso de la IPT con el incremento de la pensión.

Y por otro lado, **hay compatibilidad** en principio, entre:

-Prestación por lesiones permanentes no invalidantes y trabajo.

-Prestación por IPP y trabajo por cuenta propia y ajena

-Indemnización sustitutiva de la pensión de IPT y trabajo por cuenta propia o ajena

-Pensión de IPT, IPA o GI y trabajo por cuenta propia o ajena.

El debate en torno a la compatibilidad podría decirse que se centra en los grados de incapacidad permanente pensionables, es decir en los grados de incapacidad permanente total, el de absoluta y la gran invalidez.

Por lo que respecta a la IPT, la clave está en el apartado 1 del art. 198 LGSS. Una rápida lectura del mismo nos va a llevar a la conclusión de que: a) La situación de incapacidad permanente total es compatible con el ejercicio de una actividad no asalariada; b) La situación de incapacidad permanente total es compatible con el ejercicio de una actividad asalariada distinta a la de aquella por la que fue declarado incapacitado; c) La situación de incapacidad permanente total es compatible con el ejercicio de una actividad asalariada en la misma empresa o en otra distinta si las funciones a desempeñar no coinciden con la que originó la incapacidad permanente total de la que es tributario el trabajador; y d)

El percibo del incremento previsto en el art. 196.2 párrafo segundo LGSS podrá resultar incompatible con el trabajo por cuenta ajena y propia en la forma que se determine reglamentariamente.

Las situaciones previstas en las letras a y b precedentes no parece que planteen muchos problemas en su entendimiento, teniendo en cuenta que en realidad el art. 198.1 LGSS lo que hace es una declaración genérica de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con el trabajo y que solo se establece una incompatibilidad relativa con determinadas funciones de actividades asalariadas o con el percibo del complemento a la pensión de incapacidad permanente total

El problema de entendimiento de este precepto, a fecha de hoy, mientras no haya un desarrollo reglamentario del art. 194 de la LGSS, no plantea muchas dificultades. El problema estará cuando cobre plenitud lo dispuesto en su párrafo segundo del apartado 2 del precepto indicado, que recordemos reza así:

«A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente»

Es decir, el quid de la cuestión se trasladará a saber cómo valorar la incapacidad del trabajador con referencia a la profesión o bien al grupo profesional en el que estaba encuadrado. Y en segundo lugar las funciones desempeñadas antes del hecho causante y las que ahora se pretenden realizar.

Conviene recordar que fue la reforma introducida por la Ley 27/2011 en el art. 141.1 de la LGSS (texto refundido de 1994) la que introdujo la referencia al grupo profesional en la valoración de la capacidad laboral y supuso curiosamente eliminar al referencia al concepto de “profesión habitual”, limitándose solo a la profesión del declarado incapacitado. La situación se volvió más compleja por la referencia al grupo profesional en el que se supone el trabajador estar encuadrado. Ya que entonces surgía la duda sobre si el legislador está entendiendo que el incapacitado permanente total lo es no solo para la profesión que desempeñaba al momento del hecho causante, sino para todas las encuadradas en el grupo profesional y por tanto la incompatibilidad alcanza a todas las profesiones incluidas en el mismo. No obstante, debe recordarse que hasta ahora el TS ha venido entendiendo que en concepto de profesión habitual para la que se supone que es declarado incapacitado no coincide con la categoría, ni tampoco con el grupo profesional. Otra cosa sería que interpretemos que la IPT significa incapacidad para todas las profesiones encuadradas en un grupo profesional, interpretación que podría llevarnos al absurdo. Por señalar un ejemplo, el Convenio Colectivo Nacional de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE, 15 de julio de 2015) recoge entre sus grupos profesionales el de “Almacén y Expediciones”, que agrupa las actividades de almacenamiento y expedición, así como la distribución y abastecimiento dentro de la empresa de materias primas y otros productos a través de máquinas transportadoras, distinguiendo lo siguientes niveles profesionales:

-Jefe de almacén (es el que dirige y es responsable de las operaciones de almacenamiento y expedición dentro de la empresa, teniendo bajo su dependencia a los operarios que realizan este cometido);

-Almacenero (es el que ejecuta las funciones propias de su especialidad, conociendo todas las tareas que se desarrollan, y que son designadas por el Jefe de Almacén. Asimismo son aquellos que dirigen y son responsables de pequeños almacenes.

-Conductor de carretillas elevadoras (son aquellos que de manera habitual utilizan para las funciones propias de almacenamiento, expedición, distribución, y abastecimiento de materias primas en los talleres, vehículos de tracción mecánica específicos para tales fines);

-Ayudante de almacén (realiza tareas sencillas y de tipo auxiliar dentro del almacén.);

No parece razonable decir que una persona que pierde la aptitud para conducir carretillas elevadoras (por ejemplo, por la pérdida de visión que le impida poder seguir conduciéndolas) implique que no pueda realizar ninguna de las tareas comprendidas en su grupo profesional.

Respecto a las funciones desempeñadas por el trabajador al momento del hecho causante tiene un inconveniente que ya se creía superado, si con ello se quiere decir las meras funciones que en un momento concreto el trabajador estaba desempeñando dentro de su categoría o grupo profesional.

La nueva redacción pretendía clarificar un supuesto muy concreto de compatibilidad, el de algunos colectivos que tienen establecida y regulada una segunda actividad en la misma empresa (partió de una propuesta del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unión), pero que dada su literalidad, lo que ha aportado para el resto de situaciones es confusión. En realidad a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2011, la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el salario quedaba limitada a que las nuevas funciones a desempeñar por el incapacitado no coincidieran a las valoradas en el expediente de invalidez y que originaron su pensión. En definitiva se vuelve a la vieja y que se entendía superada forma de valorar la incapacidad permanente y que incidía luego en su compatibilidad, ampliando el ámbito de la compatibilidad del trabajo con la pensión. Salvo que se pretenda reducir esta interpretación a colectivos que tengan normada una segunda actividad y les dote de un privilegio que parece excesivo.

Este no es el único problema que se plantea en torno a la compatibilidad del trabajo del pensionista. A tenor del art. 200.2 párrafo segundo de la LGSS “... *si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión...*”. El precepto, hay que recordarlo, se está refiriendo a que una vez que se haya emitido una resolución por parte del INSS en un proceso de calificación o revisión de la incapacidad permanente, se fijará el plazo a partir del cual se podrá instar una revisión por agravación o mejoría, quedando todos los sujetos que puedan instar la revisión vinculados a la misma. De ello se exceptúa la situación del pensionista por invalidez que trabaje. Esta potestad que se reserva el INSS para poder instar una revisión de grado se debe hacer conforme a las previsiones del RD 1300/1995, de 21 julio y la O. 18-1-1996.

Dos son los problemas que se han venido planteando al hilo de esta facultad. La primera es actuación cuasi automática del INSS de someter a revisión del grado de incapacidad a todo incapacitado total para la profesión habitual que comunica (o bien por tener conocimiento de ello) la realización de un nuevo trabajo y viene a comparar aquellas lesiones por las que fue declarado incapaz para una profesión concreta con nuevas actividades extendiendo cuando entiende que la nueva ocupación tiene similares requerimientos, generalmente físicos, los efectos de aquella valoración inicial. El legislador pudo haber optado en la configuración de la incapacidad permanente total con que ella sería incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo optó por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente a otro trabajo distinto, en los términos que reglamentariamente se establecieran y estos son los recogidos en el art. 23.4 de la OM de 15-4-1969 y no otros.

La segunda cuestión que se ha venido planteando es la viabilidad, mientras se desarrolla este proceso de revisión, que la entidad gestora pueda suspender temporalmente o no el abono de la pensión a tenor de la previsión en tal sentido recogida en el art. 18.4 de la O. 18-1-1996. Los criterios judiciales han sido contradictorios, a favor puede verse la STSJ Cataluña de 20-6-2001 (AS/2001/3233), con matiz y sólo cuando la incapacidad inicial reconocida sea la de IPA o GI puede verse la STS Andalucía 23-11-2001 (JUR/2003/2622). Esta segunda línea es la que el TS ha acogido como correcta desde su sentencia de 10-5-1995 (RJ 1995/3767) en la que tal posibilidad de acordar la suspensión temporal esté prevista expresamente o implícitamente en una norma, pero que no cabe extender a otros supuestos para los que no está previsto. Es decir “... *la Orden de 1996 lo que permite al INSS es suspender la prestación por medio de un procedimiento de revisión cuando el trabajo discutido se refiere al beneficiario de una prestación por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez y las actividades pueden exceder del o previsto en aquel apartado del art. 141, pero no contempla en modo alguno que dicha entidad gestora pueda acordar una suspensión de prestaciones respecto del beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total*”, STS 3-5-2005 (RJ/2005/5059).

Pero es quizás donde mayores problemas vamos a encontrar es cuando estamos ante un pensionista de IPA o GI que “vuelve” al trabajo.

El art. 198. 2 y 3 LGSS dispone lo siguiente:

«2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 213 de esta Ley.»

Son tres los aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar si el inválido permanente absoluto o el gran inválido pueden o no trabajar:

- a) Las actividades a desempeñar tienen que ser compatibles con el estado del inválido.
- b) Que no supongan o representen un cambio en su capacidad a efectos de una revisión de grado.
- c) Un límite temporal relativo en el disfrute de la compatibilidad, la edad de acceso a la pensión de jubilación en los mismos términos que prevé para la misma el art. 165.1 de la LGSS.

Como se puede apreciar la compatibilidad entre IPA/GI y trabajo es bastante más compleja que en el caso de la IPT. Y ello por la propia configuración de esos grados de incapacidad permanente. Si el grado de *“absoluta para todo trabajo”* es *“la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión oficio”*, a tenor del art. 194.4 LGSS, es difícil conectar esta exigencia con la compatibilidad *“con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”*. Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la compatibilidad se refería a trabajos de tipo marginal y escasamente relevantes, que no serían comprensibles del núcleo funcional de una profesión u oficio y que difícilmente encontrarían encaje en el art. 1 del ET.; y que además no requerirían su alta y cotización en la seguridad social. Se trata en definitiva de una interpretación restrictiva de la compatibilidad y la situación invalidante. Las razones que abonan esta tesis son: 1º) la definición normativa de la situación de IPA; 2º) la propia situación de necesidad a cubrir, que es la pérdida de rentas que supone tal situación de inhabilidad laboral, que contempla como cuantía de la prestación un 100% de la base reguladora, de aquí que deba entenderse si se compara con el grado de IPT, que si al trabajador le queda capacidad laboral residual para obtener ingresos por otro trabajo, la situación a cubrir sería del grado de IPT y no el de IPA.

Esta posición restrictiva supone que si se realizan trabajos compatibles con esa capacidad residual mínima, el alta y cotización en el Sistema era inexigible y que cuando el beneficiario tuviera intención de efectuar actividades de este tipo debía de comunicarlas al INSS con el fin de que este pudiera si lo estimase oportuno iniciar un procedimiento de revisión del grado de invalidez reconocido. Pero téngase en cuenta que a tenor de la doctrina judicial, en torno a los procesos de revisión de incapacidad permanente tanto cuando se inicien por mejoría como por agravación, que esta debe tener la entidad suficiente como para variar el grado de incapacidad ya reconocido.

No obstante, en los últimos años se ha ido abriendo una interpretación más amplia, favorecedora de la compatibilidad entre la pensión del IPA o GI, que se inicia con la STS. 30-1-2008, cuyos argumentos, como señala la misma, pueden resumirse así:

- a) Se es consciente de las dificultades que entraña el juicio de IPA y los amplios términos del art. 198 LGSS invitan a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo;
- b) Que no existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean *“superfluas, accidentales o esporádicas”*;

c) Que literalidad del precepto –art. 141.2 (hoy art. 198.2) LGSS– apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión;

d) Que la remisión al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT;

e) Que derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 (hoy art. 198.2) LGSS, 2 RD 1071/1984 23 Mayo y 18.4 OM 18/01/96);

f) Que una opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en IPA (al que se le negaría toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad);

g) la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido; y

h) el art. 18.4 OMI ha de ser considerado “ultra vires” respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 (hoy art. 198.2) LGSS (recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno) y –por lo mismo– sus prescripciones carecen de eficacia jurídica.

Por otro lado y respecto a los GI hay que recordar que aunque el supuesto más habitual suele ser el de un IPA que precisa de la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida ordinaria (lo que hoy se denomina actividades básicas de la vida diaria, en terminología de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia), no se precisa tal grado sino que un inválido permanente total si precisa esa ayuda de una tercera persona podrá acceder a la condición de GI. Aquí en este supuesto la compatibilidad con el trabajo va más allá puesto que al IPT solo se le exige realizar una actividad distinta de la profesión habitual. La calificación de gran inválido lo único que comporta es un complemento a la pensión cuya finalidad es precisamente poder compensar los gastos que una persona que necesita de otra vaya a tener.

Queda por examinar esa barrera temporal que en principio se le impone al IPA/GI que compatibiliza pensión con trabajo que es la edad de acceso a la pensión de jubilación.

La reforma de 2011 ha equiparado a pensionistas de jubilación con pensionista de IPA o GI en los términos previstos en el art. 165.1 de la LGSS. Siendo el régimen de compatibilidades o incompatibilidades de la pensión de jubilación con el trabajo es básicamente el siguiente:

Determinar el alcance de esa asimilación entre el régimen de compatibilidades entre el IPA/GI y el de pensionista de jubilación. Una cuestión no resuelta es *¿cuál será la edad de*

referencia a tomar? Debe tenerse en cuenta –con independencia del período transitorio actual– que la edad de acceso a la jubilación son los 65 años de edad y 35 años cotizados o los 67 años (y 15 años cotizados como mínimo). Si tomamos como referencia los 65 años tendremos que un IPA/GI con una larga carrera de seguro puede ser discriminado o perjudicado frente a un IPA/GI con una carrera de seguro menor, lo cual parece ilógico.

Partiendo de lo anterior debería de tenerse en cuenta que:

a) En realidad el régimen de compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente gira en torno –con algún matiz– a dos ideas que en la práctica son bastante complejas en su articulación:

-Su incompatibilidad relativa con salarios.

-Y su compatibilidad con las rentas sustitutivas del mismo y por tanto procedentes de una situación de trabajo y disfrute de prestación económica.

Esos matices lo son respecto de los grados pensionables. Y así resulta que:

a) La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual es compatible con el trabajo, incluso en la misma empresa, siempre que las funciones a desempeñar no coincidan con las que originaron la incapacidad permanente.

b) La pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez no es impedimento con el ejercicio de una actividad lucrativa o no, si es compatible con el estado del invalido (entiéndase no perjudiciales) y que no implique un cambio en su capacidad laboral.

Sin que esto signifique que haya una exigencia de profesionalidad o de marginalidad del trabajo, en el sentido de que este pueda ser significativo económicamente. Ni tampoco que revista la nota de esporádico o no.

Problema a considerar en esta situación es si es preciso o no someterse a una revisión del grado de incapacidad. Obviamente la norma solo faculta al ente gestor a iniciar un proceso de revisión. En principio, ni sería necesaria esta previsión normativa ya que puede hacerlo en cualquier momento antes de cumplir la edad requerida para acceso a la pensión de jubilación. En realidad el problema vendrá dado por el motivo que pueda aducir de cara a modificar el grado de incapacidad inicialmente reconocido ¿hay mejoría? Y en este caso que tenga tal trascendencia que justifique un nuevo grado de incapacidad o la desaparición de la situación de incapacidad permanente; o bien justificar que hubo error en el diagnóstico, algo bastante infrecuente.

c) Se puede percibir pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez y rentas salariales después de la edad de jubilación, en los mismos términos previstos para el percibo de una pensión de jubilación y el ejercicio simultáneo de un trabajo.

b) Ante la duda, la interpretación más razonable acerca de la compatibilidad o no, debería ser favorable en sentido amplio.

Y ello lo avala en cierta forma:

-Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad hecho en Nueva York en fecha 13-12-2006.

-Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

-La Ley 43/2006, de 29 noviembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las diversas medidas de favorecimiento del mantenimiento de empleo en supuestos de incapacidad sobrevenida.

-Las medidas para favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad art 1 y 2 del RD 1451/1983.

-La Resolución de 2 octubre de 2003, del Congreso de los Diputados aprobando la renovación del Pacto de Toledo, recomendación adicional 4º. O la Resolución de 29 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados sobre Informe y Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, recomendación 18ª párrafo 2º a 5º.

-El propio texto refundido de la LGSS 2015, cuyo art. 147 en relación con la invalidez no contributiva permite la compatibilidad de la pensiones de invalidez con el trabajo remunerado.

-Por un dato a tener en cuenta que la declaración de incapacidad permanente pensionable no extingue automáticamente el contrato de trabajo.

A tenor del art. 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del CT no es automática aunque desde el momento en que sea declarado en IPT/IPA/GI el empresario pueda hacerlo valer. Sin perjuicio de la situación prevista en el art. 48.2 del ET en relación con los arts. 7 del RD 1300/1995 y 13 de la O. 18-1-1996.

A modo de reflexiones finales sobre necesaria reordenación del modelo de regulación vigente

Quizás sea necesario reordenar el régimen jurídico de la incapacidad permanente en varios aspectos, a saber:

a) La propia configuración de la misma.

No parece que el legislador tenga muy claro cómo quiere delimitar la situación de incapacidad permanente. Por un lado se inclina por la delimitación y graduación en función de un listado de enfermedades, pero mantiene transitoriamente la situación anterior a 1997. Y no se olvide que han pasado casi 18 años desde aquella formulación sin que se haya desarrollado la misma. La idea no es mala, ahora bien ¿es viable? Quizás se haya avanzado algo a tenor de las últimas noticias que se tienen de la elaboración por parte del INSS Guías de Valoración Profesional para uso propio. Algo parecido a las guías de tiempos óptimos de

duración de la incapacidad temporal de uso obligatorio. Es verdad que la necesidad de tener unos criterios claros y objetivos a la hora de valorar la situación patológica de una persona como incapacitante o no es necesaria y así evitaremos disparidades absurdas de criterios tanto de los equipos de valoración de incapacidades como de los órganos de la jurisdicción laboral. Ahora bien no se olvide que elaborar un listado de enfermedades y adjudicarles un determinado porcentaje de incidencia en la capacidad laboral de una persona, es una tarea complejísima por la dificultad de aprehender la realidad (la situación patológica global de una persona y el trabajo desempeñado) y que además siempre quedará un margen para la discrecionalidad. Y si no hay está el ejemplo de la valoración de las discapacidades que siempre queda un margen para la interpretación y ello determina el acceso o no a la protección.

b) Reordenar situaciones protegibles y grados.

Una situación protegida que no se entiende bien y que casa mal con el principio de consideración conjunta de las contingencias son las denominadas lesiones permanentes no invalidantes. No se alcanza a ver qué situación de necesidad cumple, más bien tiene una razón indemnizatoria y por tanto no justifica que se limite a que provenga de causas profesionales. Por otro lado la calificación de una situación como lesión o incapacidad permanente es muy discutible y no está exenta en muchas ocasiones de discrecionalidad excesiva. Defecto también predicable del grado de IPP y sus frontera con la IPT o con las lesiones permanentes no invalidantes.

Quizás debería de pensarse en o bien extender las lesiones permanentes no invalidantes a situaciones derivadas de contingencias comunes o a su desaparición. Y por lo que respecta al grado de IPP cabría pensar en que no tiene mucho sentido mantener esta situación incapacitante.

Otro aspecto a tener en consideración es la situación del mercado laboral en torno a las amplísimas actividades que ofrece otrora desconocidas y las que están por descubrirse, así como las dificultades que ofrece para mantener una actividad continuada en el tiempo. Se dice esto por la razón de que si hay que valorar situación patológica con la incidencia que ella pueda tener en el trabajo o con las funciones desempeñadas habrá que conocer el mismo. Y si este ha sido múltiple y variado tendrá que elegirse con cual se comparará. La Disp. Trans. Vigésima sexta de la LGSS mantiene transitoriamente la situación anterior a 1997 distinguiendo profesión habitual en caso de accidente (la desempeñada al momento del mismo) o en caso de enfermedad (aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la incapacidad, que reglamentariamente se determine). Aquí podría utilizarse como orientación lo que ya establecía el régimen SOVI en la Orden de 18-6-1947,

“Artículo 3º.

Se estimará como profesión habitual, a los efectos que determina el número 1 del artículo anterior, aquella a la que el productor dedicó su actividad antes de sobrevenir la invalidez y constituía la base esencial y fundamental de su existencia. De haber tenido diversas profesiones u oficios, será la habitual la que ejerciera durante más tiempo, computándose a estos efectos el trabajo prestado durante los

cinco últimos años anteriores a la fecha en que se produjo la invalidez alegada.
Estos extremos se justificarán con la afiliación y cotización en el Régimen”

Por último no debería de olvidarse la necesidad de afrontar de una vez la valoración y cobertura prestacional de aquellas profesiones de corta duración y que ante una mínima situación patológica de ese trabajador lo hacen tributario vitalicio de una pensión a una edad muy temprana y con una amplísima situación de compatibilidad con cualquier actividad laboral. Algo que el Acuerdo político-social sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito por UGT, CC.OO. CEOE, CEPYME y el Gobierno en 13 de julio de 2006 ya habían previsto pero que no encontró su plasmación positiva.

c) Compatibilidad versus incompatibilidad

Quizás el problema de las compatibilidades o incompatibilidades habría que replantearlo con otra visión y es la cuantía de la prestación que realmente percibe el trabajador. Las incompatibilidades deberían de mirar, de hecho esto es lo que últimamente se está haciendo, hacia los ingresos que por la actividad posterior esté desempeñando el pensionista de incapacidad permanente.

La problemática acerca del régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones de incapacidad permanente y la realización de trabajos por cuenta ajena o propia es de fácil comprensión si no se olvida la propia configuración de la incapacidad permanente, a saber: a) la calificación de la incapacidad permanente depende de un elemento básico, la incidencia o no en la capacidad laboral del trabajador; y b) la graduación de la incapacidad permanente en función de su incidencia en cuatro grados de incapacidad permanente.

Y otro aspecto a tomar en consideración es que dada su configuración el propio régimen de prestaciones económicas aboca a reconocer un régimen de compatibilidades amplio. Si la situación de necesidad a reparar o atender es la pérdida de rentas que a la que la incapacidad permanente conduce es obvio que si se ofrece para reparar tal estado una indemnización en la IPP o una pensión en la IPT calculada sobre el 55% de una base reguladora (de aquí que se le conozca popularmente como “la media paga”) se acepte que en ambos casos el beneficiario tenga que buscarse otro medio de vida. Una pensión de IPT en el mejor de los casos (que derive de contingencias profesionales) alcanza como mucho a la mitad de lo que el trabajador percibía antes de la declaración de incapacidad permanente.

En realidad, las últimas reformas que están facilitando el mantenimiento de la pensión con el trabajo no son ideas originales, sino que son una mirada al pasado, vienen en realidad asumir la solución que en su momento daba el nunca extinto SOVI.

El art. 8.1 de la Orden 18 junio 1947, rezaba así

“El percibo de la pensión será:

a) Incompatible:

1º. Con la obtención de un jornal, sueldo o remuneración que sea igual o superior a la tercera parte del que hubiese disfrutado en la profesión habitual, que sirvió de base para declarar su derecho a la pensión.

...”

Estudios
Doctrinales

LABORUM

Las prestaciones de asistencia social en la Unión Europea: entre política y jurisprudencia, o la jurisprudencia contaminada de la política

Welfare benefits in the European Union: between policy and case-law, or case law contaminated by policy

JAIME CABEZA PEREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

Ha habido recientemente algunas sentencias del TJUE que han cambiado su jurisprudencia tradicional sobre el acceso a los subsidios sociales en los Estados de acogida en el caso de las personas migrantes. La actual posición del Tribunal permite mayor libertad a los Estados miembros para denegárselos a quienes las solicitan si no cumplen estrictamente los requisitos de residencia legal de la Directiva 2004/38/CE. En particular, el requisito de no constituir una carga para los sistemas públicos se ha erigido en una barrera muy importante, pues se ha interpretado literalmente y sin atender a las circunstancias concretas de cada situación particular. Este cambio coincide en el tiempo con un gran debate político acerca del turismo de asistencia social, cuyo epicentro está en el referéndum de salida del Reino Unido y en ciertas posturas políticas próximas a la xenofobia. Pero da la impresión de que el Tribunal se está contagiando del debate. En este estudio se desarrolla una valoración crítica del problema y se formulan severas objeciones a dicha jurisprudencia.

Abstract

There have been some Resolutions of the ECJ that have changed its traditional case-law on social benefits access in the host States in the case of migrant people. The current position of the Courts allows more margin of appreciation to Member States to deny those benefits to applicants who not fulfill strictly the legal residence requirements established in Directive 2004/38/CE. Particularly, the requirement of not being a burden for the public system has resulted in a very important barrier because it has been understood in its literal terms disregarding the particular circumstances of each individual situation. This change coincides in time with a huge political discussion about social benefit tourism whose epicenter is located in the Brexit referendum and in some political positions close to xenophobia. It is apparent that the Court has been affected by this discussion. In this article it is developed a critic about this problem and some objections to this case law are expressed.

Palabras clave

asistencia social, libre circulación de personas, ciudadanía europea, residencia legal

Keywords

social assistance, free movement of persons, European citizenship, legal residence

1. IDEAS INTRODUCTORIAS

La interpretación conjunta de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 abril 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 y del Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, ha producido noticias muy poco halagüeñas para la consolidación de la ciudadanía europea. El argumento de que los

ciudadanos del Este –o, también, los nacionales españoles– se dedican al turismo de asistencia social para holgazanear en los prósperos Alemania, Reino Unido, Holanda o Austria evoca la misma opinión esgrimida por la bien-pensante derecha española en relación con las personas que inmigraban a España desde Latinoamérica, Rumanía o Marruecos en la época durada del ladrillo y del pelotazo. Lo malo es que somos ahora nosotros los que vamos a mendigar subsidios a la Alemania de A. Merkel o al Reino Unido de D. Cameron. Bueno, no solo nosotros, pero también nosotros.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– se ha contaminado del discurso político en una época especialmente delicada, a las puertas del referéndum del “Brexit”. Cuando escribo estas letras falta poco más de una semana para su celebración, pero el eventual voto favorable a la permanencia ya viene aderezado por el acuerdo de febrero 2016 fraguado en el Consejo de la Unión Europea, por el que se le hacen al Reino Unido ciertas concesiones en torno a la materia de la que me voy a ocupar en estas páginas. Es verdad que el TJUE evita entrar en consideraciones políticas en sus fundamentaciones de derecho, al menos en menor medida de lo que hace la Abogacía General en sus conclusiones, pero la coincidencia temporal entre unas graves decisiones políticas adoptadas en el órgano intergubernamental de la UE y una doctrina judicial restrictiva de derechos para las personas económicamente inactivas que se desplazan de unos Estados a otros no parece casual. Hay, cuando menos, un “diálogo silencioso” entre una política “euro-realista” –dicho en términos de adscripción ideológica al grupo del Parlamento Europeo de los Conservadores y Reformistas– y las sentencias recientes relativas a los subsidios de asistencia social.

En efecto, en abril de 2013 los gobiernos de Austria, Alemania, Holanda y Reino Unido mostraron su disconformidad ante la presidencia de turno –irlandesa– del Consejo de la UE por lo que consideraban un fraude y un abuso sistemático que se producía en conexión con el derecho de libre circulación. De acuerdo con esta misiva, los ciudadanos de algunos Estados de la UE se desplazaban hacia dichos países con la vista puesta en los subsidios sociales que ofrecían para las personas carentes de recursos económicos¹. Es decir, se habían generalizado, en apariencia, las prácticas de “migración de bienestar” (*welfare migration*) y de “turismo social” con grave carga de las arcas públicas de los países de inmigración².

La polémica desatada se centra, así pues, en el derecho de libre circulación frente a su fantasmagórico opuesto, es decir, el derecho del país de acogida de no sufrir un daño por un ejercicio abusivo de aquél³. El estereotipo del migrante que accede a la Europa más próspera con el objetivo de acceder con prontitud a una cobertura social que le ofrezca una vida de mayor acomodo constituye un retrato expresionista que se ha cultivado desde ciertos grupos de interés⁴.

¹ Al respecto, BENTON, M., *Reaping the benefits? Social security coordination for mobile EU citizens*, Policy Brief Series, noviembre 2013, p. 5.

² BLAUBERGER, M. y SCHMIDT, S.K., *Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits*, Research and Politics, octubre-diciembre 2014, p. 1.

³ KUKOVEC, D., *Law and the periphery*, European Law Journal, vol. 21, n1 3, 2015, p. 412.

⁴ MANTU, S. y MINDERHOUD, P. *Solidarity (still) in the making or a bridge too far?*, Nijmegen Migration Law Working Paper Series, 2005/01, p. 5.

Puede decirse que en 2004 comenzó esta historia, con tres acontecimientos prácticamente simultáneos: por una parte, la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, que en el fondo no es sino una codificación de normas anteriores que pretende darle mayor relieve al derecho de libre circulación y superar interpretaciones restrictivas del mismo⁵. Por otra, la aprobación del Reglamento 883/2004, con la consiguiente refundición de reglamentos anteriores, la actualización de las reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el acogimiento de una doctrina judicial muy intensa que se había producido bajo la vigencia del Reglamento 1408/71/CEE. Y por último, el ingreso en la UE de diez nuevos miembros, de los cuales ocho de ellos habían pertenecido al bloque soviético⁶. Este último hecho iba a ser decisivo en los movimientos migratorios que han sucedido en los últimos años. En efecto, se ha multiplicado exponencialmente el trasiego del Este hacia el Oeste a medida que se han ido alzando las restricciones a la libre circulación de trabajadores. Lo cual era fácil de prever a la vista de las diferentes condiciones de vida que existen entre los nuevos Estados Miembros y los más tradicionales pertenecientes al bloque occidental y nórdico⁷. Pero se ha producido en términos más intensos si cabe de los inicialmente previstos a causa de la crisis económica, porque ha confluído asimismo otro movimiento migratorio cruzado, desde los países con mayores problemas de desempleo y desocupación hacia aquéllos con más oportunidades laborales.

Habría que retroceder algo más en el tiempo y evocar el Tratado de Maastricht, como momento fundacional del concepto de ciudadanía europea, hoy contenido en el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Su desarrollo y dotación de contenido real pugnan contra las medidas restrictivas de derechos que produzcan disparidades de tratamiento entre ciudadanos nacionales del Estado de acogida y ciudadanos nacionales de otros Estados Miembros. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha ponderado de forma distinta su importancia en unos pronunciamientos y otros, con una tendencia actual hacia el silencio de la misma.

Ahora bien, está lejos de ser pacífico y constatado que se haya producido una migración derivada de la búsqueda de subsidios sociales. Que se ha incrementado el número de desplazamientos por una serie de factores derivados, en suma, de los diferentes estándares sociales no significa automáticamente que se haya desatado ese turismo asistencial. Más bien, la mayoría de los estudios al respecto concluyen que no se ha producido a gran escala⁸. Puede entenderse que han crecido los desplazamientos en busca de empleo y de ocupación y que, en ese contexto de migración con perspectiva laboral las personas interesadas pretenden acogerse en determinados momentos a los subsidios. Pero eso es distinto a afirmar que existe un efecto llamado masivo a causa de los opulentos sistemas de protección social de los Estados con Gobiernos quejosos, que actuarían como “único objetivo” o “propósito

⁵ Sobre este tema, me remito a mi estudio *La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 122, 2016, p. 123, con cita de jurisprudencia al respecto.

⁶ Reflejando esta coincidencia, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y., *Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE*, La Ley Unión Europea, nº 32, 2015. También, MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 4.

⁷ MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸ *Ibid.*, p. 10.

principal” para la circulación entre Estados Miembros⁹. Dicho sea de paso, a la doctrina tradicional del TJUE siempre le resultó indiferente los motivos del ejercicio de la libre circulación, hasta muy recientemente, cuando se ha “contagiado” de esta presunción de migración de subsidio asistencial. Y ha comenzado una senda jurisprudencial que puede considerarse, a primera vista, como de una fuerte hostilidad a la emigración. Desde luego, como contraste con la jurisprudencia anterior, que, partiendo de una postura más comprometida con la ciudadanía europea, propició el debate sobre el turismo social.

2. DE *BREY* A *ALIMANOVIC* O EL RÁPIDO DERRUMBE DE LOS PRINCIPIOS

La cuestión fundamental a la que se enfrenta el Tribunal se refiere a los límites que pueden esgrimirse lícitamente a la igualdad de trato entre nacionales de unos Estados Miembros y otros a causa de los requisitos que la Directiva 2004/38/CE permite establecer para la residencia legal en un Estado de acogida en los momentos previos a la adquisición del derecho a la residencia de larga duración, en particular cuanto se sobrepasan los tres meses pero no se alcanzan los cinco años¹⁰. En concreto, su art. 7.1 b) condiciona la residencia legal en este período a disponer de recursos suficientes para sí y para los miembros de su familia, al objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. En similares términos, el art. 14 impone el mismo requisito para quienes se encuentren en el estadio inicial de residencia durante los tres primeros meses. Es evidente que está pensado para restringir el acceso de los no nacionales del Estado de acogida pero ciudadanos de la UE a los sistemas de Seguridad Social y de asistencia social nacionales. No obstante, el TJUE lo matizó, en unos términos que pueden sintetizarse en la sentencia que dio respuesta al asunto *Brey*¹¹.

De acuerdo con ella, es exigible cierto grado de solidaridad financiera entre los nacionales de los Estados de acogida con los de otros Estados miembros, “*en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal*”. Afirma concesivamente el Tribunal que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en particular, la protección del erario. Y reconoce que el art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE permite establecer excepciones al principio de igualdad para el caso de los ciudadanos de la Unión que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, o mantengan el status de tales, o sean miembros de sus familias, de tal forma que no tengan acceso a las prestaciones de asistencia social, sobre todo durante los tres primeros meses de residencia. Sin embargo, no cabe una denegación de la solicitud por parte de las autoridades del Estado de acogida “*sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esta prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado*”. Pues la Directiva no excluye la posibilidad de conceder tales prestaciones, antes bien, varios de sus preceptos abogan directamente por que puedan reconocerse. Además,

⁹ LIROLA DELGADO, I, *La ciudadanía de la Unión Europea en retroceso: el cambio de rumbo del tribunal de justicia en los asuntos Brey, Dano y Alimanovic*, Revista Jurídica do CESUGA, vol. 3, nº 6, 2015, p. 142.

¹⁰ Un planteamiento claro del problema en ZAHN, R., ‘*Common sense*’ or a threat to EU integration? *The Court, economically inactive EU citizens and social benefits*, Industrial Law Journal, vol. 44, nº 4, 2015, pp. 573 ss.

¹¹ C-140/12, sentencia de 19 septiembre 2013.

conforme a su art. 8 no cabe el establecimiento de un importe fijo de qué haya de considerarse como “ingresos suficientes”, sino que hay que tener en cuenta la situación personal del interesado. Es más, el nivel exigible nunca podrá superar aquel a partir del cual el Estado de acogida concede subsidios de asistencia social o, en su defecto, que establezca como importe de la pensión mínima. Por supuesto, antes de adoptar una medida de expulsión debe examinar si el interesado pasa por dificultades económicas temporales y tener en cuenta la duración de la residencia y sus circunstancias personales. Porque el recurso a la asistencia social no puede tener como consecuencia automática tal medida de expulsión. En suma, la libre circulación, como principio fundamental de la Unión, es la regla general, de tal forma que los requisitos del art. 7 deben ser interpretados en términos restrictivos. Por consiguiente, “*el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida*”.

Tal doctrina se formula en términos abstractos, pero inequívocamente excluye que pueda denegarse sin más una prestación de asistencia social por aplicación directa del art. 7 –o del art. 14– de la Directiva 2004/38/CE. Impone un estudio casuístico de cada situación que se plantee, por más que mantenga ciertos flancos de incertidumbre e inseguridad jurídica, amén de no pocas lagunas interpretativas. Invoca el principio de proporcionalidad, con una expresa interdicción de los automatismos en las decisiones desfavorables. Por lo demás, plantea abiertamente el incómodo tema de las decisiones de expulsión en relación con la denegación de ayudas sociales. Aboga a este respecto por un criterio sumamente restrictivo, aunque el asunto solo se plantea en hipótesis. El asunto *Brey*, al igual que ocurre con los que a continuación van a describirse, no se refiere a una expulsión, sino a denegaciones de ciertas prestaciones. Con todo, parece inequívoca una postura jurisprudencial muy restrictiva, además coherente con la que expresa la propia Directiva: solo en casos muy excepcionales podrá admitirse una decisión de expulsión de un nacional de otro Estado Miembro por el hecho de suponer una carga para sus cuentas públicas.

Es cierto que alguna autora ya advierte en el asunto *Brey* cierto sesgo de vuelta atrás y de aproximación hacia posturas más restrictivas de los derechos de ciudadanía¹². Pero, claramente, el retroceso comienza con el asunto *Dano*. Antes de comentar esta sentencia, es conveniente precisar el concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de la Directiva 2004/38/CE en relación con el desempleo involuntario. Su art. 7.3 expresa que se mantiene la condición de trabajador cuando se haya perdido involuntariamente el empleo después de un año de empleo y se haya producido la inscripción en el servicio de empleo para buscar nueva ocupación. O bien, si el paro involuntario se produce antes de los doce meses y exista inscripción como demandante de empleo, pero en tal caso tal condición se mantiene por un plazo no inferior a seis meses. Por consiguiente, en el caso de los nacionales de Estados Miembros que hayan trabajado en el país de acogida por menos de un año, podrán dejar de ser considerados trabajadores después de seis meses sin empleo y sometidos, por lo tanto, al escrutinio de si constituyen una carga para la asistencia social.

El asunto *Dano* se refería a una nacional rumana cuyo hijo había nacido en Alemania en 2009. Tras la última vez que había entrado en Alemania, en 2010, una autoridad local le

¹² LIROLA DELGADO, I., *op. cit.*, p. 140.

había expedido meses más tarde un certificado de residencia permanente, pero en el que señalaba como fecha de ingreso en el país una próxima a dicha expedición. Desde 2010, madre e hijo residían con la hermana de aquella y a su costa. En relación con el hijo, la señora Dano cobraba una prestación por hijo a cargo y un anticipo de pensión alimenticia. Por lo demás, no contaba con ningún certificado de estudios. Entendía el alemán, pero no podía expresarse correctamente en dicho idioma. No tenía cualificación profesional alguna, no había ejercido ninguna actividad profesional en Rumanía o en Alemania y nada inducía a pensar que estaba buscando trabajo. En estas circunstancias, madre e hijo pidieron una prestación de seguro básico que fue rechazada por el servicio de empleo alemán. En un segundo intento, igualmente desestimado, la señora Dano presentó una reclamación administrativa y luego, judicial, que dio lugar a la consiguiente cuestión prejudicial. En ella, se dilucidaba de nuevo si la denegación de la prestación era congruente con la Directiva 2004/38/CE. Así como si no infringía el art. 4 del Reglamento 883/2004, pues se trataba de la denegación de una prestación en metálico no contributiva.

Para dar respuesta a esta cuestión, el TJUE argumenta de modo simétricamente opuesto a como lo había hecho en el asunto *Brey*. Admite que la ciudadanía de la Unión, tal como está definida en el art. 20 TFUE, está destinada a convertirse en la condición fundamental de los ciudadanos de la Unión. De tal modo que todos deberán recibir en cualquier Estado de la UE el mismo trato jurídico. La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del art. 18 TFUE puede invocarse, por consiguiente, en torno a los derechos vinculados a la residencia. Prohibición que se concreta en el art. 4 del Reglamento 883/2004 y en el art. 24 de la Directiva 2004/38/CE, pues las prestaciones en metálico no contributivas merecen la consideración de prestaciones de asistencia social, en los términos de esta última. Pero su art. 14 condiciona el derecho de residencia a que la persona solicitante no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida. Expresa en consecuencia el Tribunal que un nacional de otro Estado Miembro “*sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos de la Directiva 2004/38*”. Por lo tanto, y puesto que la señora Dano llevaba más de tres meses en Alemania, argumenta acerca del cumplimiento de los requisitos del art. 7, y, en concreto, sobre el concepto de “carga excesiva”. Esta condición no cabría imponerla a quien desarrolla una actividad profesional, solo a las personas económicamente inactivas.

Hasta este punto, ninguna discrepancia cabe observar en relación con su doctrina anterior. Pero seguidamente, el TJUE reorienta el discurso: el art. 7 “*pretende impedir que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia*”. De modo que la desigualdad de trato en orden a la obtención de prestaciones sociales entre nacionales y no nacionales del Estado de acogida es “*una consecuencia inevitable*” de la Directiva. Lo que obliga a que dicho Estado deba tener la posibilidad de denegar la prestación cuando los solicitantes que no sean nacionales suyos no dispongan de recursos suficientes. Y todo ello aboca a efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado. Examen con respecto al cual la sentencia expresa, lapidariamente, que “*los demandantes no disponen de recursos suficientes y, por ello, no pueden reclamar un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38*”. Lo cual es así también desde la perspectiva del art. 4 del Reglamento 448/2004, pues las prestaciones se conceden en el Estado en el que el solicitante resida y de acuerdo con su legislación.

La argumentación del asunto *Dano* no es mucho más prolija, pero implica un claro cambio de rumbo. No se mantiene ninguna apelación a la solidaridad financiera, ni ninguna invocación a las circunstancias personales de la interesada, al margen de su falta de recursos. Ningún interés tenía que su hijo hubiera nacido en Alemania, de modo que tuviese cierto arraigo, ni tampoco el hecho de que no hubiese solicitado el subsidio controvertido hasta más de un año después de su último ingreso en el Estado de acogida. No importaba que existiese una familiar de segundo grado que hubiese sido determinante en su manutención. Tampoco que hubiese sido reconocida una prestación de crianza para el hijo, o que se le concediese una pensión alimentaria a título de anticipo en sustitución de un padre desconocido. Estas todas fueron circunstancias irrelevantes para el Tribunal. Y, aunque no se diga con rotundidad, la sentencia se regodea en la circunstancia de la falta de profesionalidad de la señora *Dano*, generando así la apariencia de que el motivo real de su cambio de residencia a Alemania no era otro que beneficiarse del sistema de protección social germano. Se ha dicho, con razón, que a partir de este momento el TJUE se preocupa por el motivo o intención de la movilidad¹³. Y lo hace desde el prisma de la sospecha y de la desconfianza.

Hay otro punto de vuelta atrás en la sentencia *Dano* que merece la pena destacarse, por más que sobre él los fundamentos de derecho guardasen un espeso silencio. Se trata de que, como quiera que la controversia se configurase en términos de naturaleza jurídica, la prestación discutida era gestionada por las entidades de empleo. Pudiera decirse con el TJUE que, a fin de cuentas, la interesada no había pretendido buscar empleo en términos materiales, pero eso no impide que el subsidio denegado tuviese, en apariencia, un vínculo apreciable con las políticas de empleo. Siendo ello así, da la impresión de que el Tribunal se desdice por la tácita de su doctrina anterior, conforme a la cual los subsidios vinculados a la búsqueda de empleo no pueden denegarse a los nacionales de otros Estados Miembros. El tema es oscuro porque, desde la perspectiva del Gobierno alemán, la función fundamental de la prestación controvertida consiste en garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana. Es decir, pudiera interpretarse que su relación con el empleo es más bien circunstancial y no hay un apartamiento de la jurisprudencia anterior. Así se confirma, como va a verse, de forma casi inmediata.

A continuación se dictó la sentencia del asunto *Alimanovic*, que profundizó en la herida abierta en el asunto *Dano*. Debe anticiparse que esta sentencia ha debilitado el estatus legal de las personas económicamente inactivas bajo el prisma del Derecho de la UE¹⁴. Se refería a una familia compuesta por madre y tres hijos, de nacionalidad sueca, aunque los tres hijos habían nacido en Alemania. En 1999 se habían trasladado de Alemania a Suecia y once años más tarde, en 2010, regresaron a Alemania. Entre 2010 y 2011 la señora *Alimanovic* y su hija mayor desarrollaron trabajos de escasa duración, en todo caso por menos de un año. Entre finales de 2011 y mayo 2012 se le reconocieron prestaciones familiares por sus dos hijos menores y, en relación con ella y con su hija mayor, prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración —es decir, las mismas que se habían dilucidado en el asunto *Dano*—. Sin embargo, a causa de unas vicisitudes internas que no interesan a los efectos de este estudio, a partir de mayo se revocaron tales prestaciones de asistencia social, lo cual

¹³ SÁNCHEZ-URÁN, AZAÑA, Y., *op. cit.*

¹⁴ Así lo entiende VAN DER MEL, A.P., *Overview of recent cases before the Court of Justice of the European Union (July-December 2015)*, European Journal of Social Security, vol. 18, 2016, p. 74.

provocó una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de esta decisión con la Directiva 2004/38/CE.

En su argumentación, el Tribunal reconoce el derecho de residencia en Alemania de la señora Alimanovic y de su hija en su condición de personas en busca de empleo. Desde este prisma hay que analizar la compatibilidad con el Derecho de la UE de una norma interna que las excluye de unas prestaciones de asistencia social. Para ello, parte de clarificar la duda antes expresada sobre la relación de éstas con el desempleo. En efecto, expresa el Tribunal que *“la función preponderante de las prestaciones discutidas es precisamente garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana”*, de modo que *“no se pueden calificar como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro”*. En consecuencia, el TJUE no se desdice de su doctrina anterior: estas últimas no pueden denegarse a los demandantes de empleo, pero sí las que tengan un sesgo fundamental de asistencia social. Aunque sí que hay, claramente, un apartamiento material de la misma, al interpretarse de modo estricto el ámbito de subsidios que no pueden condicionarse a un derecho de residencia legal.

Por lo demás, la sentencia reitera la doctrina del anterior asunto *Dano*. Entiende que, durante los seis meses posteriores a sus empleos de menos de un año, la señora Alimanovic y su hija podían ampararse en el principio de igualdad de trato y ser beneficiarias de las ayudas controvertidas. Es decir, como durante ese período conservaron la condición de trabajadoras en los términos del art. 7 de la Directiva, tienen derecho a no ser tratadas peor que los nacionales alemanes. Pero la resolución revocatoria de sus derechos prestacionales fue dictada más allá de ese plazo de seis meses, de modo tal que no vulneró el Derecho de la UE. Es verdad que, como demandantes de empleo, ambas tenían derecho de residencia en el Estado de acogida, pero éste podía denegarles las prestaciones de asistencia social al amparo del art. 24.2 de la Directiva.

Si hasta aquí la doctrina de *Alimanovic* no introducía significativos perfiles propios, en este punto construye sobre el asunto *Brey* en términos restrictivos: la exigencia de considerar la situación individualizada de la persona es exigible cuando se trata de adoptar una medida de expulsión, pero no cuando se discute su acceso o no a un beneficio social. El giro es muy importante, porque el TJUE se decanta ahora por defender la denegación automática y sin más consideraciones. La seguridad jurídica es más importante en esta nueva orientación que la solidaridad financiera a la que antes se apelaba: *“...al permitir que los interesados conozcan sin ambigüedad sus derechos y sus obligaciones, el criterio previsto tanto en el artículo 7, apartado 1, del Libro II, puesto en relación con el artículo 2, apartado 3, de la Ley sobre la libre circulación, como en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38, a saber, un plazo de seis meses desde el cese de una actividad profesional durante el que se mantiene el derecho a la ayuda social, permite, por tanto, garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social del seguro básico, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad”*. Es decir, no contando con recursos propios y no manteniendo un derecho de residencia en los términos literales de la Directiva 2000/34/CE, no hay defensa posible: los Estados Miembros pueden libérricamente denegar las prestaciones. El concepto de carga excesiva se acredita a partir de la propia petición del subsidio, que se convierte en prueba objetiva de que no se dispone de recursos suficientes. Es decir, el tribunal se desdice de su doctrina formulada muy poco antes en el asunto *Brey*.

La sentencia incluye un argumento a mayor abundamiento: si el solicitante fuera una única persona, difícilmente podría concluirse una carga excesiva, pero si se produjese un sumatorio de solicitudes, la conclusión podría ser otra muy distinta. En todo caso, los indiscutibles vínculos de la familia Alimanovic con Alemania nada importaron. Tampoco tuvo trascendencia alguna que su traslado de Suecia a Alemania no se había producido sino para trabajar en Alemania. No parecería, a primera vista, que las prestaciones para los hijos menores tuvieran una importancia decisiva en la migración. Claramente, hubo un trasfondo laboral que distinguía este caso del anterior *Dano*. Por lo demás, hay una circunstancia diferente: ya no se trataba en este caso de una migración del Este hacia el Oeste, sino entre países con consolidados sistemas de protección social. Es cierto que la señora Alimanovic había nacido en Bosnia, pero su nacionalidad era sueca, igual que la de sus hijos. No es este un caso de turismo de asistencia social. Más bien parece uno de dificultades económicas temporales, que debieran merecer una consideración más inclusiva y solidaria. Al menos desde una mínima toma en consideración de la ciudadanía europea. Tópico de ciudadanía que es el gran olvidado en la sentencia *Alimanovic*.

3. EL ASUNTO *GARCÍA NIETO* Y LOS ÚLTIMOS ESCARCEOS

A continuación le tocó el turno a una familia de nacionalidad española¹⁵. Se trataba de una pareja de hecho no registrada que conformaba una unidad económica con la hija de ambos y un hijo del hombre. Ambos hijos eran menores de edad. La mujer se desplazó a Alemania con la niña en 2012 como demandante de empleo y empezó a trabajar después de haberse inscrito en la oficina pública. Poco más de un mes después de su afiliación a la Seguridad Social alemana se reunieron con ella su pareja y su hijo. Toda la familia residió hasta noviembre 2012 en casa de la madre de la mujer y subsistió con los ingresos de ésta. Además, desde julio 2012 percibieron ingresos por los hijos, escolarizados desde agosto 2012. En estas condiciones, solicitaron a finales de julio 2012 prestaciones de subsistencia ante el Job Center –esto es, el mismo tipo de prestaciones que se habían discutido en los asuntos *Dano* y *Alimanovic*–. Pero, por lo que respecta al hombre y a su hijo, obtuvieron respuesta desestimatoria en cuanto a las mensualidades de agosto y septiembre 2012, de modo que a ambos no les fue reconocida sino hasta octubre 2012. La causa de la denegación consistía en que ambos no llevaban tres meses residiendo en Alemania y, en cuanto al padre, no tenía la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

En realidad, a la vista del asunto *Alimanovic* la suerte de este asunto estaba clara, en sentido confirmatorio de la adecuación al Derecho de la UE de la resolución denegatoria. El Tribunal insiste en que no se trata de prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, sino de asistencia social. De tal modo que un ciudadano de la Unión únicamente puede reclamar el derecho a la igualdad de trato si la estancia en el Estado de acogida cumple los requisitos de la Directiva. Entre otros, “evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”.

He querido reproducir literalmente este argumento para poner de manifiesto cómo e TJUE ya se ha liberado de todas sus ataduras conceptuales. Hasta da la impresión de que

¹⁵ Asunto C-299/14, *García-Nieto*, sentencia de 25 febrero 2016.

utiliza la paradoja como recurso literario: ciudadano de la Unión y carga. Es decir, el ciudadano como carga, lo cual constituye la concepción inversa de lo que debería ser la ciudadanía europea tal y como está concebida en el art. 20 TFUE.

Esta idea expresada, es claro que el art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE, en su literalidad aplicativa, permite una denegación del subsidio que había solicitado, al menos durante los primeros tres meses de residencia. Cuestión distinta es que, como familiar de una trabajadora, al amparo del art. 7.1 d) resida legalmente en Alemania más allá de los tres meses y, desde entonces, tenga derecho al principio de igualdad de trato, al menos en cuanto su pareja conserve la condición de trabajadora. De nuevo, el TJUE invoca la necesidad de preservar el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social de los Estados Miembros, pero con una pirieta argumental que se vuelve contra la doctrina de los asuntos *Dano* y *Alimanovic*: puesto que los Estados Miembros no pueden exigir durante el período inicial de tres meses que los ciudadanos de la Unión Europea cuenten con medios suficientes y con una cobertura médica personal, es legítimo que los Estados de acogida no tengan que hacerse cargo durante ese período de los ciudadanos que residen en ellos con base en el art. 6 de la Directiva. Lo cual, *a contrario sensu*, impondría el reconocimiento del subsidio más allá de los tres meses, al serles exigibles a los nacionales de otros estados miembros dicha suficiencia económica. Pero, ¿cuál es ésta que, existiendo, exige que el Estado de acogida deba reconocerles una prestación de asistencia social? Se trata de una enigmática pregunta, pero poco compatible con los automatismos que se admiten en dichas sentencias *Dano* y *Alimanovic*.

A continuación, la sentencia *García-Nieto* incurre en una nueva contradicción con la anterior *Alimanovic*: de nuevo, al igual que se decía en el asunto *Brey* –al que cita expresamente– la consideración de las circunstancias singulares de la persona interesada no sólo es exigible cuando se vaya a adoptar una medida de expulsión, sino también a la hora de declarar que una persona genera una carga excesiva para el sistema nacional de Seguridad Social. Ahora bien, tal examen individualizado se excluye durante los tres primeros meses de residencia. Claro que, seguidamente se desdice y parafrasea la anterior sentencia al aseverar que dicho examen personalizado tampoco es exigible cuando la persona interesada ya no tiene la condición de trabajador. Desde luego, estas oscilaciones en la argumentación para nada ayudan a consolidar criterios inequívocos. Pero, sorprendentemente, apela a continuación y sin empacho a la seguridad jurídica y a la transparencia como argumentos que justifican la denegación del subsidio. Con el corolario final, ya conocido, de que no es lo mismo reconocer un subsidio que varios a la misma unidad familiar. Para finalizar, el TJUE insiste, con respecto al art. 4 del Reglamento 883/2004, en que las prestaciones especiales en metálico no contributivas se facilitan en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan y de conformidad con la legislación de ese Estado. Que puede denegarlas en términos compatibles con la Directiva 2004/38/CE.

Hasta aquí se ha comentado la sucesión de sentencias dictadas en los últimos años. Hay alguna cuestión prejudicial pendiente a la que inmediatamente se hace referencia. Pero conviene un comentario provisional, de clara tendencia: es evidente que, desde el asunto *Dano*, el TJUE se ha orientado hacia una postura mucho más permisiva hacia las legislaciones y las prácticas administrativas de los Estados de acogida, que pueden denegar estas prestaciones de asistencia social sin tener que abordar un estudio individualizado caso por caso, en particular cuando en una unidad familiar concurren varias solicitudes. El asunto puede ser más discutible en el caso de personas que residan solas en términos

discutiblemente compatibles con la Directiva. Con todo, el argumento de la ciudadanía europea ha sufrido un gran eclipse a medida que el TJUE estaba dando pasos atrás en el principio de igualdad de trato.

A poco más de una semana del referéndum acerca del *Brexit* no es muy probable que se dicte una sentencia pendiente, en relación con el asunto C-308/14, *Comisión c. Reino Unido*. No es verosímil que los tiempos judiciales empañen los políticos en un tema delicado para la sensibilidad de los partidarios del “sí” al abandono. La Comisión impugna cierta normativa interna en relación con ciertas prestaciones por menor a cargo. Sobre lo cual, el Abogado General Pedro Cruz Villalón dictó conclusiones el 6 octubre 2015. Entiende que dichas prestaciones deben considerarse como de Seguridad Social a los efectos del Reglamento 883/2004, cualquiera que sea el modo de financiación al que se adscriban. Una vez dicho lo cual, el asunto estriba en si se acomoda a la normativa derivada una ficción jurídica conforme a la cual no se encuentran en el Reino Unido, para el acceso a tales prestaciones, quienes no se hallen en él de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, la legislación británica ha incluido *de facto* una exigencia de residencia legal. El Abogado General, él sí, apela a la ciudadanía de la Unión, pero matiza que el art. 20 TFUE, en su art. 20.2 puntualiza que los derechos derivados de la misma se ejercerán “*en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos*”, condicionante al que también remite el art. 45 de la Carta de Derechos Fundamentales. De modo que el Reglamento 883/2004 tiene que interpretarse de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, pues uno y otra no son compartimentos estancos. Es decir, y como ya se había expresado claramente en el asunto *Alimanovic*, la residencia a la que se refiere la norma de coordinación de Seguridad Social no puede ser otra que la que cumpla con los requisitos de la norma derivada de ciudadanía. Lo que lleva a una afirmación muy importante de estas conclusiones: “*la diferencia que resulta entre nacionales británicos y nacionales de otros Estados Miembros está en la propia naturaleza del sistema, en el sentido de que, en el actual estado del Derecho de la Unión, la pertenencia a uno u otro Estado miembro no es irrelevante a la hora de ejercer la libertad de circulación y residencia*”. Lo cual conduce a una conclusión desestimatoria del recurso planteado por la Comisión Europea.

Las conclusiones continúan por unos derroteros que ya no son del interés central de este estudio. Con todo, el argumento del Abogado General resuena metálicamente en nuestras conciencias europeas: la diferencia de trato está en la naturaleza del sistema, pues la pertenencia a uno u otro Estado miembro no es irrelevante. Debe reconocerse, por lo tanto, *contra natura* invocar la igualdad de trato en materia de asistencia social, al menos antes de la residencia permanente tras el transcurso de cinco años. La ciudadanía europea tiende a ser, pues, un concepto huero en esta materia, bien al contrario de lo que proclama retóricamente el TJUE. No quiero con estos comentarios mostrar un repudio especial a las conclusiones de este concreto asunto. Son la consecuencia inevitable de un doctrina judicial ya bastante decantada. Pero describen el paisaje después de la batalla. La Unión Europea que se describe a continuación en la que los “Euro-realistas” europeos han vencido, sea cual sea el resultado del referéndum del *Brexit*.

4. UNAS CONSECUENCIAS OBIAS DE LAS CORRIENTES DOMINANTES

Parece indiscutible que la nueva jurisprudencia del TJUE provoca una incidencia mínima del Derecho de la Unión. O, dicho en otros términos, los Estados de acogida ganan soberanía a la hora de diseñar las limitaciones al acceso a las prestaciones de asistencia social por parte de los ciudadanos de otros Estados Miembros que las soliciten¹⁶. De este modo, la actuación judicial del TJUE a partir de 2013 se ha convertido en una especie de amortiguador de la actuación de los mandatarios de la Unión Europea. Se había dicho desde posiciones liberales, y con cierta coherencia ideológica, que las dificultades para desarrollar normativa armonizadora en materia de Seguridad Social –básicamente, la exigencia de unanimidad– constituían una barrera conveniente para evitar un excesivo activismo político. Y también, que evitaban una actuación del Tribunal de Justicia de excesiva intromisión en los sistemas internos¹⁷. No cabe duda de que la jurisprudencia del TJUE es fiel a esta consigna, aparentemente como reflejo de la adscripción ideológica de los mandatarios que designan a los jueces. Son los Estados Miembros quienes retienen amplias competencias en la esfera social y de bienestar, en tanto que la Unión Europea tan solo asume el establecimiento de unas reglas mínimas de coordinación totalmente deudoras del principio de libre circulación de trabajadores expresado en sus términos más clásicos. Incluso esta idea empieza a ser mentira, por lo menos en los Estados Miembros del Sur de Europa, obligados a importantes reformas “estructurales”, en el seno de una política de “condicionalidad” que se ha consolidado con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y monetaria. Es decir, la UE aprieta doblemente a los ciudadanos de los Estados Miembros con mayores problemas de desequilibrios macroeconómicos: de un lado, dificulta las condiciones para que puedan acceder a las prestaciones de asistencia social en los Estados de acogida y, por otra, erosiona los sistemas de protección social de sus países de origen, de tal manera que los convierte en ciudadanos de la UE doblemente parias. Y se dirá, con un formalismo jurídico hipócrita, que, a fin de cuentas, los mecanismos de control de los desajustes económicos no son estrictamente acervo de la UE. Pero eso solo es verdad desde un prisma de estricta formalidad. La verdad incómoda consiste en que se les permite a los Estados miembros de “acogida” dar tan fría bienvenida a los ciudadanos de otros Estados Miembros, pues retienen amplias competencias en la esfera social para dibujar unas prestaciones asistenciales con rígidos requisitos que, en la práctica, las vuelvan inaccesibles para los no nacionales hasta que consigan la residencia permanente.

Porque, como se ha enfatizado, si el requisito esencial a los efectos de la residencia legal de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/38/CE consiste en contar con recursos suficientes, para sí y su familia, para no convertirse en una carga en el Estado de acogida, de tal manera que quienes no ostenten dicho estatus no acceden a las medidas de asistencia social, la conclusión obvia es que los Estados Miembros pueden blindar sus sistemas frente a los solicitantes no nacionales, pues solo con la residencia permanente deberán ser tratados en pie de igualdad. Hay que expresar, por consiguiente, que el TJUE ha supuesto un apoyo importante al Consejo Europeo en sus Conclusiones de 19 febrero 2016 en torno a las condiciones del Reino Unido en

¹⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.*

¹⁷ Véase una referencia a estas posturas en SZYSZCZAK, E., “*Europe isn't working in Europe*”: *Reform and modernisation of the European Welfare State in the wake of the economic crisis*, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n° 4, 2015, p. 1197.

la UE para el caso de que el referéndum implique el mantenimiento de su condición de Estado miembro. Y, fuera del estricto escenario del *Brexit*, desde luego que la nueva postura del TJUE supone un riesgo en el crecimiento de las desigualdades entre unos y otros ciudadanos europeos. Para aquellas personas cuyo derecho de residencia solo se base en su condición de demandantes de empleo, el mantenimiento de condiciones de vida dignas se dificulta en gran manera. De lo cual puede ser un ejemplo la República Federal de Alemania, con su normativa interna convalidada por el Tribunal de Justicia¹⁸.

Desde la perspectiva de los migrantes que afronten dificultades económicas, la jurisprudencia del Tribunal constituye un factor de riesgo y un elemento disuasorio a la hora de solicitar ayudas sociales¹⁹. Los asuntos que se han descrito son susceptibles de crítica desde muchos puntos de vista. Al margen de los ya expuestos, cabría preguntarse sobre la esencia de la falta de recursos. Si se acepta que las solicitudes de subsidios pueden ser rechazadas sin un detallado análisis particular –como se admite claramente en el asunto *Alimanovic*–, podría sostenerse que no importa si las dificultades económicas son transitorias o estructurales, o si dependen, por ejemplo, de la sucesión de empleos de muy breve duración. Asimismo puede prescindirse de un examen prospectivo que tal vez pusiera de manifiesto una alta probabilidad de mejora de la situación en un plazo más o menos breve de tiempo. Tal vez mereciera cierto nivel de consideración la cuestión del origen de los recursos, pues puede poner de manifiesto circunstancias interesantes sobre la situación del solicitante en el país de acogida²⁰. En mi opinión, todas estas consideraciones deberían incrementar el análisis circunstanciado cuando la persona que haya solicitado la prestación asistencial haya trabajado en el Estado de acogida. Y más aún cuando haya perdido la condición de trabajador por el transcurso del plazo de seis meses previsto en el art. 7.3 c) de la Directiva. Sin embargo, todas estas opiniones decaen ante los automatismos totalmente aplaudidos por el Tribunal en el desdichado caso de la familia *Alimanovic*, probablemente el más soez en términos morales, a la vista del fuerte arraigo que la familia sueca tenía en Alemania.

El mensaje cambia progresivamente: desde una jurisprudencia inicial que entendía la solicitud de un subsidio asistencial como un indicio de carencia de recursos suficientes hasta otra, vigente, que asocia casi automáticamente dicha solicitud con el concepto de carga. Bien es cierto que con la coletilla de que la situación podría ser distinta si no hubiera varios potenciales beneficiarios en la misma unidad familiar. Pero más bien da la impresión de que se emplea siempre como *obiter dicta*, y de que probablemente se desvanezca cuando el solicitante sea un individuo que no haya cambiado de Estado Miembro acompañado de su unidad familiar. Es verdad que se mantiene el límite infranqueable del art. 14.3 de la Directiva: “*el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión*”. El TJUE concede que, para la expulsión, sí es necesario el análisis individual y circunstanciado de la situación concreta de la persona interesada, pero solo porque la norma derivada lo dice sin ambages. Es decir, si prevalece la doctrina de que, a los

¹⁸ Como destaca GUIMARÃES, D., *The right of free movement and the access to social protection in the EU: The economical dimension. Notes on the Case Elisabetha Dano v Jobcenter Leipzig, C-333/13*, EU Law Journal, vol. 1, nº 1, p. 112.

¹⁹ En este sentido, BLAUBERGER, M. y SCHMIDT, S.K., *Welfare migration...*, cit., p. 4.

²⁰ Véanse estas consideraciones en MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *Solidarity (still) in the making...*, cit., pp. 17-18.

efectos del concepto de carga excesiva tal análisis es prescindible, podrá decirse que el TJUE no ha contribuido ni un ápice a llenar de contenido una ciudadanía europea dotada de resquicios de derechos sociales. Los ciudadanos que se incluyen en el concepto de “carga” no pueden ser desposeídos de su residencia, pero sí de su dignidad, que debería ser en cualquier organización política civilizada el mínimo común denominador²¹. Se ha generado una sub-escala de ciudadanos europeos, agrandada con el silencio del TJUE, que antes invocaba una solidaridad financiera que ha desaparecido ya en las últimas sentencias²². Ahora se produce la situación imposible de que solo pueden solicitar ayudas de asistencia social los no nacionales que tienen recursos suficientes. Es decir, los que superan el umbral de rentas protegible.

La movilidad de inactivos, con esta novísima jurisprudencia, queda severamente comprometida. Es evidente que los estándares retributivos y de prestaciones sociales en ciertos Estados, en particular en los de nuevo ingreso, no son homologables a los de la Europa próspera del Centro y del Norte. En estas condiciones, el complemento de las medidas de asistencia social sería casi un componente inevitable de muchos cambios de residencia a esta zona privilegiada de Europa²³. Pero también la movilidad de activos, porque para ellos sobrepasar el umbral de seis meses en desempleo puede suponer el principio del fin de su aventura en el Estado de acogida. Inactivos y demandantes de empleo son calificados de turistas sociales, casi con una presunción *iuris tantum*, si no cumplen con los requisitos de residencia legal de la Directiva. No es que ahora el Tribunal quiera, en contra de sus criterios tradicionales, “husmear” en los motivos de la “libre” circulación de personas, sino que exige prueba fehaciente de que el nuevo residente legal va a ser un contribuyente neto, nunca –ni siquiera esporádicamente– un beneficiario de su sistema de protección social. Con este criterio, se inflige un golpe de gracia a la cohesión social como parte integrante del concepto básico de ciudadanía.

Algunos documentos elaborados a caballo entre la doctrina y la política ponen de manifiesto cómo el Tribunal es consciente y parte en el debate. Por ejemplo, en referencia a la pretensión británica de limitar el acceso de los trabajadores migrantes a los beneficios sociales, se ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia reciente del Tribunal colma las expectativas al respecto, “*pues una importante clarificación ha sido que los subsidios cuya función predominante es dar cobertura a los costes mínimos de subsistencia pueden ser denegados a estas personas, incluso si esos subsidios pretenden también facilitar el acceso al mercado de trabajo en el Estado de acogida*”²⁴. De tal modo que a este respecto no es necesaria ninguna modificación en el Derecho derivado. Por más de que la última idea, referida a los subsidios de acceso al mercado de trabajo, resulta discutible. En realidad, lo que ha sucedido con los subsidios que reconocían los Jobcenter alemanes era que los órganos remitentes expresaban, en los asuntos *Dano* y subsiguientes, su desvinculación material con la búsqueda de empleo.

²¹ LIROLA DELGADO, M^a.I., *op. cit.*, p. 147.

²² ZAHN, R., *op. cit.*, p. 578.

²³ Véanse datos muy concretos en MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 25.

²⁴ DASHWOOD, A., *A “legally binding and irreversible” agreement on the reform of the EU*, Henderson Chambers, 2016, pp. 14 ss.

5. CONCLUSIÓN: TENDENCIAS Y ESPERANZAS

Puede decirse que el TJUE ha ido configurando principios protectores de los sistemas de bienestar social de los Estados Miembros²⁵. Consciente como es de que son ellos los que sostienen el pilar social de la subsistencia, ha optado decididamente por una hermenéutica de las Directivas que no comprometa las decisiones legislativas que puedan adoptarse en el nivel interno. De tal manera que cada sistema público puede hacerse su propio traje a medida, como es el caso ahora más debatido del Reino Unido, donde las reformas necesarias para adaptar el ordenamiento de la UE a las exigencias expresadas en el Consejo Europeo son, en la práctica, inexistentes.

Realmente, este no es un tópico novedoso: cómo los sistemas de Seguridad Social pueden escurrirse para evadir la aplicación de las reglas de coordinación del Reglamento 883/2004 en prestaciones no contributivas o en subsidios de desempleo ha sido un largo aprendizaje en el que cada uno de ellos ha ido generando “anticuerpos” contra las visitas extrañas a sus organismos de protección pública²⁶. Lo noticable consiste en que el Tribunal de Justicia facilita estas estrategias, a partir de una interpretación muy laxa de la Directiva de 2004. Directiva que, conviene no olvidarlo, tenía como primera finalidad consolidar los derechos de los trabajadores que ejercen el derecho de libre circulación y facilitar su ejercicio. Pero, lejos de aproximarse a estos propósitos, el TJUE, en sus últimas sentencias, ha orientado el discurso hacia la reactivación de una ciudadanía clásica basada exclusivamente –o casi en exclusiva– en el mercado²⁷. Lo malo es que tal orientación se ha producido en el huracán del debate político acerca de cómo limitar los derechos de ciudadanía.

Como se ha recordado, cuando se le preguntó al primer ministro británico por su opinión acerca de la postura del Tribunal en el asunto *Dano*, expresó que le parecía puro sentido común²⁸. En realidad, todo este lamentable episodio ha tenido más que ver con la propaganda política y con la publicidad de ciertos *mass media* que con la realidad material de las cosas. En estos días en los que uno tiene que ruborizarse con los comentarios sobre turcos, albaneses y rumanos que se defienden entre los defensores del *exit* británico, hay que recordar que no existe evidencia alguna de que se haya producido, materialmente y de forma sistemática, un turismo de asistencia social²⁹. Más bien, y los casos aquí comentados constituyen en su mayoría buenos ejemplos, han sucedido migraciones con fines laborales que han atravesado dificultades o no han del todo exitosas. Con esta doctrina tan poco atenta a las circunstancias concretas, en tales situaciones a los ciudadanos nacionales de otros Estados Miembros se les enseña la puerta de salida, no con una grosera expulsión, pero sí con una más burocrática resolución desestimatoria de sus solicitudes de prestaciones públicas.

Es de gran interés, como ha enfatizado alguna autora³⁰, que el TJUE haya preservado menos el derecho a la dignidad que el Tribunal de Estrasburgo, alguno de cuyos

²⁵ Así lo defiende SZYSZCZAK, E., “*Europe isn't working in Europe*”..., cit., p. 1199.

²⁶ Un ejemplo muy ilustrativo, en cuando al sistema belga de acceso a la protección por desempleo, en el asunto C-284/15, *ONEm*, sentencia de 7 abril 2016.

²⁷ Así lo entiende, con resignación, ZAHN, R., *op. cit.*, p. 581.

²⁸ *Ibid.*, p. 577.

²⁹ Apelando a estudios rigurosos, MANTU, S. y MINDERHOUD, P., *op. cit.*, p. 8.

³⁰ ZAHN, R., *op. cit.*, pp. 583-4.

pronunciamientos recientes parece abrir un portillo de esperanza hacia una Europa algo más integradora que la que se contempla en el dibujo que van componiendo a tres manos la Comisión, el Consejo y el Tribunal de Justicia.

La situación no es irreversible. La jurisprudencia puede re-orientarse sin grandes desmentidos, en una dirección inversa a la que se ha seguido desde finales de 2013. No hay, en la actualidad, un compromiso jurídicamente vinculante hacia las restricciones en el acceso de las personas y familias migrantes de otros Estados miembros a los subsidios sociales. Antes bien, las limitaciones al principio de igualdad de trato deberían ser, desde una perspectiva jurídica, la excepción y no la regla. Solo hace falta que cambien las orientaciones políticas de los órganos que toman decisiones. Claro que el peso de los de carácter intergubernamental ha crecido, y eso no resulta muy esperanzador. Lamentablemente, se va desmontando otro capítulo de la Europa social. Si todo lo concerniente a la libre circulación de personas constituía, muy poco tiempo atrás, un motivo de adhesión fuerte a la UE, también ahora retrocede y muestra fisuras y debilidades.

Reducción de jornada de funcionarios interinos: ¿Es posible el acceso a la prestación por desempleo parcial?

Reduced workday for interim civil servants: Can they access to partial unemployment benefit?

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN*

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN*

Resumen

El cumplimiento de los compromisos presupuestarios y la reducción del déficit público han provocado importantes ajustes en el seno de las Administraciones Públicas españolas. Así, la reducción de jornada laboral para sus trabajadores temporales, incluidos los funcionarios interinos, trae aparejada la necesidad de determinar si estos últimos tienen derecho o no a beneficiarse de las prestaciones por desempleo parcial. El Tribunal Supremo viene a reconocer, integrando la laguna jurídica existente para quienes tengan una relación administrativa, como situación de desempleo parcial protegida las reducciones de jornada acaecidas extramuros del artículo 47 ET/1995 por no poder cumplir los requisitos de procedimiento, aunque sí los de naturaleza material.

Abstract

The Spanish Public Administrations is subject to several structural reforms intended to meet the budgetary commitments and reduce the public deficit. Thus, the reduction of the work day for its temporary workers, including interim civil servants, it raises the question whether can access to partial unemployment benefit. The Spanish Supreme Court resolved the cases in favour of the recognition of interim civil servants rights.

Palabras clave

Reducción de jornada, funcionarios interinos, desempleo parcial.

Keywords

Reduction in the number of hours worked, interim civil servants, partial unemployment benefit.

1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Como consecuencia de la crisis económica que desde el año 2007 viene afectando a determinados países del mundo y las exigencias que desde determinados organismos internacionales se han impuesto a aquellas economías más débiles, los Gobiernos han tenido que realizar una serie de reformas estructurales a fin de adaptarse a los nuevos retos a los que deben hacer frente.

De esta tendencia, no se ha podido librar España, teniendo que afrontar alteraciones importantes en todos los órdenes de su sistema jurídico con el fin de capear los importantes problemas y amenazas inherentes a la situación de crisis. A los cambios acaecidos no ha sido ajeno el ordenamiento laboral y de Seguridad Social, sin distinguir tampoco entre sujetos públicos o privados, pues todos ellos han tenido que hacer esfuerzos

para reducir costes y así poder cumplir los objetivos macroeconómicos marcados especialmente por las instituciones comunitarias.

Centrando el caso en cuanto aquí interesa, el estallido de la burbuja inmobiliaria, un sistema financiero con graves dificultades para la captación de recursos y para la concesión del crédito, una constante destrucción de empleos y un elevado déficit presupuestario, han provocando un resultado realmente digno de preocupación: las organizaciones públicas han devenido incapaces de proveerse de activos suficientes para atender sus necesidades.

Los obstáculos en la obtención de recursos monetarios con los que hacer frente a sus gastos corrientes, así como para afrontar las inversiones en las infraestructuras necesarias para el soporte de los servicios de interés general y para abonar los salarios de los efectivos al servicio del sector público, han llevado a acentuar los controles del gasto y las exigencias en orden a la responsabilidad producida por una indebida o incorrecta gestión y ordenación de los fondos públicos. De ahí que en la actualidad nos encontremos en el centro de un proceso de renovación normativa tendente a la contención del déficit, iniciado hace seis años a través, entre otras actuaciones, de la modificación del artículo 135 de la Constitución Española (CE) con el fin de establecer un techo máximo al endeudamiento de las Administraciones Públicas, previo diseño de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, los cuales imponen una mayor eficacia y eficiencia en la dispensa de los quehaceres públicos.

Ejemplos significativos de esta tendencia recesiva pueden encontrarse en el Decreto Ley 8/2010, por el que se redujeron los salarios de los empleados públicos, o en el Decreto Ley 20/2012, que además de intensificar el tiempo de trabajo, suprimió la paga extra de Navidad y la paga adicional de complemento específico o emolumentos equivalentes del mes de diciembre. Es más, el legislador se ha esforzado en proporcionar los instrumentos idóneos a los gestores públicos para conseguir la reducción del número de empleados públicos, atendiendo a los términos de la actual disposición adicional 16ª 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 (TRET), cuya redacción procede de la reforma introducida por la Ley 3/2012¹, que ha facilitado la posibilidad de despedir objetivamente a los empleados públicos laborales, ya sea por la vía individual, ya sea por la colectiva, evitando, al tiempo, que los entes públicos (con excepción de aquéllos que obtengan más del 50 por 100 de sus ingresos en el mercado) puedan acudir a la suspensión temporal de los contratos o a la reducción de jornada prevista en el art. 47 TRET mientras dure la situación de desajuste económico-financiero u organizativo (disposición adicional 17ª TRET)².

Desde tales premisas, si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, la Generalitat de la Comunidad Valenciana dicta el Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, de medidas urgentes para la reducción del déficit en dicha Comunidad en el cual, y entre otros mandatos, recoge, con carácter extraordinario y duración temporal, la reducción

¹ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 34, 2013, pág. 25.

² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid, Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013, págs. 51 y ss.

de la jornada del personal temporal a su servicio acompañada de la disminución proporcional en sus emolumentos.

En ejecución de dicha medida, procede a reducir la jornada y el salario de los empleados públicos temporales al servicio de la Administración Autonómica, entre ellos los funcionarios interinos. Ante esta situación, los afectados acuden al Servicio Público de Empleo Estatal a solicitar las correspondientes prestaciones por desempleo parcial, las cuales son denegadas por dicha entidad gestora. Recurrída la decisión administrativa, tanto los Juzgados de lo Social concededores de la demanda como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestiman las pretensiones de los actores y confirman la denegación de la entidad gestora.

En apretada síntesis, estas sentencias justifican su fallo en la ausencia de cumplimiento de lo previsto en los artículos 203.3 y 208.1.3 LGSS/1994, habida cuenta de que no puede seguirse el procedimiento de minoración de la jornada por la vía prevista en el artículo 47 ET/1995, por tratarse de una relación de naturaleza administrativa y no laboral, a la cual no resulta de aplicación este último precepto por así impedirlo la disposición adicional vigésimo primera ET/1995. Al albur de tales preceptos, la Sala considera que un funcionario interino que haya sufrido una reducción temporal de su jornada laboral no puede acreditar la situación legal de desempleo requerida para causar la prestación contributiva, de manera que este colectivo tiene su propio régimen diferenciado del ordenado para los trabajadores por cuenta ajena³.

La solución ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha sido objeto de análisis mediante casi una decena de recursos de casación para unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Social, utilizando como fallo de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la citada Comunidad Autónoma de 17 de junio de 2008⁴, procede a analizar fundamentalmente dos cuestiones: una general, sobre el derecho a recibir prestaciones por desempleo cuando existe una reducción en la jornada laboral y el trabajador pasa de prestar servicios de tiempo completo a tiempo parcial; y otra específica, en torno a si los funcionarios interinos en dicha situación tienen derecho a recibir la prestación por desempleo parcial aun cuando su vínculo no se haya extinguido en su totalidad, y que va a ser el núcleo fundamental de análisis para el presente comentario.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

La jurisprudencia ha sentado que si la Administración actúa como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse en su desarrollo y en la extinción de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación, no en vano entra en la

³ Entre otras, pueden consultarse las SSTSJ Comunidad Valenciana 26 marzo (AS 1274), 3, 10 y 18 junio (JUR 258169, JUR 10960/2016 y AS 2416) y 11 noviembre 2014 (JUR 64076/2015) o 4 febrero y 4 marzo 2015 (JUR 131298 y 131307).

⁴ AS 2124.

delimitación del ámbito subjetivo del TRET (arts. 1.1 y 2 ET), quedando excluidos únicamente los funcionarios públicos y los contratados administrativamente [art. 1.3 a) ET]⁵.

En palabras del propio Tribunal Supremo, “no puede entenderse que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y aparezcan vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral... y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...”⁶.

Más aún, el legislador laboral en ningún momento considera que el contrato de trabajo celebrado por una Administración Pública con su personal por cuenta ajena constituye una relación laboral especial, que suponga la preterición de la aplicación del propio TRET o de instituciones específicas del mismo. Como única peculiaridad a tener en cuenta, procede aclarar que a la relación de servicios de este colectivo no sólo le va a ser de aplicación la mentada ley laboral, sino también el 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 (TREBEP), en términos tales que el articulado de este último en ocasiones establece reglas muy concretas, las cuales en la práctica comportan que su régimen jurídico se separe del común recogido en la legislación social, jugando a estos efectos el “principio de especialidad”, es decir, aplicándose preferentemente el TREBEP respecto del TRET en las hipótesis de conflicto entre ambas leyes, pero ello siempre y cuando los preceptos del primero así lo dispongan expresamente, pues, en caso contrario, la presunción de partida es que se aplica exclusivamente a los funcionarios públicos⁷.

Ahora bien, si está claro el régimen jurídico aplicable tanto al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas como a los funcionarios, procede dar un paso más para reflexionar sobre la ordenación reguladora de los funcionarios interinos⁸, definidos por el art. 10.1 TREBEP como aquellos que, “por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. b) La sustitución transitoria de los titulares. c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses”.

⁵ Por todas, SSTS 10 marzo 1999 (RJ 2124) y 11 noviembre 2004 (RJ 7622).

⁶ SSTS 6 mayo 1992 (RJ 1992, 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (RJ 865 y 6684).

⁷ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Civitas, 2009, págs. 23 y ss.

⁸ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Funcionario interino”, en VV.AA.: *Manual de empleo público*, CASTILLO BLANCO, F.A., (Dir.), 1ª edición, Madrid, Iustel, 2009, págs. 109 y ss.

El carácter temporal del vínculo que une al funcionario interino con la Administración conlleva un *status* a medio camino entre el vínculo de naturaleza administrativa y el laboral, ambigüedad recogida de forma expresa en el art. 10.5 TREBEP, en virtud del cual “les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”. A la luz de este tenor, cabe preguntarse si la Administración podría acudir a la reducción de jornada prevista en el art. 47 ET, con anterioridad a la reforma de 2012, pues con posterioridad esta posibilidad está vetada para el sector público administrativo⁹.

Tal interrogante merece una respuesta negativa, no en vano la finalidad del precepto mencionado es atribuir a los funcionarios interinos la mayoría de los derechos de los funcionarios de carrera e idénticos deberes, obligaciones y responsabilidades, estando sujetos al mismo régimen disciplinario, sin que les afecte para nada la normativa laboral. En definitiva, su objetivo último es alcanzar la mayor equiparación posible entre unos funcionarios y otros, salvo en lo que derive estrictamente de su diferente condición, estable para los de carrera y provisional para los interinos¹⁰.

Justificado está, atendiendo a la temporalidad del nexo, el disfrute de la prestación por desempleo por parte de los segundos, tal y como reconoce el art. 264 d) TRLGSS, que atribuye este beneficio de forma expresa a “los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de Derecho Administrativo al servicio de las Administraciones Públicas”.

3. EL DERECHO A PERCIBIR PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN CASO DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL

El Tribunal Supremo, después de recordar la jurisprudencia anterior en torno a esta materia, viene a concluir que “la doctrina de mérito sienta como regla general que la situación de desempleo parcial es aquella que se produce en el seno de relación de servicios a jornada completa a tenor del artículo 203.3 de la Ley General de la Seguridad Social para lo que se exige autorización por un período de regulación de empleo, en términos anteriores a la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que alude al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y una regla complementaria, la que se deriva de la interpretación del artículo 221.1 también de la Ley General de la Seguridad Social, a propósito de la compatibilidad entre trabajo y prestaciones al reconocer éstas cuando finalizado un contrato a tiempo completo, hallándose en desempleo el trabajador acepta un empleo a tiempo parcial”¹¹.

Según el Alto Tribunal, “nos hallamos en el primero de los supuestos y que por lo tanto como regla general no requiere otras precisiones que las derivadas de la distinta naturaleza del vínculo de dependencia que una al solicitante con un empleador. Por lo tanto y para una relación laboral, la posibilidad de solicitar la prestación de desempleo parcial, cuando se ha cotizado suficientemente como para generar una prestación parcial, debe

⁹ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Despidos, suspensiones contractuales y reducciones de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública*, Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 88 y ss.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. et alii: *Manual de empleo público*, Granada, Comares, 2010, pág. 15.

¹¹ STS 1 julio 2015 (RJ 4110).

abrirse tanto si el contrato vigente reduce su jornada cuanto si se accede a un empleo parcial desde la situación de desempleo total. Falta por determinar si esa misma conclusión vale para el supuesto en que estemos ante un vínculo de naturaleza administrativa”¹².

4. EL DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS A ACCEDER A UNA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO PARCIAL

A estas alturas del discurso, y aun cuando ya se haya hecho mención a los preceptos con anterioridad, conviene recordar la regulación legal vigente en el momento de la denegación de la prestación en relación con el desempleo parcial.

El artículo 203.3 LGSS/1994 define la situación como aquella en la que el trabajador ve reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre y cuando el salario sea objeto de una reducción análoga. Asimismo, entiende que tal circunstancia acaece cuando la minoración sea decidida por el empleador al amparo de cuanto dispone el artículo 47 ET/1995, sin incluir en su ámbito objetivo las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 208.1.3 LGSS/1994 considera como situación legal de desempleo la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo por decisión del empleador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 ET/1995, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 203.3 LGSS/1994.

Sobre las fuentes normativas reseñadas, el Tribunal Supremo entra a valorar si un funcionario interino cumple o no los condicionantes legales para poder acceder a la prestación de desempleo parcial por reducción de jornada.

Lo primero que hace el órgano de casación es analizar si los funcionarios interinos tienen derecho o no a la protección por desempleo. Para solventar semejante cuestión parten de la regulación prevista en el artículo 205.1 LGSS/1994 de conformidad con el cual “estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas”.

La Sala es concluyente a este respecto, recordando su doctrina reiterada sobre la inclusión de los funcionarios interinos dentro de la protección por desempleo por cuanto se encuentran ligados “a la Administración Pública por una relación funcional de carácter interino, habiendo cotizado al Régimen General” en aras a atender dicha situación de necesidad¹³.

En segundo lugar, entra a examinar si en los casos en litigio se cumplen o no los requisitos previstos en los artículos 203.3 LGSS/1994 y, por reenvío de éste, 47.2 ET/1995.

¹² STS 9 septiembre 2015 (RJ 4181).

¹³ Entre otras, STS 14 (dos) y 15 septiembre 2015 (RJ 4189, 5140 y 4196).

1.- El precepto estatutario exige al empresario para justificar la reducción de jornada la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, requisito que se entiende cumplido ya que la reducción de la jornada deriva de la aplicación del Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, cuyo objetivo, conforme se ha adelantado, radica en reducir el nivel de déficit público presente en la Generalitat Valenciana derivado de las exigencias del Gobierno Central como consecuencia de la crisis económica.

No olvida el Tribunal Supremo las particularidades presentes en la toma de decisiones de una Administración Pública y su aplicación individualizada a cada uno de los funcionarios interinos afectados, reconociendo cómo “la peculiaridad del caso radica en que la decisión a que alude la Ley laboral aquí ha venido precedida de un acto normativo, que es el que sirve de cobertura. Cuando el órgano gestor competente le comunica la reducción de su jornada a [los trabajadores] está llevando a cabo un acto debido o de mera ejecución: de ahí que las causas las hayamos cifrado en las que el Decreto-Ley de cobertura desvela en su propio Preámbulo”¹⁴.

2.- Integrando cuanto disponen tanto el precepto estatutario como el contenido en la norma de protección social¹⁵, el legislador ordena que “la reducción de jornada posea una entidad mínima como para ser digna de tutela pero también un alcance máximo para evitar situaciones fraudulentas o disfuncionales”¹⁶, de manera que resulta necesaria una minoración del tiempo de prestación de servicios de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada diaria.

Además es necesario la reducción proporcional del salario, que la minoración en la prestación de servicios tenga carácter temporal y que haya sido acordada por el empleador.

En todos los casos analizados en casación se cumplen dichas exigencias legales, pues todas las reducciones aplicadas en ejecución del ya mencionado Decreto-Ley autonómico están comprendidas en dicho margen.

3.- De acaecer los condicionantes expuestos, el artículo 47.2 ET/1995 exige cumplir los requisitos de procedimiento regulados en el párrafo primero de dicho precepto, consistente fundamentalmente en comunicar a la autoridad laboral la intención empresarial y abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no superior a quince días.

Este requisito no se cumple en los casos en presencia y, conforme consta, fue la causa legal alegada por el Servicio Público de Empleo Estatal, corroborada posteriormente en primera y segunda instancia, para denegar el acceso a las prestaciones. Sin embargo, el Tribunal no comparte dicha solución jurídica y considera que no es posible atender dicha exigencia por las siguientes razones fundamentales:

¹⁴ STS 9 septiembre 2015 (RJ 4181).

¹⁵ En este sentido, “el artículo 203.3 LGSS remite al artículo 47 ET para establecer qué se entiende por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, por lo que habrá que atender a los requisitos establecidos en dicho precepto y no a la literalidad de que la jornada ha de haberse reducido al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET”, STS 27 julio 2015 (RJ 6272).

¹⁶ STS 9 septiembre 2015 (RJ 4181).

a.- Aplicación de la máxima latina “*impossibile nulla obligatio*” por cuanto a lo imposible nadie está obligado y cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al incumplidor¹⁷. En este sentido, conviene recordar como en el momento de tomarse la decisión ya estaba en vigor la prohibición recogida en la disposición adicional 21ª ET/1995 en relación con la utilización por parte de las Administraciones Públicas y las entidades de derecho público de las posibilidades previstas en el artículo 47 ET/1995.

De esta manera, la remisión realizada por el artículo 203.3 LGSS/1994 al artículo 47 ET/1995 puede servir cuando se está en presencia de relaciones laborales pero no cuando éstas tienen naturaleza administrativa o funcionarial. Interpretar lo contrario supondría que el reenvío “equivaldría a sentar una condición de imposible cumplimiento, chocando así con la inclusión de los funcionarios interinos entre los sujetos protegidos por el desempleo. En consecuencia, el reenvío ha de entenderse, en casos como el presente, como equivalente a que se cumplan los requisitos materialmente establecidos en el precepto remitido, no a que se aplique de manera formal el precepto. Esa inteligencia ha de prevalecer sobre la interpretación literal, carente de sentido por lo ya expuesto, conforme a la cual si no se ha puesto en juego el artículo 47ET tampoco hay desempleo parcial por reducción de jornada. Lo contrario comportaría la admisión de una reducción de jornada sin compensación empleadora (no hay prevista indemnización alguna) y sin protección social, contraria a la dinámica del desempleo contributivo que anima a la LGSS en su Título III y, sobre todo, apartada de la especial protección que nuestro constituyente reclama para las situaciones de desempleo”¹⁸.

b.- Considera existente una laguna jurídica en la protección de los supuestos de suspensión o reducción de jornada de los funcionarios interinos que únicamente tienen regulada la extinción de su relación con la Administración pero carecen de norma ordenadora para los otros supuestos reseñados. Para ello huye de aplicar un canon hermenéutico literal o gramatical, interpretando la norma en relación con su contexto y con los antecedentes históricos y legislativos.

Así, y frente a la argumentación de las sentencias recurridas que basan su denegación en la interpretación literal de los artículos 205.1 y 208 LGSS/1994 y 1.2 RD 625/1985, de 2 de abril¹⁹, el Tribunal Supremo encuentra una diferencia importante entre estos preceptos,

¹⁷ Por todas, STS, Civil, 5 junio 2014 (RJ 3390), en cuyo fallo recuerda como “la aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los “casos y circunstancias”– (Sentencias 10 marzo 1949 (RJ 269), 5 mayo 1986 (RJ 2339) y 13 marzo 1987 (RJ 1480), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material, o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica”.

¹⁸ STS 9 septiembre 2015 (RJ 4181).

¹⁹ Por todas, STSJ Comunidad Valenciana 26 marzo 2014 (AS 1274), para la cual el personal funcionario interino solamente podrá acceder a la protección por desempleo como consecuencia de la extinción de la relación administrativa, pues así lo dispone el artículo 1.2 RD 625/1985 cuando regula la acreditación de la situación legal de desempleo. Además, la Generalitat ni ha adoptado la decisión de reducir la jornada del personal funcionario interino conforme al procedimiento previsto en el art. 47 del ET, ni puede hacerlo, ya que la disposición adicional 21ª ET/1995 es inaplicable a las Administraciones Públicas. Finalmente, no puede acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo ni aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, habida cuenta de que dichas circunstancias estarían limitadas por la legislación sobre incompatibilidades al servicio de las Administraciones Públicas y supeditada a la aprobación de la autoridad competente.

pues mientras el precepto reglamentario contemplaría únicamente una sola situación de desempleo cuál sería la derivada de la extinción de la relación administrativa, la norma legal, en cambio, admite no solo una situación basada en la extinción del vínculo laboral sino la suspensión temporal de la relación y la reducción temporal de la jornada ordinaria, debiendo comprobar si debe primar la limitación recogida en la norma reglamentaria incluyendo únicamente los supuestos de extinción de la relación y denegando protección a las situaciones de desempleo parcial²⁰.

En este sentido, el Alto Tribunal considera que existe un vacío normativo ya desde el año 1984 (con la entrada en vigor de la Ley 31/1984, de 2 de agosto) en el desarrollo de la inclusión en la protección por desempleo de los funcionarios interinos y de empleo al servicio de la Administración. De esta manera, desde la fecha indicada “no existe una total correspondencia entre la clasificación de los tipos de situación legal de desempleo y los medios de acreditación. Así, la situación de extinción ‘laboral’ cuenta con seis medios de acreditación, mientras que en el caso de relaciones administrativas no se describe medio de acreditar la suspensión ni la reducción limitando la previsión a la extinción de la relación administrativa. Esa ausencia de determinación explícita sobre cómo acreditar una situación protegida no puede conducir a negar la posibilidad de percibir desempleo”²¹.

Por tal motivo, “es fácil advertir que el olvido persiste y que la técnica de redacción permanece intacta en cuanto a omisiones. Se reconoce en el artículo 205 la condición de sujetos protegidos a quienes no son titulares de una relación laboral pero se prescinde de toda mención a la relación de Derecho Administrativo en los artículos 206, 207 y 208. Ante tan reiterada situación, de ser aplicadas las normas de manera literal se podría desembocar en un resultado absurdo: atribuir la condición de sujeto protegido en 1984 al colectivo de referencia y no haber regulado jamás las modalidades, los requisitos y la esencial definición de la situación de desempleo, a lo largo de prácticamente treinta años. Por ello ha de activarse el canon hermenéutico que el artículo 3 del Código Civil establece para la interpretación de las normas: la relación con el contexto, y los antecedentes históricos y legislativos. El contexto lo proporcionaba en 1984 el artículo tercero de la Ley 31/1984 (en la actualidad el artículo 205.1 LGSS), los antecedentes históricos y legislativos se obtienen no solo de la Ley 31/1984 y de su Exposición de Motivos, sino también del RD 625/1985 de 2 de abril al referir en su artículo Primero, apartado Dos la forma de acreditar la extinción de la relación administrativa”²².

Sobre las premisas legales anteriores, viene a colegir como “el término ‘relación laboral’ solo puede ser interpretado como la relación de servicios que el beneficiario ha venido manteniendo con su empleador, uso genérico de una denominación que en cada caso deberá ser reconducido a las peculiaridades del vínculo, limitando la eficacia del requisito de aplicación, en la actualidad, del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores a aquellos beneficiarios que en su actividad profesional se rigen por la citada norma laboral sin extenderla indebidamente a relaciones acogidas en cuanto a subordinación, a otro régimen

²⁰ STS 1 julio 2015 (RJ 4110).

²¹ STS 27 octubre 2015 (RJ 6088).

²² STS 27 julio 2015 (Rec. 2881/2014).

jurídico que en este caso es el Estatuto Básico del Empleado Público y concretamente al personal sujeto al Derecho Administrativo”²³.

5. CONCLUSIONES

En consecuencia, el Tribunal Supremo viene a reconocer, integrando conforme se ha reiterado la laguna jurídica existente para quienes tengan una relación administrativa, como situación de desempleo parcial protegida las reducciones de jornada acaecidas extramuros del artículo 47 ET/1995 por no poder cumplir los requisitos de procedimiento, aunque sí los de carácter material, ordenados en dicho precepto, casando con ello todas las resoluciones denegatorias del beneficio dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Con ello, el Tribunal Supremo opta por realizar una interpretación extensiva de la norma incluyendo en su marco protector este supuesto no recogido expresamente en su seno y admitiendo el no cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la misma, sin llegar a cuestionar que la inapropiada utilización del cauce habilitado por el art. 47 ET/1995 por cuanto a los funcionarios interinos hace, circunstancia que podría haber conllevado, en reclamación de responsabilidad patrimonial, la obligación para la Administración de abonar los salarios dejados de percibir a raíz de una previsión no ajustada a derecho.

²³ STS 1 julio 2015 (RJ 4110).

De nuevo, el conflicto entre el instituto nacional de la seguridad social y las mutuas colaboradoras a cuenta de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional (ahora en el ámbito procesal)

Again, the conflict between national institute of social security and mutual in relation with occupational disease benefits (now, in procedural area)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modificó, con efectos de 1-1-2008, el alcance de la colaboración de las Mutuas en la gestión de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional. En un primer momento, se impugnó por parte de las Mutuas las resoluciones por las que se les imponía la responsabilidad en el pago de estas prestaciones para hechos causantes posteriores a 1-1-2008 cuando el trabajador no había desarrollado con posterioridad a dicha fecha actividad con riesgo de enfermedad profesional. La doctrina del Tribunal Supremo sentada el año 2013 por la que se resuelve la doctrina discrepante en suplicación imputando finalmente esa responsabilidad al INSS ha determinado que las Mutuas soliciten la devolución del capital coste que constituyeron para su abono, recurriendo ahora contra las resoluciones que devinieron firmes en su momento por falta de la oportuna reclamación administrativa previa. Se plantea si resulta de aplicación a las Mutuas el art. 71.4 Ley de Jurisdicción Social.

Abstract

State Budget Law (2008) amended the Mutual Societies collaboration scope in the management of benefits derived from occupational disease. At first, Mutuas challenged the administrative resolutions that imposed them the responsibility for the payment of such benefits for events caused after 1-1-2008 when the worker had not developed after that date activity risk of occupational disease. The Supreme Court jurisprudence (2013) imputing responsibility to the National Institute of Social Security has resulted that Mutual request the return of capital cost constituted for payment, now turning against firm decisions. The question is whether it should apply to mutuals article 71.4 Social Jurisdiction Act.

Palabras clave

Enfermedad profesional; Mutuas Colaboradoras; Instituto Nacional de Seguridad Social; Financiación; Responsabilidad en materia de prestaciones; Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Keywords

Professional illness; Collaborating mutuals; National Institute of Social Security; Financing; Benefits Responsibility; Accident Compensation Fund and Occupational Diseases.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones, nuevamente, sobre la responsabilidad de las Mutuas Colaboradoras en relación con las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, si bien en esta ocasión el tema tiene, estrictamente, carácter procesal. En concreto, la cuestión que se debate es la aplicabilidad a las Mutuas Colaboradoras del art. 71.4 LJS o, lo que es lo mismo, si la ausencia de reclamación administrativa previa en el plazo legal contra la resolución

administrativa por la que se imputaba a la Mutua la responsabilidad en el pago de prestaciones económicas derivadas de enfermedad profesional constituye un impedimento para que la Mutua reinicie el procedimiento, con ulterior reclamación, solicitando la imputación de dicha responsabilidad al INSS.

Dos sentencias del Tribunal Supremo de 15-6-2015 (ambas dictadas en Pleno)¹ que son continuadas por otras muchas en idéntico sentido² –la última de la que se tiene conocimiento es de 7-4-2016 (núm. rec. 44/2015)– cierran definitivamente la puerta a la posibilidad de que las Mutuas Colaboradoras puedan instar la solicitud de revisión de la responsabilidad en el pago de las prestaciones derivadas de incapacidad permanente cuando no impugnaron en el plazo previsto en el art. 71.2 LJS aun cuando no haya prescrito el derecho sustantivo³.

Nos hallamos, pues, ante un tema procesal, pero que hunde sus raíces en un tema de derecho sustantivo sin el que no se comprende la situación ahora debatida: la determinación de la responsabilidad en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional causadas después de 1-1-2008 por trabajadores que ya no se encontraban en situación de alta cuando ocurre el hecho causante de la prestación (incapacidad permanente o fallecimiento). La unificación de doctrina alcanzada el año 2013 en esta materia es lo que explica la actual proliferación de reclamaciones por parte de las Mutuas solicitando la revisión de una responsabilidad que les fue imputada por el INSS inicialmente, tras la modificación operada por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (D.F.8ª) en el alcance de la gestión de las Mutuas en materia de prestaciones económicas derivadas de enfermedad profesional.

Es preciso abordar la cuestión sustantiva como presupuesto previo para la debida comprensión de la cuestión procesal, ahora resuelta en sentido desfavorable para las Mutuas, cerrándose así una situación jurídica que lleva ya más de 10 años generando una abundante litigiosidad.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: EL PROBLEMA DE FONDO O SUSTANTIVO.

2.1. La regulación normativa.

Efectivamente, la Ley 51/2007 de 26 de diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para 2008 modificó (a través de su D.F.8ª), varios artículos de la entonces vigente Ley General de Seguridad Social (Real Decreto-Legislativo

¹ Núms. rec. 2766/2014 y 3477/2014.

² STS de 20-7-2015 (núm. rec. 3420/2014), STS de 14-9-2015 (núm. rec. 3775/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3477/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3745/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 96/2015), STS de 15-10-2015 (núm. rec. 3852/2014), STS de 1-3-2016 (núm. rec. 1526/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 3945/2014), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 995/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 1244/2015), STS de 3-3-2016 (núm. rec. 1491/2015), STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1098/2015); STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1099/2015), STS de 4-3-2016 (núm. rec. 686/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 1448/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 2029/2015), STS de 31-3-2016 (núm. rec. 749/2015).

³ En sentido contrario, sí aplica este precepto a los beneficiarios de prestaciones de desempleo la STS de 29-3-2016 (núm. rec. 2996/2014), reiterando que resulta inaplicable a las Mutuas.

1/1994, de 20 de junio) en relación a la responsabilidad de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional y su sistema de financiación, con efectos de 1-1-2008.

Con anterioridad a dicha reforma y a tenor de lo que disponía el art. 68.3.a) TRLGSS-1994, la colaboración de las Mutuas en relación a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional distintas de la IT y el periodo de observación se concretaba en el abono de la contribución que se les asignaba para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de esta contingencia, contribución que quedaba comprendida en la aportación que las Mutuas debían llevar a cabo para el sostenimiento de los Servicios Comunes del Sistema. Esta aportación se cuantificaba mediante la aplicación a las cotizaciones o primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de un coeficiente, fijado anualmente por las normas de cotización (Ley de Presupuestos y Orden de desarrollo de la misma). La diferencia entre la financiación de las prestaciones de IT y el resto de prestaciones estribaba en que las primeras eran financiadas directamente y de forma individualizada por las Mutuas, mientras que las segundas, aun siendo financiadas también por éstas, lo eran colectivamente, en régimen de compensación, mediante la aplicación del citado coeficiente sobre sus ingresos por las cuotas de contingencias profesionales. Como señalara MORENO PUEYO⁴, la razón de ser de esta diferenciación había que buscarla en la incertidumbre que caracteriza la gestación y aparición de la enfermedad profesional, de lo que se derivaba la dificultad de imputar la responsabilidad a una u otra Mutua, frente a la certeza propia del accidente de trabajo y la facilidad en la imputación de la responsabilidad a la entidad gestora que tuviera asumida la gestión de las prestaciones en el momento de actualizarse la contingencia⁵. De esta forma, todas las Mutuas acababan asumiendo el coste de estas prestaciones y no una Mutua de manera individualizada, por la dificultad de concretar cual debiera ser esta: si aquella que tuviera asumida la gestión de la prestación en el momento de materializarse la enfermedad profesional; todas aquellas en las que el trabajador hubiera podido estar comprendido durante la prestación de servicios susceptible de ser la generadora de la enfermedad profesional; o aquella a la que, en su caso, pudiera realmente imputarse, mediante una difícil carga probatoria, la responsabilidad en la enfermedad profesional, por señalar sólo algunas posibilidades o hipótesis.

Sobre esta regulación legal incide la reforma de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre. A través de la modificación de los artículos referidos a la concreción del alcance de la colaboración de las Mutuas en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 68 TRLGSS-1994) y del precepto referido al sistema financiero (art. 87 TRLGSS-1994), la reforma supuso la equiparación del alcance de la colaboración de las Mutuas en materia de enfermedades profesionales con el régimen aplicable a los accidentes de trabajo⁶, cambiando también el sistema financiero aplicable a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, a las que se extendió el sistema de

⁴ MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014.

⁵ Esta doctrina se recoge de forma reiterada a partir de la STS de 1-2-2000 (núm. rec. 200/1999), seguida, entre otras, por STS de 19-1-2009 (núm. rec. 1172/2008), STS de 14-4-2010 (núm. rec. 1813/2009).

⁶ Reforma que se llevó a cabo mediante la supresión del entonces epígrafe b) art. 86.3 TRLGSS-1994 que es el que establecía la asunción del coste de las prestaciones distintas de la IT y el periodo de observación mediante el sistema de compensación, otorgando nueva redacción al epígrafe a) del mismo precepto en aras a incluir la enfermedad profesional entre aquellas cuyo coste debían asumir las Mutuas en su colaboración en la gestión.

capitalización previsto para las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo⁷. Así pues, la reforma supuso un completo viraje, pero no tanto en la atribución de las responsabilidades previstas para la protección de las enfermedades profesionales –que siempre correspondió a las Mutuas aunque se hiciera efectiva a través del INSS en tanto sucesor del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tras el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, que vino a suprimirlo y con cargo a los recursos financiados de las Mutuas–, sino en el sistema financiero, que pasaba del anterior sistema de compensación a la capitalización, con carácter obligatorio.

Y es que, en realidad, la reforma operada por la Ley 51/2007 no surgió intempestivamente. Como ha expuesto detenidamente MORENO PUEYO⁸ cabe ubicar en el año 2005 el inicio del proceso de cambio a través de dos normas de bajo rango: la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre⁹ (D.A.1ª) y la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de febrero de 2007¹⁰.

Mediante la primera Orden, cuya finalidad era desarrollar los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, se recogió la posibilidad –que no la obligación, todavía, que no llegaría hasta la Ley 51/2007, como se ha señalado– de que las Mutuas pudieran sustituir su contribución en régimen de compensación para la financiación de las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales distintas de las correspondientes a la situación de incapacidad temporal, por el ingreso del capital coste correspondiente de la pensión u otras prestaciones económicas de carácter periódico, opción que llevaba aparejada la reducción de su contribución en la aportación a los Servicios Comunes de la Seguridad Social, en los términos que estableciera la normativa sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social pues, como se ha señalado, la contribución de las Mutuas al sistema de compensación se ingresaba conjuntamente con la aportación para la financiación de los Servicios Comunes.

Así, pues, esta norma reglamentaria no instituyó propiamente un sistema de capitalización de la prestación causada –pues la cantidad capitalizada no se destinaba al pago de la prestación concreta– sino una forma diferente de atender la obligatoria contribución de la Mutua al sistema de compensación, en tanto que ese capital coste se integraba en el conjunto del presupuesto con el que el INSS atendía el pago de las pensiones derivadas de enfermedad profesional. Que esta era la opción preferida o a promocionar lo pone de manifiesto la importante reducción en el coeficiente de aportación al sostenimiento de los servicios comunes del que se beneficiaba la Mutua, así como el hecho de que se previera una compensación económica a las Mutuas que, optando por este nuevo sistema, pudieran verse perjudicadas financieramente (D.A.2ª).

El problema de identificar qué Mutua debía ser la responsable de dicha capitalización se resolvió por esta norma reglamentaria (D.F.1ª) atribuyendo a la TGSS la facultad para establecer el importe del capital coste de estas prestaciones en proporción al tiempo de

⁷ Reforma que se llevó a cabo mediante la inclusión en el art. 87.3 TRLGSS-1994

⁸ MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, págs. 130-134.

⁹ BOE de 28-12-2005

¹⁰ BOE de 27-2-2007.

prestación de servicios en cada empresa (y en los regímenes de trabajadores por cuenta propia que tuvieran cubierta dicha contingencia), incluidos los periodos de inactividad, durante los cinco años anteriores a la fecha de efectos económicos de la prestación.

Y llegamos así, en segundo lugar, a la Resolución de 16-2-2007 con la que se inicia la litigiosidad en esta materia pues al establecer las normas para el ingreso del capital coste por parte de las Mutuas se apartó del criterio previsto en la D.F.1ª de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre –es decir, la atribución de la responsabilidad de forma proporcional entre aquellas Mutuas que hubieran tenido asegurada dicha protección dentro de los cinco años anteriores–, para atribuirle en exclusividad a una de ellas, diferenciando diversos supuestos. En la fijación de estos supuestos atendía al tipo de prestación (incapacidad permanente/muerte y supervivencia) y a las situaciones en las que podía encontrarse el trabajador en relación a la realización de su actividad laboral, en definitiva, distinguiendo si el trabajador se encontraba o no en alta (incapacidad permanente) o si se encontraba en activo o era pensionista (muerte y supervivencia). También es de significar que la Mutua quedaba expresamente exonerada¹¹ de la constitución del capital coste en varios supuestos¹² en los que se mantuvo el sistema tradicional de pago por el INSS con cargo al coeficiente de aportación de las Mutuas y, por tanto, con cargo al sistema tradicional de compensación. Dicha Resolución, además, atribuyó al INSS la competencia para la determinación del carácter profesional de la enfermedad, así como para la determinación de la Mutua que, habiendo optado por el sistema de capitalización, sería responsable del ingreso del capital coste por la aplicación de las normas que la propia Resolución establecía.

Precisamente en la impugnación de las Resoluciones dictadas por el INSS imputando a las distintas Mutuas la responsabilidad en la constitución del capital coste cabe situar el inicio de la litigiosidad en esta materia. Con independencia de otras consideraciones y de su fallo¹³, lo relevante ahora es poner de manifiesto que el Tribunal Supremo¹⁴ consideró nula la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre por infracción del principio de jerarquía normativa, al entender que la modificación que operaba sobre el régimen de responsabilidad previsto para las Mutuas en materia de pensiones derivadas de enfermedad profesional iba en contra de lo previsto en el TRLGSS-1994.

Con todo, el legislador ya se había anticipado a este reproche de antijuridicidad acometiendo en norma con adecuado rango legal (Ley 51/2007, de 26 de diciembre) la

¹¹ Además, MORENO PUEYO indica otros supuestos no expresamente considerados por la Resolución citada como las pensiones de muerte y supervivencia cuando el fallecido no está en activo ni tampoco es pensionista. Vid. MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, pág. 133.

¹² Los supuestos eran: A) INCAPACIDAD PERMANENTE: 1º) cuando la IP se causaba desde una situación de no alta del trabajador, salvo en determinados casos en relación al R.E. Minería del Carbón; 2º) Cuando se causaba la incapacidad permanente precedida de una situación de IT iniciada por el trabajador en situación de desempleo contributivo; 3º) En relación a las prestaciones de incapacidad permanente, siempre que la Mutua no hubiera optado por el sistema de ingreso del capital coste, como hemos dicho voluntario en estos momentos.

¹³ Dicha sentencia niega legitimidad a las Mutuas para impugnar las Resoluciones del INSS por las que se reconoce el derecho a las pensiones derivadas de enfermedad profesional sobre la argumentación de que la citada Orden no alteraba el sistema clásico de compensación sino que se limitaba a establecer un sistema alternativo y voluntario para dar cumplimiento a dicha compensación a través de la capitalización.

¹⁴ STS de 14-7-2009 (núm. rec. 3987/2008) y STS de 10-5-2011 (núm. rec. 2739/2010).

reforma cuestionada, abriéndose así un nuevo conflicto jurídico: el que deriva de la aplicación de la nueva regulación a las pensiones causadas con posterioridad a 1-1-2008 por quienes no estaban en alta o en activo en el momento en el que se manifiesta la enfermedad profesional, y tanto respecto de las prestaciones de incapacidad permanente como de muerte y supervivencia; es decir, su aplicación a aquellos supuestos en los que la enfermedad, dado su carácter profesional, necesariamente tuvo que contraerse antes de la entrada en vigor de la reforma (1-1-2008). Y nuevamente para aclarar las reglas para la atribución de la responsabilidad a las diferentes Mutuas la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social dictó una nueva Resolución, de 27-5-2009¹⁵. Esta Resolución “adapta y revisa” las reglas para determinar la entidad responsable de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional declarando su aplicación a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a 1-1-2008.

En lo que ahora interesa, para los supuestos de incapacidad permanente en el supuesto de asimilación al alta previsto en el art. 36.9 RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (es decir, la situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecen riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia) impone la responsabilidad en los siguientes términos:

a) Para las prestaciones de incapacidad permanente, a la Entidad Gestora o Mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo en el que existiese riesgo de la enfermedad profesional que motivase la incapacidad permanente;

b) Para las prestaciones de muerte y supervivencia causadas por pensionista de incapacidad permanente o jubilación derivada de incapacidad permanente, a la entidad gestora o Mutua que conforme a la regla anterior, hubiese sido responsable de la pensión de incapacidad permanente que venía percibiendo el trabajador fallecido, aún cuando se tratara de una pensión causada en un momento en que la Mutua asumía su responsabilidad respecto de las enfermedades profesionales mediante el pago de un coeficiente sobre las cuotas por dichas contingencias, es decir, mediante el sistema de compensación.

En definitiva, cuando el sujeto causante no estaba en activo (y tanto para incapacidad permanente como para muerte y supervivencia) la citada Resolución imputa la responsabilidad a la entidad gestora que cubría los riesgos profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo generador del riesgo de la enfermedad profesional.

A esto se añade que, en relación a las pensiones de muerte y supervivencia causadas por enfermedad profesional, la Resolución dispone la aplicación del régimen jurídico vigente a la fecha del fallecimiento del causante, aún cuando éste hubiera sido beneficiario de pensión de incapacidad permanente o jubilación derivada de incapacidad permanente por enfermedad profesional con efectos anteriores a 1-1-2008.

¹⁵ BOE de 10-6-2009

Aunque muchas Mutuas impugnaron las resoluciones administrativas en las que se les imputaba dicha responsabilidad, es de suponer que otras muchas no lo hicieron, aquietándose a las resoluciones administrativas que, en el reconocimiento de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional por quienes no eran trabajadores activos con posterioridad a 1-1-2008 les imputaban la correspondiente responsabilidad, tanto en el pago de las pensiones mediante la capitalización del oportuno capital coste como de las restantes prestaciones, de pago directo por las Mutuas.

2.2. La unificación de doctrina por la STS de 15-1-2013 y sus continuadoras: la imputación de la responsabilidad al INSS

Y llegamos así, por fin, al pronunciamiento judicial en el que cabe anclar el origen de la controversia procesal a la que ahora ha tenido que enfrentarse nuevamente el Tribunal Supremo¹⁶.

La STS de 15-1-2013 (núm. rec. 1152/2912), en resolución de recurso de casación para unificación de doctrina, continuada por numerosos pronunciamientos posteriores¹⁷, zanja el conflicto que venía siendo resultado en sentido diferente en suplicación y concluye que es el INSS quien debe hacerse cargo del abono de la prestación en aquellos casos en los que los trabajadores ya habían cesado en su actividad laboral antes de 1-1-2008, siendo con posterioridad a esta fecha cuando se materializó la enfermedad profesional y reconocieron las prestaciones de incapacidad permanente o en su caso, las de muerte y supervivencia.

La argumentación del Tribunal Supremo se basa en que era el Fondo Compensador – integrado en el INSS desde 1978– el que antes de 1-1-2008 tenía asumida la cobertura del riesgo de la enfermedad profesional por lo que *el INSS no puede*, mediante la citada Resolución “(...) –sin base legal alguna y contra toda lógica– imputar la responsabilidad a quien no aseguraba el riesgo ni por él percibía cotización alguna y excluir precisamente a quien sí cubría la contingencia de incapacidad permanente y recibía las correspondientes cuotas (el INSS)”. La sentencia resulta de gran importancia por sus consecuencias prácticas en tanto exonera a las Mutuas de responsabilidad en estos casos y también, desde el punto de vista teórico o dogmático, porque vuelve a poner sobre el tapete la siempre controvertida noción o concepto de “hecho causante”, así como el debate sobre el fundamento o base técnica de nuestro sistema de Seguridad Social.

¹⁶ En realidad, con carácter previo, el Tribunal Supremo ya había anticipado parte de la argumentación en la que luego se basa la STS de 15-1-2013, en una serie de pronunciamientos en los que niega legitimidad a las Mutuas para impugnar las resoluciones del INSS reconociendo derecho a pensiones derivadas de enfermedad profesional [STS de 14-7-2009 (núm. rec. 3987/2008) y STS de 10-5-2011 (núm. rec. 2739/2010) en relación al periodo intermedio 2006-07 derivado de la aplicación del sistema implantado –voluntariamente– por la Orden de 27-12-2005. En dichas sentencias lo que afirma el Tribunal es que las Mutuas no asumían el aseguramiento de la responsabilidad empresariales por enfermedades profesionales –que correspondía al INSS y a la TGSS como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo– siendo la contribución de las Mutuas una mera contribución a la prevención de la siniestralidad.

¹⁷ STS de 18-2-2013 (núm. rec. 1376/2012), STS de 12-3-2013 (núm. rec. 1959/2012), STS de 19-3-2013 (núm. rec. 769/2012), STS de 25-3-2013 (núm. rec. 1514/2012), STS de 26-3-2013 (núm. rec. 1207/2012), STS de 10-7-2013 (núm. rec. 2868/2012), STS de 22-10-2013 (núm. rec. 161/2013), STS de 4-11-2013 (núm. rec. 2691/2012), STS de 25-11-2013 (núm. rec. 2878/2012), STS de 12-2-2014 (núm. rec. 898/2013), STS de 4-3-2014 (núm. rec. 151/2013), STS de 8-6-2014 (núm. rec. 610/2013) y STS de 4-2-2015 (núm. rec. 610/2013).

Para el Tribunal Supremo, lo determinante para fijar la responsabilidad no es el hecho causante, acaecido en estos casos cuando ya se han modificado las normas relativas a la atribución de responsabilidad de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional –lo que determinaría, a su parecer, la imputación de la responsabilidad a la Mutua– sino el riesgo y ello sobre la base de que la protección del accidente de trabajo en nuestro sistema de Seguridad Social continúa, básicamente, anclada en la técnica del seguro privado. Así pues, para el Tribunal Supremo la responsabilidad hay que atribuirla a quien tenía asumida la gestión del riesgo en el momento en el que el trabajador desarrollaba la actividad generadora de la posterior incapacidad permanente, residenciándola en el INSS, en tanto sucesor del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Con independencia de lo certera o no de esta doctrina, a la que algún autor¹⁸ ha criticado el error que supone considerar que era el Fondo Compensador (y por sucesión, el INSS) el asegurador del riesgo cuando su función o papel se limitaba a hacer efectivo el pago con cargo a los recursos recaudados a las Mutuas a través del sistema de compensación resultante de aplicar el coeficiente fijado anualmente a las cuotas de riesgos profesionales (o en su caso, en el sistema alternativo y voluntario de capitalización del capital coste en el periodo 2006-07), no es este el tema que ahora nos interesa sino meramente como prolegómeno o punto de origen del debate procesal, que constituye la segunda fase del conflicto. Lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo supuso la pérdida de fundamento jurídico de las resoluciones del INSS por las que se había declarado la responsabilidad de las Mutuas en el pago de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional aunque el hecho causante se hubiera producido cuando ya se había operado el cambio legislativo examinado.

3. EL DEBATE PROCESAL: SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS MUTUAS PUEDAN INSTAR LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE CUANDO NO INTERPUSIERON RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN EL PLAZO PREVISTO EN EL ART. 71.2 LJS

No había que aventurarse mucho para prever que las Mutuas a las que se impuso la responsabilidad en el pago de estas prestaciones en aplicación de los criterios contenidos en la Resolución de 27 de mayo de 2009 iban a solicitar de forma inmediata su revisión tras la unificación de doctrina señalada. Y se abre así una nueva serie de pronunciamientos judiciales, que se inicia con sendas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 15-6-2015 (núms. rec. 2766/2014 y 3477/2014) que son continuadas por otras muchas en idéntico sentido¹⁹. En todas estas sentencias concurre como presupuesto previo el mismo: el

¹⁸ MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, pág. 141-142.

¹⁹ STS de 20-7-2015 (núm. rec. 3420/2014), STS de 14-9-2015 (núm. rec. 3775/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3477/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3745/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 96/2015), STS de 15-10-2015 (núm. rec. 3852/2014), STS de 1-3-2016 (núm. rec. 1526/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 3945/2014), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 995/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 1244/2015), STS de 3-3-2016 (núm. rec. 1491/2015), STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1098/2015); STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1099/2015), STS de 4-3-2016 (núm. rec. 686/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 1448/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 2029/2015), STS de 31-3-2016 (núm. rec. 749/2015).

aquietamiento de la Mutua ante la resolución del INSS por la que se le impuso la responsabilidad en el pago de estas prestaciones, resoluciones que se impugnan posteriormente –transcurridos dilatados periodos de tiempo– en la búsqueda de la exoneración de responsabilidad que se deriva para las Mutuas de la STS de 15-1-2013 (núm. rec. 1152/2912).

Como es sabido, el art. 71 LJS impone, con carácter general, como requisito previo para la interposición de demandas en materia de seguridad social por parte de los interesados, la reclamación previa ante la Entidad Gestora, preceptivo trámite para el que concede un plazo de 30 días, a contar desde la notificación de dicha resolución inicial o, en su caso, desde la fecha en la que debe entenderse denegada por silencio administrativo (art. 71.1 y 2 LJS). Este régimen es aplicable también cuando la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por entidad colaboradora, en cuyo caso se debe interponer, en el mismo plazo, ante la propia entidad colaboradora si tiene atribuida la competencia para resolver, o en otro caso, ante el órgano correspondiente de la entidad gestora pública encargada de su gestión (art. 71.3 LJS). La demanda debe formularse en el plazo de 30 días a contar desde la fecha en que se notifica la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entiende denegada por silencio administrativo (art. 71.6).

Se mantiene, en esencia, en la LJS la regulación que ya se contenía en su antecesora la LPL-1995 y cuya finalidad es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión, permitiéndole, por un lado, la evitación del proceso mediante la resolución directa de la pretensión, y por otro, la preparación de su oposición a la demanda [STC 60/1989, de 16 de marzo; STS de 5-12-1988 (RJ 1988, 9549); STS de 17-3-1997 (RJ 1997, 2569)], en tanto la propia LJS (art. 72) prohíbe a ambas partes aducir en el proceso hechos distintos a los alegados en el expediente administrativo, salvo que sean nuevos o se hayan conocido con posterioridad²⁰.

Por su parte, el art. 71.4 LJS recoge en su último inciso la previsión ahora controvertida, y cuya presencia en la norma legal es fruto de la recepción de una consolidada doctrina jurisdiccional iniciada con la STS de 7-10-1974 (en interés de ley) según la cual el transcurso de dichos plazos no conduce, por sí misma, a la pérdida de derechos, sino únicamente a la pérdida de la eficacia de la reclamación previa (es decir, la caducidad de la instancia) por lo que nada impide reiniciar el procedimiento de solicitud²¹. Dicha doctrina ha sido plasmada por dicho precepto de la norma rituarial en los siguientes términos: “(...) *del mismo modo podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma*”, previsión que se predica también del “interesado”, al igual que el resto del precepto. No hay pues, expresa referencia al “beneficiario” sino exclusivamente al “interesado”.

²⁰ Recuérdese que este precepto ha sido modificado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que entrará en vigor el 2-10-2016. Con todo se trata de una modificación muy limitada: la adjetivación de la reclamación administrativa previa en relación a la materia de Seguridad Social.

²¹ Entre muchas, STS de 3-3-1999 (núm. rec. 1130/1998), STS de 25-9-2003 (núm. rec. 1445/2002) y STS de 5-11-2003 (núm. rec. 2341/2002).

Y es precisamente la aplicación de este precepto la que se invoca por las Mutuas –que se consideran interesadas– para solicitar la revisión de las resoluciones del INSS en las que se les impuso la responsabilidad en las prestaciones derivadas de enfermedad profesional causadas con posterioridad a 1-1-2008 por sujetos que habían dejado de realizar actividad profesional con anterioridad, aplicación que es negada por el Tribunal Supremo quien, tras recordar la jurisprudencia señalada y el tenor de la norma rituaría niega su aplicación a las Mutuas en base a los siguientes argumentos:

1º) El carácter excepcional de la previsión en relación al régimen administrativo común fundamentando dicha excepcionalidad en el desvalimiento jurídico de los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social, lo que no es predicable de las Mutuas Colaboradoras: *“En primer lugar, no ha de perderse de vista que la previsión del referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo (arts. 56 y 57 LRJAP/PAC), se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrida en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido (art. 28 LJCA). Y si se excepciona de tal consecuencia a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores –frente a su desconocimiento legal– no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; STC 14/1985, de 1/Febrero; y STC 97/1987, de 10/Junio) y que, en todo caso, ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina (vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 [Ar. 1217]; 14/02/61 [Ar. 1596]; 04/04/61 [Ar. 1419]).*

2º) La limitada funcionalidad de la excepción, que debe entenderse referida exclusivamente a las reclamaciones relativas al reconocimiento de prestaciones y, por tanto, restringida a los beneficiarios de dichas prestaciones, sin comprender tampoco a las Entidades colaboradoras: *“(…) una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma –la excepción– tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan –apartado 3– como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y –sobre todo– «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia”. Hay pues, una implícita equiparación entre la noción de interesado que utiliza el art. 71.4 LJS con el beneficiario de las prestaciones.*

y 3º) finalmente, la no violación del principio de igualdad, reiterando la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular: *“(…) en materia de igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14*

de la Constitución , sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSSTC 63/2011, de 16/Mayo , FJ 3; 117/2011, de 4/Julio , FJ 4; 79/2011, de 6/Junio , FJ 3; -Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6 ; -Pleno- 61/2013). La anterior doctrina, concerniente a los efectos del transcurso de los plazos de caducidad y prescripción, en función del derecho material o del agotamiento de la instancia administrativa y su repercusión cuando el que reclama no es el beneficiario de las prestaciones sino la entidad colaboradora, es de aplicación también a la presente reclamación por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas, dada la esencial analogía entre los supuestos contemplados al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación”.

4. UNA NÉMESIS INESPERADA

Con ser relevante la doctrina en relación a la exclusión de las Mutuas del ámbito de aplicación del art. 71.4 LJS, que queda así claramente limitado a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social, tiene otras consecuencias interesantes.

Materialmente, y sin que obviamente sea esta su finalidad, viene a “restablecer” o “corregir” fácticamente –es decir, en sus efectos y aunque sea limitadamente– la doctrina del propio Tribunal Supremo en relación a la responsabilidad de las prestaciones económicas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia causadas con posterioridad a 1-1-2008 por quienes no desarrollaron actividad profesional sujeta a estos riesgos con posterioridad a dicha fecha. La (a mi modo de ver) indebida imputación por el Tribunal Supremo de esta responsabilidad al INSS operada con la STS de 15-1-2013 se ve ahora “corregida” con esta nueva jurisprudencia que, a modo de una inesperada Némesis, consagra la imposibilidad de que las Mutuas que no impugnaron las resoluciones administrativas de imposición de dicha responsabilidad –y por tanto, consintieron la firmeza del acto administrativo– puedan ahora solicitar el reintegro del capital coste que se les solicitó para hacer frente a dicha responsabilidad cuando dichas Mutuas optaron por dicho sistema “alternativo”. Como hemos visto, eran las Mutuas las que aseguraban estas prestaciones con anterioridad a dicha fecha con independencia de que fuera el INSS el que las abonara con cargo a los recursos que recaudaba en régimen de compensación colectiva de las Mutuas, sin que su actuación en esta materia lo fuera como sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y por tanto, en buena parte de los casos han acabado siendo ellas las que tienen que asumir el pago de dichas prestaciones. De lo que se infiere otra consecuencia obvia: el impacto positivo que esta doctrina tiene sobre los recursos de las entidades gestoras públicas, que no van a tener que devolver unos capitales coste cuya

cuantía total podría llegar a alcanzar sumas muy elevadas cuando no eran ellas las aseguradoras del riesgo.

Lógicamente lo anterior no alcanza a las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia que hayan podido causarse con posterioridad a la STS de 15-1-2013 por trabajadores que no realizaron actividad profesional con riesgo de enfermedad profesional después de 1-1-2008, supuestos en los que la eventual imputación por el INSS de la responsabilidad a la Mutua en aplicación de los criterios recogidos en la Resolución de 27-5-2009 si es objeto de impugnación por la Mutua –previa reclamación administrativa en plazo– deberá ser imputada al INSS en aplicación de la jurisprudencia recogida en la tantas veces citada STS de 15-1-2013.

Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad

Surrogacy and performance maternity and paternity leave

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Resumen

La filiación, por naturaleza o por adopción, determina el acceso a determinadas prestaciones de seguridad social, singularmente a las de maternidad y paternidad. Las posibilidades actuales de realizar inscripciones registrales en donde conste como progenitores sujetos que no son tales en términos biológicos ni jurídicos, dificulta la posibilidad de que se lucren estas prestaciones de seguridad social. El estudio pretende exponer, de un lado, cómo ha ido evolucionando la concesión de dichas prestaciones, para intentar, de otro, perfeccionar unas breves propuestas de *lege ferenda*.

Abstract

Filiation by nature or by adoption, determines access to certain social security benefits, singularly to maternity and paternity. Current possibilities for registrations in stating as parents are no such subjects in biological nor legal terms, hinders the possibility that these social security benefits are profiting. The study aims to expose the one hand, how it has evolved granting such benefits to try, another, concoct some brief proposals for future regulation.

Palabras clave

Maternidad subrogada. Prestaciones de maternidad y paternidad de la seguridad social.

Keywords

Surrogacy maternity. Maternity and paternity social security

1. INTRODUCCIÓN

Al ordenamiento jurídico no le es extraño que una concreta situación fáctica o jurídica pueda calificarse de distinta manera para diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, determinados rendimientos económicos del trabajo asalariado pueden calificarse como actividad profesional desde el punto de vista tributario, lo que, al menos *prima facie*, nos situaría en la cercanía de una relación productiva intransitiva, y ser consideradas simplemente salario desde el punto de vista laboral. Más sencillamente, un accidente *in itinere* puede ser considerado como de trabajo para el ámbito laboral y no serlo a efectos indemnizatorios civiles.

Por eso, en principio, nada tiene de extraño que quienes sean padres por un mecanismo de gestación subrogada puedan intimar el disfrute de una prestación de maternidad o paternidad, aun no siendo ni progenitores biológicos ni por adopción, que son los títulos por los que –en principio– se conceden, desde el punto de vista de protección social, estas prestaciones.

Para apreciar qué es la gestación subrogada, analizar sus características fundamentales y poder apreciar si, *mutatis mutandis*, puede asimilarse a una filiación natural o por adopción a efectos del lucro de las prestaciones de paternidad y maternidad, debemos partir del análisis de la primera resolución que en nuestro ordenamiento jurídico aborda esta cuestión al más

alto nivel jurisdiccional, la STS (1ª) de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013) que, dicho de entrada y sin ambages, niega la consideración de progenitores a los, como la propia resolución denomina, “*padres intencionales*”.

2. LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA STS (1ª) DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (NÚM. 835/2013) Y SU LECTURA LABORAL

La sentencia aborda una cuestión comprometida y novedosa. Si es posible, para el ordenamiento patrio, inscribir en el registro civil a un menor nacido en el extranjero mediante un contrato de maternidad subrogada con la filiación de los firmantes del contrato de vientre de alquiler, con la filiación completa (progenitor A y B) de los padres intencionales.

Teniendo presente, para enmarcar el supuesto de hecho en su justa proporción y deducir de él las consecuencias oportunas, que ninguno de los progenitores es padre o madre biológico del recién nacido. Porque, como la propia sentencia deja muy claro, la cuestión controvertida deja “*a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico*”. Es decir, el supuesto de hecho parte de la base de que ninguno de los dos ‘padres intencionales’ es el padre biológico de los menores, por lo que la respuesta a contestar es: ¿cuál es la filiación de un recién nacido de un contrato de maternidad subrogada en el que ninguno de los dos padres intencionales ha aportado el material biológico determinante para el nacimiento?

Los hechos enjuiciados son, en principio, sencillos de exponer. Dos varones casados entre sí pretenden realizar una inscripción de nacimiento (en el Registro Civil Español) de dos hijos nacidos en el Estado norteamericano de California mediante la técnica de “*gestación por sustitución*”, aportando para ello los certificados de nacimiento de los menores de la autoridad registral californiana en la se concretaba que ambos niños eran hijos de los solicitantes. El encargado del registro consular denegó en una primera instancia la inscripción solicitada. Interpuesto el recurso administrativo correspondiente la Dirección General de los Registros y del Notariado revocó (por Resolución de 18 de febrero de 2009 [RJ 2009\1735]) la decisión del encargado del registro consular y procedió a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores. Entiende la resolución de la Dirección General que esta solución no vulnera el orden público español, evita una discriminación por razón de sexo y protege eficazmente el interés del menor¹.

El argumento central de la demanda impugnatoria del Ministerio Fiscal de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que la decisión adoptada por el Derecho de California de considerar padres al matrimonio (de personas del

¹ Entiende, esencialmente, en su FJco 5º que la decisión que adopta “*no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, sin que queda distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales*”, y que también se permite que “*la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo*”.

El interés superior del menor se deduce tanto de los textos internacionales signados por España en materia de protección de menores, como, sobre todo, del derecho del menor a tener una “*identidad única*”, apoyándose en varias resoluciones del TJUE, lo que se traduce, desde un punto de vista operativo, en el derecho de los “*menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera*”.

mismo sexo, aunque esta circunstancias en este momento es indiferente) vulnera la normativa española, singularmente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha norma prevé en su art. 10.1 que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, precisando en su inciso segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Tanto la sentencia de primera instancia que resuelve este recurso (SJ1ª instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 [JUR 2012\42325]) como la de apelación (SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 [AC 2011\1561]) entendieron que lo más acorde a nuestro ordenamiento jurídico era dejar sin efecto la inscripción de nacimiento realizado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los dos menores cuya filiación concretaba que eran hijos de los (ahora) recurrentes.

Frente a la sentencia de apelación se impetra por los padres intencionales el recurso de casación que resuelve la sentencia que ahora se comenta. Los motivos del recurso se apoyan en tres argumentaciones jurídicas muy esquemáticas pero de profunda enjundia jurídica.

En primer lugar, en que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los menores nacidos al amparo del contrato de gestación por sustitución a favor de dos varones resulta discriminatorio. En segundo lugar, que privar de la filiación a los menores vulnera el interés de los menores, en la medida en que les queda desprotegidos jurídicamente, teniendo los menores derecho a una identidad única. Y, en tercer lugar, que lo que prohíbe la Ley de Reproducción Humana Asistida es prestar consentimiento en España para la formalización de un contrato de gestación por sustitución, “*pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato*”.

Dejando al margen el reconocimiento para nuestro ordenamiento de la decisión jurídica extranjera (al que la resolución del TS, como no podía ser de otra manera, concede singular importancia)², interesa analizar la existencia de discriminación, y, sobre todo, el argumento del interés superior del menor, pues el que puede servir para construir un andamiaje conceptual en el que apoyar el acceso a dichas prestaciones a los “*progenitores intencionales*”, ya que es indudable que las prestaciones de paternidad y maternidad tienen a proteger, –no sólo un estado de necesidad por exceso de gastos o ausencia de ingresos– al recién nacido.

Con respecto a la existencia de discriminación entienden los recurrentes que la negativa a la inscripción de la filiación por naturaleza de los menores es discriminatoria por razón de sexo, en la medida en que sí es viable y perfectamente posible la inscripción a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción

² Sobre estas consecuencias es fundamental la lectura de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, A. L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, núm. 2 (2015), pp. 45 y ss.

humana y la otra mujer sea su cónyuge, según se prevé en el inciso tercero del art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dedicado a concretar la “*Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*”³.

El TS entiende, de manera nítida, que los supuestos de hecho son muy diferentes, y, de manera muy particular, que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución. De manera muy gráfica subraya que la solución habría sido idéntica tanto si los contratantes hubieran sido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, como si hubiera sido un matrimonio heterosexual, o simplemente una pareja de hecho. El argumento para denegar la filiación es, sencillamente, la existencia de un contrato de maternidad subrogada, acuerdo contractual nulo en nuestro ordenamiento jurídico.

El argumento central en el que los recurrentes apoyan su pretensión es en el dato, incontrovertido, de que a los menores ya se les ha reconocido –en California– una filiación concreta y determinada a su favor, y que privarles de ella anulando el asiento registral practicado por imperativo de la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado les sitúa en una situación de desprotección, pues los textos internacionales de protección del menores subrayan la necesidad de que los menores tengan una filiación única.

El TS no atiende a esta argumentación y anula la Resolución, esencialmente por entender que la ponderación de los demás bienes jurídicos en juego: la integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes, y la proscripción, en general, de la mercantilización de la gestación y la filiación, aconsejan adoptar una decisión que tenga en cuenta estos intereses, aunque ello cause –es perfectamente consciente la resolución e ello– algún “*perjuicio para la posición jurídica de los menores*”. La resolución deja muy claro que la decisión que se ha adoptado con respecto a la filiación no tiene consecuencias (ni mucho menos interferencias) en la integración de los menores en el núcleo familiar constituido por los recurrentes, por lo que no quedan en una situación de desprotección, con lo que ello conlleva desde un punto de vista práctico.

Un aspecto muy singular de la sentencia del TS es que no determina en su fallo cuál es la filiación de los menores, ni dan cauces para concluir cómo se concreta ésta, sino que únicamente se intima del ministerio fiscal que “*ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores*”⁴.

³ Tras la inclusión de un tercer inciso en ese precepto por obra de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ahora con la nueva redacción dada al inciso de referencia por el apartado uno de la disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, todavía se aprecia este mandato jurídico con mayor claridad y precisión, pues se dispone expresamente que “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*”.

⁴ Un comentario a la resolución es el de VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español”, La Ley, núm. 8279, de 26.3.2014, versión electrónica: LA LEY 1264/2014.

Tras dicha sentencia, y sin duda alguna con el propósito de aclarar cómo debía procederse a inscribir la filiación en supuestos de maternidad subrogada, se evacuó por la Dirección General de los Registros y del Notariado la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en donde al menos uno de los progenitores sea español (RCL 2010\2624). Lo esencial de la resolución es que para la inscripción del menor se exige que se aporte la resolución judicial dictada por un Tribunal extranjero competente en la que se determine con claridad la filiación del nacido, debiendo ser objeto de exequátur y debiendo aportarse éste a la solicitud de inscripción. De manera muy contundente se regula un procedimiento para el acceso al registro de la resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Y se garantiza que en ningún caso acceden directamente al registro certificaciones registrales extranjeras o simples declaraciones acompañadas de certificaciones médicas. Se necesita siempre y en todo caso una resolución judicial extranjera.

Por su parte la Resolución núm. 5/2011, de 23 de septiembre, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (JUR 2012\168314) entiende que es inscribible en el Registro Español el nacimiento en el extranjero por esta técnica de gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, siempre que conste el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante y se acredite que no se ha producido una vulneración del interés del menor. Muy interesante en esta Resolución es su Fundamento de Derecho quinto, en donde expone de manera muy gráfica cuál es el mecanismo mediante el cual se procede a protocolizar el contrato de gestación por sustitución suscrito en el extranjero, en California concretamente. Llama la atención cómo la autoridad judicial extranjera exige borrar del certificado de nacimiento cualquier referencia “a la madre gestante” imponiendo que “*en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padre intencionales*”⁵.

Parece claro que convirtiendo el problema de la filiación (por naturaleza o por adopción) en una mera cuestión administrativa burocrática se obvia, o al menos eso se pretende, la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que observa el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ya no se trata, por tanto, de analizar la nulidad de un contrato y sus consecuencias civiles y hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social, sino más sencillamente de apreciar la legalidad de una documentación burocrática judicial evacuada por el tribunal jurisdiccional extranjero.

Y desde este plano –meramente formal– no hay duda de que una vez inscrito en el registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada reúnen los progenitores la acreditación documental suficiente para intimar el percibo de la prestación de maternidad por adopción. Otra cosa es que se conceda dicha prestación, pero nada puede oponerse, al menos prima facie, a la solicitud de los progenitores.

⁵ Sobre el particular véase BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 815, versión electrónica: BIB 2011\274.

Sobre todo porque debe tenerse en consideración que el art. 2.2. del RD 295/2009 prevé que “*Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación*”. Más allá de la consideración (moral, ética, o sencillamente jurídica) que se tenga con respeto al contrato de maternidad subrogada, es cierto que en estos casos existe una resolución judicial extranjera con un efecto jurídico muy concreto: atribuir las responsabilidades filiales a una persona muy concreta (los padres intencionales) que es muy similar a la que nuestro ordenamiento jurídico evacua para constituir una adopción o acogimiento⁶.

3. EL HECHO CAUSANTE, LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Las prestaciones de maternidad y paternidad traen causa de diferentes hechos causantes, distintos son sus beneficiarios, aunque tienen a proteger (al menos parcialmente) el mismo bien jurídico: el interés superior del menor con algunos matices diferenciales en supuestos de filiación biológica.

El hecho causante de la prestación de maternidad es el parto propiamente dicho en supuestos de filiación por naturaleza, o la adopción en supuestos de filiación adoptiva (art. 108 del Código Civil)⁷, según se deduce del art. 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo⁸.

Con las sucesivas reformas que ha ido experimentando la prestación de maternidad a lo largo de los años puede apreciarse, sin excesiva dificultad, un ligero desplazamiento de su centro neurálgico de atención, del bien jurídico tutelado.

⁶ El ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141) ratifica el criterio expresado en esta sentencia, y cuenta, como aquella, con un voto particular discrepante. Un comentario muy crítico con la resolución, en el que aboga por la regulación de un “convenio de gestación por encargo” y por el reconocimiento legal de la situación es el de VELA SÁNCHEZ, J.: “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 d febrero de 2015”, La Ley, núm. 8600, 8 sep. 2015, versión electrónica: D-321.

⁷ Precepto no modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que, sin embargo, si altera toda la nomenclatura de las instituciones protectoras del menor, circunstancia que necesariamente tiene que influir en la terminología que utiliza tanto el ET para la concreción de los períodos de descanso, como la LGSS y el RD 295/2009, de 6 de marzo, para la concreción de las prestaciones de Seguridad Social.

Su Disposición adicional segunda, titulada “*Referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional*” prevé al respecto que “*Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil. Las que se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del código Civil; y cuando lo fueran a las Entidades colaboradoras de adopción internacional se entenderán hechas a los organismos acreditados para la adopción internacional*”.

⁸ Apréciase la importancia que tiene el hecho biológico del parto en el informe de maternidad del art. 13 emitido por el facultativo del Servicio Público de Salud que debe aportarse como documento para solicitar la prestación según el art. 14.2.1º, ambos del RD 295/2009, de 6 de marzo.

Cuando únicamente se atendía al hecho biológico del parto era evidente que la finalidad de la prestación era prioritariamente la recuperación física y psíquica de la madre en el puerperio. Pero la ampliación de la prestación a maternidades en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho de la madre que va a disfrutar de la prestación de maternidad: adopción o acogimiento, permite apreciar cómo el centro de gravedad de la prestación se desplaza desde la protección de la madre hacia la atención del recién nacido. Téngase en cuenta, además, que la posibilidad de endosar parte de la prestación de maternidad al otro progenitor muestra claramente que parte de la prestación (hasta como mucho diez semanas) no tiene por objeto único la recuperación de la madre tras el alumbramiento, sino la atención del recién nacido. Precisamente por eso puede compartirse entre los progenitores, porque parte de su duración no tiene como objetivo la recuperación de física y psíquica de la madre⁹.

Precisamente porque el hecho causante no es en todos los supuestos de maternidad el parto propiamente dicho es por lo que puede disfrutarse la prestación de maternidad por los padres adoptantes. Padres adoptantes que lo son con indiferencia de la clase de pareja que sean (heterosexual y homosexual), como bien precisa la STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496) cuando afirma categóricamente en este sentido que *“debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja”*¹⁰.

⁹ Sin necesidad de acudir a ejemplos más alambicados, véase lo afirmado en la STJS de Madrid, de 26 de febrero de 2003 (AS 2003\3015) cuando afirma que el hecho causante en la maternidad biológica y el bien jurídico a proteger es la *“protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento, el cual produce secuelas físicas y síquicas relevantes”*. Pero este hecho causante –continúa afirmando– se contrapone *“a los supuestos de adopción y acogimiento, en los que el bien jurídico prevalente es la inserción familiar robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será recién nacido”*.

¹⁰ Y con respecto a esta cuestión no está de más recordar que la Orden JUS/568/2006, de 8 febrero, de Modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia (B.O.E. de 3 de marzo de 2006; rect. B.O.E. de 25 de julio de 2006) dispone, exactamente en su art. 4, significativamente titulado: Modificación de los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimiento, que: *“1. Se modifica el modelo oficial de inscripción principal de nacimiento...vigente en los términos de la Disposición Transitoria de la Orden del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2001, sobre libros y modelos de los Registros Civiles informatizados, en los siguientes extremos: 1º La expresión «Padre» se sustituirá por la de «Progenitor A», y la expresión «Madre» por la de «Progenitor B»”*.

La expresión no deja, desde luego, mucho margen a la interpretación, dado los términos tan imperativos en los que se manifiesta: *“se sustituirá”*. Tal debió ser el revuelo protagonizado por dicha norma, que rápidamente, (¡antes incluso que la rectificación de errores de la propia norma!) se derogó el precepto polémico y se sustituyó por el que se anota seguidamente mediante la Orden JUS/644/2006, de 6 marzo, de Aclaración de la Orden JUS/568/2006, de 8-2-2006, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, que dispone en su art. 2, literalmente que: *“Los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimientos y matrimonios (modelos oficiales 101 y 200, respectivamente, aprobados por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 2005) que se practiquen en los libros de (...)*

El hecho causante de la prestación de paternidad es el nacimiento de hijo (no el parto propiamente dicho), y la adopción o el acogimiento (art. 22.1 RD 295/2009, de 6 de marzo). Es evidente que el objetivo de la prestación de paternidad no puede ser otro que asistir al recién nacido en sus primeros días de vida. Por eso precisamente se ha concedido sin demasiados problemas cuando ha sido solicitada la prestación por padres intencionales que han suscrito con la madre biológica en el extranjero un contrato de maternidad subrogada.

Es decir, que en la prestación de maternidad en donde el bien jurídico protegido es doble: la recuperación física de la madre en supuestos de parto y la atención del recién nacido, mientras que en la prestación de paternidad el objeto es único, solamente la atención del menor.

En definitiva, el bien jurídico protegido por estas prestaciones, observándolas en una perspectiva conjunta e integradora, es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, recién nacido o adoptado, necesitado de atenciones singulares dada su vulnerabilidad biológica y las necesidades de integración en el nuevo núcleo familiar. Y esto es especialmente relevante para el asunto que estamos tratando, porque en supuestos de maternidad subrogada sí existe, sin ninguna duda, la situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una interpretación favorecedora de la concesión de las prestaciones, si, naturalmente, se dan los demás requisitos requeridos por la norma.

La búsqueda del bien jurídico debe servir como norte hermenéutico en supuestos en los que técnicamente puedan existir discrepancias en la interpretación de los textos legales reguladores de las prestaciones de maternidad y paternidad.

Porque el bien jurídico del menor se ha instituido como de los principios generales más importantes en esta materia, en realidad en cualquier materia que afecte o se relacione con los menores. Apréciase, en este sentido, que recientemente se ha modificado el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para significar expresamente y de manera contundente y categórica, que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*. Añadiendo, de manera muy significativa, que *“En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos*

los Registros Civiles informatizados deberán recoger las menciones relativas a los progenitores y a los cónyuges como «campos variables», de forma que las menciones actuales y las nuevas se ofrezcan al usuario de la aplicación como opciones alternativas, permitiendo de esta manera conservar los términos de «marido» y «mujer» o los de «padre» y «madre» para los supuestos de matrimonios o progenitores de sexo diferente, o alternativamente emplear las menciones de «A-Cónyuge» y «B-Cónyuge» o las de «A-progenitor/a» y «B-progenitor/a» para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo”.

Lo que no tiene desperdicio es lo de *“los campos variables”*. Esto no es un uso alternativo del derecho, sino una radical modificación de la realidad utilizando la fuerza del derecho, lo cual nos acerca a lo totalitario, porque de lo que se trata en este caso es de la modificación del *“modelo oficial de inscripción principal de nacimiento”*, no de filiación, en la que obviamente puede ser razonable (según qué casos) el empleo de la terminología que se propone.

legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Es indudable que las prestaciones de maternidad y paternidad conciernen a los menores al ser instrumentos jurídico destinados para favorecer su atención y tutela, también es indubitado que las resoluciones favoreciendo la inscripción registral son adoptadas por instituciones públicas, de lo que se infiere la exigencia de que “*los Tribunales*” en su quehacer hermenéutico y jurisdiccional primen “*el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”. Que aboguen, en definitiva, por la interpretación normativa que más favorezca la atención de los menores, en una muy singular concreción del principio *pro operario*.

Bien puede deducirse de este precepto, por tanto, la concreción de un principio general de protección del menor en todas las instituciones jurídicas, entre ellas, naturalmente, las relacionadas con la Seguridad Social. Criterio que puede tener eficacia operacional para incluir en la conclusión lógico-jurídica que se deduce de la interpretación de los textos normativos supuestos de hecho no expresamente previstos por el legislador, como lo es el asunto aquí analizado. Para aplicar, en definitiva, mecanismos analógicos de exégesis jurídica.

4. LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La normativa española a nivel legal y reglamentario no prevé, como se ha analizado, la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna de seguridad social. Circunstancia consecuente con la nulidad radical que se predica del contrato civil de gestación por sustitución. Una interpretación de la legalidad en sus propios término llevaría el efecto de negar las prestaciones de maternidad y paternidad para estas situaciones, toda vez que el supuesto de hecho no tiene encaje en ninguna de las circunstancias protegidas: parto, adopción o acogimiento. Y, sin embargo, no cabe duda de que, al igual que en aquellos, existe una situación de necesidad del menor análoga a la que protege la prestación de maternidad en supuestos de parto, y –en menor medida, según qué casos, según cuál sea la edad del menor– en la adopción de menores. La demanda de atención es idéntica, y el bien jurídico a tutelar también.

A pesar de ello la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha evacuado dos criterios técnicos sobre maternidad subrogada que abogan por restringir el acceso a la prestación de maternidad en estas circunstancias. Ambos parten de la premisa de que las cuestiones de filiación estén correctamente protocolizadas, pero en ambas se niega la concesión de la prestación aunque sí se reconoce la prestación de paternidad. Expongámoslos brevemente.

El Criterio 11/2009, de 23 de julio analiza la concesión de estas prestaciones solicitadas por un varón que ha sido padre biológico de dos niñas nacidas en país extranjero previa compra de un óvulo y contratación de una madre de alquiler, de la que no consta su identidad. Aunque se reconoce la situación de necesidad e incluso se afirma que “*el resultado [al que llega la el Criterio] pueda ser insatisfactorio*” se entiende que la situación de necesidad queda protegida con la concesión de la prestación de paternidad. Se niega, no

obstante, la de maternidad, esencialmente porque aunque el ordenamiento conoce supuestos de uso por parte de un solo progenitor de la totalidad del período de descanso ello “no habilita para que éste pueda optar por la condición (la de padre o madre) que le pueda resultar más beneficiosa”.

El segundo criterio es de 15 de julio de 2010 y aborda un supuesto todavía más complicado. Un matrimonio heterosexual con cuyos óvulos y esperma se han concebido dos niños cuya gestación la llevó a cabo una mujer canadiense mediante la técnica de maternidad subrogada pretenden disfrutar en España de las prestaciones de maternidad y paternidad. El criterio entiende que el permiso de maternidad corresponde a la madre biológica, que puede optar porque el otro progenitor disfrute de parte del permiso de maternidad. Recuerda que la normativa también prevé la posibilidad de que el otro progenitor disfrute de la totalidad de la prestación en supuestos de fallecimiento de la madre. Pero entiende que estos derechos le corresponde a quien tiene la titularidad originaria de los mismos, a la madre biológica, que es la que debe decidir cómo distribuir los períodos de descanso, es la que debe decidir cómo y en que cuantía endosar parte del permiso de maternidad al otro progenitor.

Precisa concretamente el criterio técnico que aunque “*es cierto que existe un hijo, cuyo cuidado constituye en parte la finalidad del permiso de maternidad*” la ausencia de regulación específica no permite conceder la prestación, esencialmente porque no puede implementarse una argumentación analógica, ni siquiera con el supuesto de adopción o acogimiento, pues “*no se considera posible una aplicación analógica, al tratarse de un supuesto diferente y con característica propias*”. En definitiva y en conclusión para la maternidad por parto no hay términos de comparación y para la maternidad por adopción o acogimiento se entiende que son supuestos del todo diferentes.

Sin embargo para la paternidad sí se da el hecho causante, el nacimiento del hijo, que es la situación protegida, y este es el dato que tienen en consideración ambos criterios técnicos para conceder la prestación de paternidad. Aprecia el último citado, y es importante subrayarlo, que a pesar de la solución a la que se llega, es decir la no concesión de la prestación de maternidad pero sí la de paternidad, puede existir de hecho “*una desprotección del hijo nacido, que únicamente de manera parcial resuelve el reconocimiento del derecho al subsidio de paternidad y el correspondiente permiso*”. Añadiendo, de manera un tanto cándida, que “*si se pretende dar una eficaz cobertura legal al supuesto planteado resultaría necesaria una regulación específica adaptada a las peculiaridades de la situación*”, porque mientras siga siendo nulo el contrato de gestación por sustitución en territorio nacional no parece que puedan regularse sus consecuencias hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social.

La negativa a la interpretación analógica puede ser cuestionada. No tanto para los supuestos de parto, sino, sobre todo, para los supuestos de nacimiento del derecho a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento. En estos dos supuestos, especialmente el segundo, estamos en presencia, al menos, de una mera relación factual entre los padres intencionales y el niño, protocolizada o solemnizada burocráticamente, que es el hecho causante del nacimiento del derecho. En nada se diferencia de la situación factual y protocolizada en el país de nacimiento de los niños mediante los trámites administrativos y judiciales correspondientes. Son dos supuestos muy similares. En uno de ellos la norma sí regula la consecuencia, en el otro no, pero no parece que la negativa a la aplicación analógica

quede vedada. Hay dos supuestos de hecho muy semejantes. Para uno de ellos la legislación sí prevé la consecuencia pero no para el otro. Pero la interpretación negadora de la prestación crea una diferencia radical en la solución que se da en el supuesto de maternidad subrogada que no encuentra cauce de justificación ni por los sujetos beneficiarios de la prestación, ni por el bien jurídico protegido. Es más, precisamente en atención al interés superior del menor, debe favorecerse una interpretación favorecedora de la prestación¹¹.

5. LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES: EXPOSICIÓN Y AGRUPACIÓN CONCEPTUAL CRÍTICA

Las vicisitudes jurisprudenciales de la maternidad subrogada han sido numerosas, zigzagueantes y todavía no están del todo resuelta de manera terminante. Es terreno abonado para la polémica. Sobre todo porque a la problemática laboral interna, incluyendo la civil que surge de la concreción de la filiación, se suma la interpretación exacerbada que se le ha dado a la jurisprudencia emanada del TJUE que, además, por si fuera poco, se debate entre tres vértices de un triángulo jurídico refractario a una homogeneización hermenéutica. Hay sentencias que afirman el derecho superior del menor a una identidad única¹², lo que desde un punto de vista sustantivo favorece la concesión de la filiación a los progenitores intencionales, dada la posibilidad –que tolera el ordenamiento nacional estadounidense– a repudiar la propia filiación (de la madre de alquiler biológica); otras ponen el punto de interés en afirmar e interpretar la normativa europea en el sentido de no hacer obligatorio para los Estados la concesión de permisos de maternidad en estas situaciones; y otras, en fin, subrayan la violación que experimenta el núcleo familiar con la negativa a dar validez a la inscripción registral del nacido mediante técnicas de maternidad subrogada.

Desde el punto de vista interno la cuestión ha pasado por tres fases claramente diferenciadas desde un análisis meramente cronológico, aunque no con perfiles del todo homogéneos.

En un primer, momento varias resoluciones de los TSJ reconocieron las prestaciones por maternidad sin demasiados problemas interpretativos.

Una de las primeras en las que, al menos de manera tangencial, se abordaron cuestiones relacionadas con este tema es la STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010\277). En ella se cuestionaba la validez de la renuncia de la madre biológica al período de descanso y el eventual endoso de parte de la prestación de maternidad al padre. El padre lo era de una niña nacida en Estados Unidos de una madre biológica que, de manera expresa, renunció judicialmente a toda relación materno-filial con la menor, la cual quedó bajo la patria potestad y custodia exclusiva del padre. El relato de hechos probado no concreta si el alumbramiento se produce mediante un contrato de maternidad subrogada. El problema suscitado era si dicha renuncia tenía que constar expresamente, o sí, por el contrario, era suficiente la renuncia implícita para endosar al padre parte de la prestación de paternidad. La prestación de paternidad se le concedió sin problemas. El Tribunal de suplicación entiende

¹¹ Como aboga que se haga CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, Trabajo y Derecho, núm. 7-8, jul. 2015, versión electrónica: LA LEY 4687/2015.

¹² Así, por ejemplo, las SSTJUE de 2 de octubre de 2013, Carlos García Avello c. Bélgica (C 148/02) y de 14 de octubre de 2008, Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul c. Alemania (C 353/06).

que la situación de este padre único es similar a la de un padre adoptivo. La sentencia entiende que la aplicación de la analogía como recurso jurídico es posible, y que el derecho debatido afecta prioritariamente a la atención del menor durante la etapa inicial de la vida familiar, *“apareciendo como intereses coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto, que sirve como criterio distributivo del derecho, estableciendo una cotitularidad jerarquizada”*. De lo que infiere que el derecho de suspender el contrato para atender al menor *“pertenece sin discriminación por sexo ni por clase de filiación, al padre y a la madre de modo íntegro de existir un solo progenitor”*, por lo que, en este caso, estamos en un supuesto asimilable al de fallecimiento de la madre, en la que la titularidad del derecho pertenece únicamente del padre, por lo que a él le corresponde, en exclusividad, el disfrute único de la prestación de maternidad.

Otra temprana resolución que concede la prestación de maternidad, esta vez sí en un supuesto pleno de maternidad subrogada, es la S JS de Oviedo, núm. 2, de 9 de abril de 2012 (AS 2012\924)¹³. Se trataba de un contrato de gestación por sustitución y filiación a favor de un pareja heterosexual. El Juzgado concedió la prestación de maternidad, entendiendo, de un lado, que el hecho de que el contrato de maternidad subrogada esté prohibido para nuestro ordenamiento jurídico no priva de protección a la situación, ejemplificando la situación con lo que ocurre con la pensión de viudedad en supuestos de poligamia, institución prohibida en nuestro ordenamiento jurídico que, sin embargo, sí tienen consecuencias jurídicas en el ámbito de Seguridad Social. Aprecia, de otro lado, que el supuesto de hecho guarda estrecha relación con otro sí expresamente previsto en la norma: el disfrute del permiso en supuestos de maternidad por adopción, con lo que la aplicación de la regla analógica es la solución más correcta para dar cobertura protectora a la situación.

La resolución medular sobre la que pivota la primera línea interpretativa sobre esta problema es la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012\2503). En ella se abordaba un caso idéntico al debatido más tarde por la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833): dos hombres son considerados progenitores por un documento jurisdiccional norteamericano tras el alumbramiento de una niña mediante un contrato de maternidad subrogada¹⁴. Lo más interesante de la resolución es el esfuerzo que realiza para diferenciar los dos supuestos de concreción de la prestación por maternidad, por parto y por adopción, entendiendo que la situación aquí cuestionada *“es similar a la que, también como ‘progenitores’, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art. 4.1 del CC, porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del*

¹³ Comentada por HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, AS, 41/2012, versión electrónica: BIB 2012\2899.

¹⁴ Un comentario a la misma es el de BORRAJO DACRUZ, E.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, Actualidad Laboral, núm. 2, feb. 2013, p. 243. Y también el de VALERA AUTRÁN, B.: “La protección de la maternidad no biológica”, Aranzadi Social, núm. 6/2013, versión electrónica: BIB 201\695.

nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos”.

Es decir, entiende aplicable por analogía la solución que se patrocina para el supuesto de adopción, apreciando que el sentido protector de la norma, su razón de ser, es idéntica al del supuesto de maternidad subrogada. Porque, como precisa, *“tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”.* Por otro lado, esta resolución también tiene en consideración la situación que procede de la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428) en la que se concedía a la madre adoptante de la hija biológica de su cónyuge mujer la prestación de maternidad, aunque ya se había disfrutado por completo dicha prestación por la madre biológica. Lo cual introduce un criterio de apoyatura muy interesante para sostener eventuales discrepancias discriminatorias por razón de sexo en la apreciación de las diferentes situaciones de hecho.

La STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496) es una de las que mejor resume el camino interpretativo¹⁵. Esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque desactiva totalmente la injusta equivalencia que afirma que la nulidad del contrato de maternidad subrogada no pueda tener consecuencias jurídicas, y, por otro lado, porque pone el centro de atención de la prestación y de su concesión en el bien superior del menor. Afirma así, expresamente que *“es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitución suprallegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”.*

Precisando más adelante que *“la prestación de paternidad o de maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar la Ley 14/2006, en su artículo 10, pues, no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores. Es una normativa cuyo objeto es proteger la maternidad biológica, cuestión ajena a este litigio donde se trata de proteger el derecho del menor, que quedaría desamparado en base a una hipotética tutela de un anónimo derecho biológico”.*

Añade un razonamiento muy contundente y hasta cierto punto de una violencia poco común en sede judicial: *“No se pueden hacer interpretaciones metafísicas de la normativa prestacional de la Seguridad Social. Invocar hipotéticos derechos biológicos naturales, de*

¹⁵ En forma muy similar a lo resuelto por las SSTJS de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013\845), y de Asturias, de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012\2485). Un comentario a esta última resolución es el efectuado por MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: *“¿Tienen derecho las madres ‘subrogantes’ al permiso y a la prestación por maternidad?”*, Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2014, versión electrónica: BIB 2014\4275. Otro comentario es el de LOZANO GAGO, M^a DE LA L.: *“Prestación por maternidad subrogada”*, Revista de Derecho vLex, núm. 120, mar. 2014, versión electrónica: VLEX-501007563.

personas anónimas y que difícilmente podrán ostentarlo dada su nacionalidad y la renuncia judicial a los mismos, para obstaculizar el derecho a las prestaciones sociales de menor. Si definimos más allá del rito alegatorio, la pretensión de la Entidad Gestora, vemos con claridad que su base jurídica es una defensa de la maternidad biológica en un supuesto en que la misma no puede determinarse de modo que negando la paternidad y maternidad jurídica a los progenitores, convierten al menor en un huérfano.- ¿Tendría, en su interpretación, prestación de orfandad? - Invocan una legalidad inaplicable - metafísica - en base al artículo 10 de nuestra Ley 14/2006, para contraponerla a una legalidad que se ha aplicado físicamente - la del Código de Familia del California, que no reconoce derecho de filiación a la anónima madre biológica. Los hechos hipotéticos o improbables no pueden privilegiarse frente a los hechos ciertos y reales”.

La resolución, después de negar categóricamente que el beneficiario pudiera disfrutar de la prestación de maternidad por parto, estudia si es posible la concesión de la prestación de maternidad por adopción, aplicando analógicamente la regulación prevista para esta situación, afirmando que la analogía es posible, y concediendo, en definitiva, la prestación de maternidad por adopción a un supuesto de maternidad subrogada. Es cierto que los términos de la comparación pueden estar un tanto forzados, pero no puede dudarse de que el legislador utiliza el término “*maternidad*” sin acompañarlo de adjetivo calificativo alguno, con lo que parece intuirse el deseo del legislador de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica, que aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo. Es claro que estamos, en ausencia de normativa concreta sobre el asunto, ante una ‘solución de compromiso’¹⁶, pero que funciona para dar cobertura protectora a situación de necesidad, teniendo en consideración el interés superior del menor, siempre que, claro está, la inscripción registral del nacido fuera del territorio nacional se encuentre plenamente convalidada en España, y el beneficiario de la prestación reúna los demás requisitos requeridos en la norma para ser beneficiario de la misma.

El camino para la concesión de la prestación parecía abonado para una solución fértil. Se había negado que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución impidiese que dicha realidad tuviese otras consecuencias, se afirmaba la analogía de la situación con la maternidad por adopción o acogimiento, y se subrayaba vehementemente el interés superior del menor como bálsamo interpretativo de eventuales fricciones normativas.

Sin embargo, y a pesar de ello, en una segunda fase cronológica muy identificable los TSJ han variado su rumbo inicial restringido la concesión de la prestación de maternidad. Esencialmente porque se apoyan en dos sentencias evacuadas por del TJUE el 18 de marzo de 2014 en los asuntos: C. D. c. S. T: (C- 167/12), y Z. c. A Government department (C- 363/12)¹⁷ que, a mi juicio, no han sido bien leídas, o por mejor decir se extraen de ellas consecuencias distintas de las que componen su doctrina propiamente dicha. El panorama cambió radicalmente y lo que antes parecía un camino expedito a una interpretación

¹⁶ Como lo denomina SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, Aranzadi Social, núm. 9/2013, versión electrónica: BIB 2013\17.

¹⁷ La última resolución es comentada por RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Permiso por maternidad para ‘madres subrogantes’: problemática laboral de los ‘vientres de alquiler’”, Actualidad Laboral, núm. 6, jun. 2014, p. 716.

afirmativa sin dificultades dignas de atención, se convierte en un bosque bajo de zarzas y espinas, imposible de transitar sin vereda normativa expedita.

En ambas resoluciones se concluye que los Estados miembros no están obligados a conceder un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Y en ambas se subraya que no existe, por esta negativa a conceder permisos de maternidad por esta circunstancia, discriminación alguna basada en el sexo. En el caso 363/12 se aborda incluso el supuesto de que uno de los progenitores intencionales tuviera alguna discapacidad para poder tener hijos naturales, teniendo que acceder de esta manera a la maternidad mediante esta modalidad. Pero también en estas circunstancias se ha entendido que la negativa a conceder el permiso no constituye motivo de discriminación, en este caso basada en la incapacidad para gestar por sí mismo a un niño.

A partir de este momento e invocando siempre como precedente estas dos STJUE los TSJ españoles comenzaron a denegar las prestaciones de maternidad intimadas por progenitores intencionales. Así por orden cronológico, véanse las SSTSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\117724)¹⁸, del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 (AS 2014\1228)¹⁹, de Madrid, de 7 de julio de 2014 (JUR 2014\244222), de Andalucía (Sevilla), de 4 de febrero de 2015 (AS 2015\720) y de Madrid, de 5 de octubre de 2015 (JUR 2015\253456).

Todas estas resoluciones de los TSJ tienen un excesivo apego a estos precedentes jurídicos, a estas STJUE. Pero estas resoluciones resuelve una cuestión que, en realidad, nada o muy poco tiene que ver con la cuestión controvertida en la instancia jurisdiccional nacional. Porque el plano de legalidad con el que funcionan las STJUE es diferente. Lo que se enjuicia en estos casos, en definitiva, es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de maternidad por sustitución, y la respuesta es evidente: no, no tienen obligación de contemplar estas situaciones en su ordenamiento interno. Y lo que se discute en la instancia jurisdiccional patria es si a la luz de nuestras normas vigentes puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada. Respetar la doctrina que se infiere de esas resoluciones del TJUE

¹⁸ Aunque esta resolución cuanta con un voto particular en sentido contrario del Magistrado Butrón Ochoa, J.C.B. cuyo más destacado aspecto radica en entender que la nulidad del contrato de vientre de alquiler para nuestro ordenamiento jurídico no permite anular el asiento registral legalmente protocolizado en el extranjero, así como afirmar que el interés superior del menor permite la aplicación analógica de las reglas que conceden la maternidad en supuestos de adopción.

¹⁹ En esta resolución, en la que se debatía la prestación de maternidad para un solo progenitor mujer, se llega a afirmar que *“nuestra postura jurídica inicial era coincidente con la de la resolución [afirmativa de la prestación] de instancia y por ende con la doctrina sentada por varios Tribunales Superiores de Justicia del Estado Español. Sin embargo, al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea...”*. La referida resolución es comentada por PANIZO ROBLES, J. A.: *“La maternidad por ‘contrato de sustitución’ sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social”*, Información Laboral, núm. 5/2014, versión electrónica: BIB 2014\2260.

no es incompatible con conceder prestaciones de maternidad para situaciones de maternidad subrogada²⁰.

En una tercera fase, cuando el impacto de las STJUE ya no era tan llamativo, se vuelven a conceder otra vez con naturalidad prestaciones de maternidad a padres intencionales, en base a los siguientes principales argumentos.

En la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 7 de julio de 2014 (AS 2014\2769) se discutía si era posible conceder la prestación de maternidad a un varón cuando la madre biológica que a dado a luz en el extranjero no ha renunciado expresamente a la prestación de maternidad. El argumento central para la denegación en la instancia de la prestación es que no consta la opción de la madre para el endoso de la prestación, y que no se encontraba en situación protegible. En un supuesto muy similar a lo ya resuelto en la STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010\277), y citando como precedente la STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496), la resolución concede la prestación de maternidad por ser una situación análoga a la de maternidad por adopción. Argumentación analógica que es la que procede aplicar en estos supuestos, en una particular y singularísima interpretación ‘*pro operario*’²¹. Se vuelve, de esta manera, a la interpretación anterior a la que procede tras las SSTJUE.

En la STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015\406) se concedía la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada entendiendo que se está en una situación análoga a la de maternidad monoparental²². En este caso el progenitor es único y en el contrato de maternidad por sustitución se había acudido a una técnica de inseminación artificial con material genético del propio progenitor. Como en otros supuestos sí se le había concedido la prestación de paternidad y como en otros asuntos similares había un contrato explícito por el que la madre renunciaba a los derechos inherentes a dicha condición.

La STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015 (AS 2015\954) entiende que el debate debe circunscribirse al bien jurídico de atención al menor, y precisamente en atención a este criterio ha de abordarse la similitud de la situación con la generada en la maternidad por adopción, concediendo la prestación de maternidad por adopción al entender que la *“reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”*, añadiendo seguidamente que *“si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquier que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por*

²⁰ La STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\97024) llega a afirmar que a dichas sentencias del TJUE no puede concedérsele base suficiente para negar la solicitud de prestación de maternidad por sustitución, pues no hacen *“referencia a la prestación por maternidad subrogada y de esta sentencia no se puede desprender una adaptación o cambio de regulación legal”*.

²¹ SELMA PENALVA, A.: *“Vientres de alquiler...”*, ob. cit.

²² Un comentario a la resolución es el que realiza HERRANZ HERGUEDAS, M.: *“Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución”*, nREDT, núm. 178/2015, versión electrónica: BIB 2015\4135.

adopción o acogimiento, con igual o mayor razón será extensible este derecho a quienes.../...ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado reconociéndole la eficacia suficiente para general el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman...”

Otro argumento que se maneja con soltura en esta resolución es el de la eventual discriminación que se produciría en esta situación frente a otras en las que se concede la prestación con normalidad. Porque, como se afirma expresamente, pugna con la lógica más primaria “*que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconoce ex lege si él y su pareja se hubieran limitada a adoptar o a acoger a un menor, solución que sería contraria al espíritu de la Ley Orgánica 3/2007*” para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Estaríamos en presencia de una discriminación por filiación, que sufre, además, el menor necesitado de protección, porque la razón de ser de la prestación no es el descanso maternal, que no puede existir, sino la atención al menor.

La STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\97024) entiende, por su parte, que la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no puede llevar a la privación de la prestación por maternidad, pues dicha prestación no está prevista solamente para la atención de la madre y su recuperación psíquica y física, sino también en supuestos de adopción, con el que este supuesto de hecho se relaciona analógicamente, para la atención del menor y el favorecimiento de su integración en el núcleo familiar²³.

Por último en la SJS núm. 26 de Barcelona, de 7 de marzo de 2016 (JUR 2016\101507) se argumenta la decisión de conceder la prestación de maternidad en dos motivos algo diferentes de los expuestos. En primer lugar, que los problemas de filiación no le vinculan para que se conceda o se niegue la prestación de maternidad, y, en segundo lugar, el ya conocido relativo a que la nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico no impide que se generen determinados efectos, esencialmente aquellos que tiene que ver con la atención del menor, como lo es la concesión de la prestación de maternidad.

En definitiva, se manejan los siguientes argumentos para conceder la prestación: que la situación de la maternidad subrogada es análoga a la maternidad por adopción; que no hace falta que conste la renuncia expresa de la madre biológica extranjera para endosar al otro progenitor parte de la prestación de maternidad; que los problemas de filiación del menor no deben dificultar la concesión de efectos protectores de Seguridad Social; que la nulidad del contrato de maternidad subrogada no debe perjudicar la prestación de maternidad; que puede entenderse que estamos en presencia, cuando así sea, de familias monoparentales y aplicarles las previsiones que para ello articula la normativa; y, por último, y como argumento muy interesante y de gran potencialidad, que la no concesión de la prestación a progenitores intencionales en supuestos de maternidad subrogada puede suponer una discriminación por razones de filiación en relación con los progenitores por adopción.

²³ Véase también la STSJ de Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015\1826).

6. CONCLUSIONES: ESPERANDO A LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DE LA SALA CUARTA DEL TS

Pare claro, al menos como premisa intelectual, que la ausencia de normativa expresa que regule la maternidad subrogada y sus consecuencias civiles y de Seguridad Social, no puede ser obstáculo –mucho menos argumento– para intentar encontrar una solución armoniosa y equilibrada al problema jurídico que se genera cuando los padres intencionales intiman el percibo de las prestaciones de maternidad y paternidad²⁴. Sobre todo porque al día de hoy es una circunstancia cada vez más común, y porque seguramente lo será con más asiduidad en el futuro. No es un problema particular o episódico, sino que es constante y recurrente.

Es probable, por ello, que la Sala 4ª del TS tenga que evacuar una resolución que armonice doctrina sobre el particular, dada la existencia de criterios interpretativos discrepantes, como se ha expuesto, entre distintos TSJ. Aunque pueda existir alguna dificultad en salvar la contradicción requerida en términos casacionales, dada la falta de identidad total de los presupuestos fácticos de las sentencias contradictorias, no es aventurado afirmar que el TS abordará esta cuestión teniendo que resolver sobre el fondo del asunto.

Lo que pretende este pequeño ensayo no es tanto intentar averiguar qué solución va a adoptar el TS ni sobre qué argumentaciones se va a conducir, sino más modestamente, subrayar qué elementos deben tenerse en consideración en la discusión jurídica sobre el fondo del asunto. Cómo se barajen y a qué resultado conduzcan es una cuestión diferente, aunque probablemente –y esto es un juicio estrictamente personal– el TS asumirá parte de los argumentos que entienden aplicable la situación analógica con la maternidad por adopción o por acogimiento y generalizará la concesión de la prestación por maternidad para supuestos de maternidad subrogada.

De la STS de 6 de febrero de 2014 se deduce claramente que la dificultad en concretar la filiación del menor no debe perjudicarle en otros ámbitos tutelares. Es más, entre líneas puede leerse que precisamente porque el menor no queda desprotegido es por lo que puede cuestionarse la filiación, anulando el asiento practicado en el registro civil. Esto facilita, o al menos no impide, la concesión de las prestaciones de maternidad y paternidad a los ‘padres intencionales’, como frecuentemente ocurre. O dicho de otra manera, que no exista una filiación concretada no tiene que ser un argumento para negar la concesión de las referidas prestaciones de Seguridad Social.

Debe tenerse presente, además, que desde un punto de vista meramente formal ya existe un trámite burocrático administrativo [la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en donde al menos uno de los progenitores

²⁴ El texto más completo de los proyectos legislativos que pretenden organizar la maternidad subrogada quizá sea el de la Asociación por la Gestación Subrogada en España. Su proposición de Ley, aunque carece de referencias a las prestaciones de seguridad social, deteniéndose únicamente en las consecuencias civiles con respecto a la filiación, puede verse en el siguiente enlace web:

http://gestacionsubrogadaenespaña.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf

sea español (RCL 2010\2624)] encaminado a dar validez y eficacia plena a las inscripciones registrales intimadas en países que permiten el registro originario como progenitores de personas que acudieron a la contratación de una madre de alquiler, por lo que al sistema prestacional, al Derecho de la Seguridad Social en este caso, le tiene que ser relativamente indiferente, porque le llega como un dato dado y cierto, como algo indubitado, la acomodación de dichos trámites a la legalidad. Se es progenitor, en este caso, para estos efectos prestacionales, porque el documento jurídico registral así lo afirma. Pocas posibilidades hay desde el ámbito de lo laboral para deshacer esa anotación, y pocas también hay para no concederle validez a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social.

Téngase en cuenta, además, que el interés superior del menor ha pasado de ser un principio interpretativo impreciso y algo evanescente, un bien jurídico de dudosa concreción legal, a formar parte de un mandato jurídico concreto y con un contenido muy preciso por obra de la Ley Orgánica 8/2015, que expresamente así lo reconoce, lo que puede favorecer la hermenéutica integradora de supuestos no expresamente previstos por la norma, como lo es la maternidad subrogada. Es indudable, en este sentido, que el interés del menor queda más tutelado con una interpretación favorecedora de la concesión de la prestación en estas situaciones.

Los Criterios técnicos de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre esta materia han negado que sea aplicable al supuesto de maternidad subrogada la solución que el ordenamiento sí prevé para la situación de disfrute del permiso de maternidad en supuestos de adopción o acogimiento. Probablemente el TS deba pronunciarse sobre esta cuestión, más que nada porque sí existe una relación de semejanza entre cosas distintas, en un supuesto con previsión normativa expresa, en el otro sin ella, por lo que quizá no sea desproporcionado extender la regla jurídica sí prevista, por identidad de razón, a situaciones que no se encuentran comprendidas expresamente en ella. Varias resoluciones de TSJ emplean la analogía para conceder la prestación de maternidad en estas situaciones, y muchas otras niegan la posibilidad de emplear esta técnica hermenéutica. El TS tiene que decidir si estamos en presencia de una situación con identidad de razón, y de si puede aplicarse la analogía entre ellas para dar solución jurídica a una situación no prevista.

También va a tener que dilucidar si un contrato nulo, como lo es el de maternidad por sustitución, puede generar efectos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social. Es decir, si puede otorgarse prestaciones de maternidad cuando el contrato de maternidad subrogada es nulo. Aunque quizá no estemos en presencia de elementos del todo comunes, sí es cierto que el ejemplo de la concesión de prestaciones de viudedad en supuestos de poligamia está bien traído. En ambos casos estamos en presencia de instituciones jurídica prohibidas en nuestro ordenamiento, aunque para una de ellas sí se reconoce, al menos parcialmente, que puede influir en la ordenación de la prestación. La poligamia será una institución inexistente en nuestro ordenamiento civil, pero se tiene en consideración para el ámbito prestacional de la Seguridad Social. Un argumento similar puede enunciarse para la concesión de prestaciones de maternidad en supuestos de maternidad subrogada.

Probablemente también tendrá que analizar el TS el valor que se concede en este tema a las SSTJUE que han sido objeto de comentario. Entiendo que la lectura de las STJUE de 18

de marzo ha sido excesivamente apresurada y se han deducido de ella consecuencias excesivamente cerradas, maximalistas, refractarias a los matices, a las sutilezas²⁵. Estas sentencias no niegan que la maternidad subrogada pueda generar efectos laborales o de Seguridad Social. Afirman, más sencillamente, que la normativa Europea no obliga a que los Estados reconozcan estos efectos, y que, en el mismo sentido, no es contrario a la normativa comunitaria que las legislaciones nacionales no prevean estas circunstancias y estos efectos. Pero extraer de estas sentencias la conclusión de que la maternidad subrogada no puede generar efectos, con carácter general y para todos los estados miembros desde el punto de vista de Seguridad Social es exagerado y, sobre todo, muy desproporcionado. Porque parece, en todo caso, que esta es una cuestión que tiene más que ver con la práctica de cada Estado miembro de la Unión Europea, con su tradición jurídica y con la mayor o menor importancia desde el punto de vista jurídico que se conceda a estas prestaciones, que con una política legislativa clara y definitiva de la Unión.

Téngase en cuenta, además, que varios meses después, el 26 de junio de ese mismo año 2014 el mismo TJUE evacuó otras dos resoluciones, el caso *Menesson c. Francia* (C 192/11)²⁶, y el caso *Labassee c. Francia* (C 941/11) en las que afirmaba, sin negar la soberanía de los Estados miembros para organizar las consecuencias de la maternidad por sustitución o incluso prohibirla, que constituye una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores la negativa del ordenamiento jurídico francés a reconocer la filiación de los menores nacidos tras gestación por sustitución en Estados Unidos y determinada así por las autoridades Norteamericanas. Aunque no lo carezca en un primer momento, en una primera lectura apresurada, ambas doctrinas pueden ser compatibles: no es obligado que los estados de la Unión articulen una prestación de Seguridad Social para proteger la maternidad subrogada, pero privar de la filiación a los menores puede violentar el derecho a la vida familiar.

Más recientemente, y sobre el mismo tema, la STJUE de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (C 358/12) entiende violada la normativa comunitaria por la acción del gobierno italiano que retira, a un matrimonio heterosexual que había acudido a la técnica del vientre de alquiler pero con aporte de material genético propio, la custodia del menor, entregándolo a su vez a los servicios sociales con el objetivo de que articulen mecanismos de protección, al no ponderar adecuadamente los intereses en juego y, en particular, el bien jurídico superior de protección del menor. Otra resolución más del TJUE de la que probablemente haya que sacar consecuencias, tras un análisis sosegado.

Desde luego el TS va a tener que lidiar con dos grupos de argumentos. Los propios que ha desplegado en supuestos similares o parecidos, que han servido, a su vez a los TSJ

²⁵ Efecto amplificado quizá por una lectura a su vez apresurada del ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141) que resuelve el incidente de nulidad impetrado frente a la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833) que denegaba la inscripción registral de los menores nacidos por esta técnica por entender que la STJUE de 26 de junio de 2014 debería provocar una respuesta diferente del TS.

²⁶ Un comentario a esta resolución, centrada más en la determinación de la filiación que en sus repercusiones hacia el sistema protector de Seguridad Social, es el de FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley*, 14 jul. 2014, versión electrónica: LA LEY 4874/2014. También atendiendo a la misma cuestión puede verse GARCÍA ABURUZA, M^a. P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015, versión electrónica: BIB 2015\4006.

para desplegar su argumentario a favor y en contra de la prestación por sustitución, y los que han empleado estos tribunales de suplicación para conceder o denegar las prestaciones solicitadas.

Con respecto a estos últimos ya hemos indicado que son cuatro los argumentos barajados: a) que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución o la falta de concreción legal de la filiación del menor no puede perjudicar la tutela del menor desde el punto de vista de Seguridad Social; b) que la situación es análoga a la de maternidad por adopción o el acogimiento, por lo que no parece desproporcionado aplicarle idéntica respuesta jurídica; c) que la ausencia de renuncia por parte de la mujer extranjera al disfrute del permiso de maternidad no puede ser un obstáculo para el endoso de la prestación al otro progenitor, y d) que puede existir una discriminación por filiación en esta situación en relación a la respuesta que el ordenamiento da en supuestos de maternidad por adopción.

Con respecto a la primera cuestión, la utilización de sus propios precedentes jurisdiccionales, es probable que el TS acuda a la doctrina que se deduce de su STS 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428), sobre todo si la resolución del asunto se centra en argumentos que manejan la discriminación por razones de filiación. La sentencia, en un supuesto relativo a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo disfruten, sucesivamente, del permiso de maternidad, casaba y anulaba la STSJ de Cataluña, de 20 de febrero de 2009 (AS 2009\2016) que no concedía la prestación de maternidad a la mujer adoptante de la hija biológica de su cónyuge mujer porque ya había disfrutado del referido permiso de maternidad la madre biológica, y *“el permiso de maternidad puede repartirse pero sin que se devengue dos veces”*. Entiende también la STJ que la razón de ser del permiso de adopción –su finalidad última–, ya se ha cumplido, porque lo que se pretende con dicho permiso es que la persona adoptante y el niño adoptado mantengan un intenso contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y esta circunstancia no se da en este caso, pues existía una convivencia previa anterior dilatada²⁷.

El TS entiende, esencialmente, que no dificulta la concesión de la prestación *“el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto –que generó el derecho en la madre biológica– y la adopción como madre de la hoy recurrente que acarrió su derecho a descanso y prestación por maternidad.../...sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción”*. Y con respecto a la integración en la familia del adoptado afirma categóricamente que *“no se produce por el mejor hecho de la convivencia con el adoptante anterior a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues a partir de*

²⁷ En el supuesto alegado para la contradicción (STJ de Baleares, de 30 de octubre de 2006 [AS 2006\3197]) se entendía que sí procede la concesión del permiso de maternidad a la madre adoptante de la hija menor de su cónyuge de cinco años de edad, a pesar de existir previa convivencia entre ambas.

*la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia*²⁸.

Es decir, si el ordenamiento jurídico concede el lucro de dos prestaciones completas de maternidad por dos títulos jurídicos diferente (maternidad biológica y ulterior adopción por el otro cónyuge), cuál es la razón que impide permitir el lucro de una sola prestación de maternidad en supuestos de maternidad subrogada (pues la de paternidad siempre se ha concedido y no es dudosa su concesión). Especialmente si se entiende que estamos en presencia de un supuesto análogo al de la adopción, o al menos análogo al de acogimiento, en el que existe renuncia de la madre biológica a la filiación, porque así se permite en el ordenamiento jurídico extranjero, y existe un estado de necesidad, la necesaria atención al menor que, además, se ha revestido de principio jurídico fundamentante en la materia.

Desde luego parece que pueden emplearse argumentos relacionados con la discriminación por filiación en estas circunstancias, al menos de manera argumental. Debe tener en cuenta, en este sentido, que la archicitada STS (1ª) de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833) no entendió que existiese discriminación en la no inscripción registral, afirmando incluso que la respuesta jurídica hubiera sido la misma en supuestos de maternidad subrogada de pareja heterosexual, pero el pronunciamiento no lo fue ni en sede social, ni se debatía un argumento de discriminación por filiación.

Es clara y consolidada, por último, la posibilidad de conceder la prestación de maternidad en supuestos de adopción o acogimiento por personas del mismo sexo, pues el art. 178 LGSS identifica a los beneficiarios del subsidio por maternidad a las personas “*cualquiera que sea su sexo*” que disfruten de los descansos referidos en el ET, por lo que sólo queda dar el último paso intelectual, entender que la maternidad por sustitución es una institución análoga, al menos análoga desde el punto de vistas prestacional de la Seguridad Social, a la adopción o al acogimiento.

Está en juego, nada menos, que la relevancia del principio jurídico superior de atención al menor.

²⁸ Mismo supuesto de hecho, dos mujeres, una de ellas madre biológica del menor, casadas disfrutan, sucesivamente del permiso por maternidad por parto y, tras la adopción, la otra del permiso de maternidad por adopción, en la STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2014 (AS 2014\2274).

Otro supuesto controvertido es el resuelto por la STSJ de Madrid, de 3 de octubre de 2014 (AS 2014\2822). En este caso se concede prestación de maternidad por adopción a mujer cónyuge del marido padre biológico de dos menores aun cuando se disfrutó en su momento completamente del permiso de maternidad.

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

STS 31 marzo 2016 (Contencioso-Administrativo). Asunto
Mutua Universal. Incapacidad temporal

Reimbursement and temporary incapacity. Judgement of the
Supreme Court of 31 March 2016, Mutua Universal

PILAR CHARRO BAENA

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
ACREDITADA A CATEDRÁTICA
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS*

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

*PROFESOR VISITANTE DOCTOR
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS*

Resumen

La presente sentencia desestima un recurso contra una resolución de la Seguridad Social que ordenó el reintegro de determinadas sumas como consecuencia de la insuficiente justificación del destino de los fondos recibidos por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En ella se abordan dos cuestiones. La primera se refiere a la cuantía del recurso de casación. El Tribunal señala que la misma no está constituida por la suma del resultado de las distintas partidas, puesto que estas son autónomas e independientes entre sí, con causas subjetivas y objetivas diferenciadas. En segundo lugar, se declara que la carga de la prueba del adecuado destino de las partidas corre a cargo de la Mutua, en su condición de gestora de fondos públicos, por venir legalmente obligada a ello y por su mayor facilidad probatoria.

Abstract

The present judgement dismisses an action against a resolution of the Social Security which ordered the reimbursement of specific sums as a consequence of the insufficient justification of the destination of the funds received by a Mutual Insurance Company for Occupational Accidents and Diseases. The judgement addresses two issues. The first one is about the amount of the cassation appeal. The Court states that it is constructed by the sum of different items, which are autonomous and independent, with their own subjective and objective causes. Secondly, the judgement notes that the burden of proof of the adequate destination of the items is carried out by the Mutual, as a manager of public funds, because it is legally obliged and it has a major facility of proof.

Palabras clave

Mutuas. Seguridad Social. Colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Recurso de casación. Carga de la prueba.

Keywords

Mutual. Social Security. Collaboration in the management of social security. Cassation appeal. Burden of proof.

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El 24 de enero de 2013, Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Mutua Universal)¹ recurrió ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de

¹ Desde la entrada en vigor de la regulación prevista en el Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, las Mutuas de (...)

la Audiencia Nacional la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de fecha 24 de enero de 2013, que ordena a dicha entidad el cumplimiento de los criterios de la Intervención General de la Seguridad Social en relación con la auditoría practicada en el ejercicio 2007; acuerda el reintegro a las cuentas de la Seguridad Social de la suma de 4.755.335,81 euros, indebidamente imputado como consecuencia de gastos no asumibles; y determina que la referida Mutua debe reclamar a su sociedad de prevención el reintegro a las cuentas de la Seguridad Social de 92.268,81 euros. En su escrito de demanda, de 30 de septiembre de 2013, solicitó la nulidad de la referida resolución y la correspondiente declaración indicando la improcedencia del pago de los 4.755.335,81 euros.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso en su sentencia de fecha 26 de marzo de 2014. En ella se indica que procede anular el reintegro por importe de 4.870,97 euros por el concepto “colaboradores que son pensionistas”, así como la obligación que se imponía a la Mutua de reclamar a la sociedad de prevención el importe de la factura de asistencia jurídica de 6.997,21 euros. En todo lo demás, se estima la resolución impugnada.

Mutua Universal interpuso recurso con esta sentencia aduciendo siete motivos: 1) en relación con la partida de 1.181.613,65 euros (gastos derivados de control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes a través de las empresas externas), por haber efectuado la Sala de instancia una valoración de la prueba arbitraria e irrazonable; 2) respecto de la partida de 1.015.447,32 euros facturados en concepto de “forfait de accidentes de trabajo”, por infracción de lo dispuesto en los artículos 38.1.a) y 68.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el artículo 2.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre; 3) en relación con la partida de 1.015.447,32 euros facturados en concepto de “forfait de accidentes de trabajo”, por haber efectuado la Sala de instancia una valoración de la prueba arbitraria e irrazonable; 4) en cuanto al importe de 1.183.330,40 euros (abonado a colaboradores de la Mutua en concepto de administración complementaria de la directa), por infracción del artículo 5.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, del artículo 2.2 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 2 de abril de 1984, de la disposición adicional segunda de la Orden de 10 de febrero de 2009 y de la doctrina jurisprudencial; 5) respecto de los pronunciamientos contenidos en los fundamentos de derecho undécimo, decimotercero y decimocuarto de la sentencia recurrida, por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba; 6) respecto del contenido de los fundamentos de derecho decimotercero y decimocuarto de la sentencia, por infracción del derecho de defensa y de las normas reguladoras de la prueba; 7) nuevamente respecto de los pronunciamientos contenidos en los fundamentos de derecho decimotercero y decimocuarto de la sentencia, por infracción de los artículos 24 de la Constitución, 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De estos, el cuarto, quinto, sexto y séptimo se inadmiten por defecto de cuantía. Se indica que “los diferentes reintegros incorporados a la resolución impugnada en la instancia

Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, pasaron denominarse Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Sobre la reforma de 2014, vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol 5, núm. 2, 2015, págs. 153 a 179, en particular, con respecto al cambio de denominación, págs. 161 y 162.

constituyen partidas autónomas e independientes entre sí, y no meras partes de un todo sujeto a una única y misma decisión”. De lo que se deduce que la pretensión de dejar sin efecto “*el reintegro a la Seguridad Social por parte del patrimonio privativo de MUTUA UNIVERSAL del importe de 4.755.335,81 euros*”, es el resultado de la acumulación de tantas pretensiones como partidas cuestionadas, sin que el importe total de éstas pueda comunicarse a las de cuantía inferior a 600.000 euros a los efectos de acceder a la casación (artículos 41.3 y 86.2.b) LJCA). Así, en particular, con respecto al cuarto motivo se indica que, aunque el importe global supera los 600.000 euros, los dos subconjuntos que componen la partida responden a causas objetivas y subjetivas perfectamente individualizadas que no alcanzan la referida cantidad.

Con respecto a los tres primeros motivos, relativos a la posible arbitrariedad e irrazonabilidad de la valoración de la prueba efectuada por los jueces respecto de las partidas de 1.181.613,65 euros (correspondientes al control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes a través de empresas externas), de 1.119.765,06 euros (facturada en concepto de “*forfait accidentes de trabajo*” y “*forfait contingencia común*”), así como, en relación con esta última partida, el error en el que, a juicio de la parte recurrente, incurre la sentencia al exigir para el “*forfait accidentes de trabajo*” unos requisitos que solo resultan aplicables al “*forfait contingencia común*”. En este caso, se indica que la carga de la prueba del adecuado destino de estas sumas le correspondía a la Mutua Universal, en su condición de gestora de fondos públicos, por venir expresamente obligada a ello, así como por la mayor facilidad probatoria para justificar la adecuada gestión de tales fondos. De ello se deduce que, ante la insuficiencia de la documentación aportada, la sala no ha incurrido en arbitrariedad al valorar la prueba.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La sentencia objeto de análisis aborda –en síntesis– dos cuestiones: 1) la cuantía mínima para poder recurrir en casación cuando existen distintas partidas autónomas e independientes entre sí; y 2) la valoración de la prueba del destino de las partidas imputadas a la Seguridad Social.

La primera, responde a un aspecto puramente procesal. Como se indica en la sentencia objeto de estudio, “los diferentes reintegros incorporados a la resolución impugnada en la instancia constituyen partidas autónomas e independientes entre sí, y no meras partes de un todo sujeto a una única y misma decisión” (se cita en este sentido la STS de 13 de noviembre de 2012, rec. cas. núm. 5749/2011, referida a la misma recurrente, aunque en relación con una auditoría de las operaciones efectuadas en el ejercicio 2005, así como las SSTs de 17 y 25 de mayo de 2005, 3 de abril y 27 de junio de 2006 y 2 de julio de 2007, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 5025/2003, 7403/2002, 7601/2003, 10217/2003 y 8631/2003). El umbral económico de 600.000 euros (artículo 86.2.b) LJCA), ya de por sí elevado, se interpreta de forma restrictiva. De ahí que, dado su

importe y su rigurosa aplicación por el TS, constituya hasta la fecha el principal motivo de inadmisión².

La segunda cuestión merece especial consideración por la claridad con la que se refiere a los medios y la carga de la prueba del adecuado destino de las partidas indicadas por la Mutua. En este sentido, se reitera la doctrina mantenida de la STS de 13 de noviembre de 2012, donde se indicó con respecto a la auditoria que: *las auditorías que realiza la Intervención General de la Seguridad Social en cumplimiento de lo que ordenan los artículos 71.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 39 y concordantes del Real Decreto 706/1997 de 16 de mayo, y sus informes de control financiero, provisionales y definitivos, constituyen, en el proceso al que se traen, prueba documental, que puede y debe ser valorada, y que, además, goza de un valor reforzado, tanto por la especial cualificación técnica del órgano de control, como por el procedimiento contradictorio a que ha de someter su actuación, tal y como es de ver en el artículo 34.6 de dicho Real Decreto*"; *“era a la actora a la que correspondía la carga de acreditar la justificación que se echa en falta”*, añadiendo que ello es así *“ por ser ella la que con mayor facilidad dispone de la prueba (artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por ser la justificación un hecho positivo, y negativo el contrario, y porque ostenta la condición de gestora de fondos públicos de los que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social (a saber, los que proceden de las cuotas de la Seguridad Social que obtiene como colaboradora del sistema, los cuales, como disponen los artículos 68.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 3.1 del Reglamento de Colaboración que aprobó el Real Decreto 1993/1995, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta)”*. En este sentido, el FJ 8º resuelve que la Mutua, en su condición de gestora de fondos públicos, *“asume las obligaciones de custodia de los mismos, de su aplicación a sus específicos fines, y de rendición de cuentas a la Administración titular, queda sometida al deber de justificar su inversión y al de responder por ellos en tanto no se produzca el descargo, bien bajo la forma de justificantes adecuados, bien bajo la del reintegro de lo no justificado”*. Esta conclusión tiene sentido si tenemos en cuenta que la Mutua Universal, en su condición de entidad colaboradora de la Seguridad Social, no está constituida por sus beneficiarios (no tiene carácter mutualista), sino por empresarios que aseguran los riesgos profesionales de los trabajadores de las empresas asociadas, de forma que su régimen jurídico se encuentra a medio camino entre lo público y lo privado³.

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La cuantía del recurso de casación “ordinaria” tiene interés por los distintos cambios legislativos que se han realizado en los últimos años. El apartado b) del artículo 82 c) LJCA ha experimentado diversas modificaciones⁴. Conforme a lo dispuesto en la redacción que se toma como referencia en la sentencia objeto de análisis, las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las

² RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”, R.V.A.P. núm. 104-I, enero-abril 2016, págs. 135-178, en págs. 150 y 159.

³ Vid. LÓPEZ GANDÍA: “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, cit., pág. 155.

⁴ Puede verse, ampliamente, RAZQUIN LIZARRAGA: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”, cit., págs. 135-178

Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no eran susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo cuando recaían, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no excediese de 600.000 euros, excepto cuando se tratase del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procedía el recurso cualquiera que fuere la cuantía del asunto⁵. El límite de 600.000 euros, que anteriormente había sido de 150.000⁶, se configuró como una medida de agilización procesal ante la subida exponencial de la litigiosidad⁷; y ciertamente dio sus frutos⁸. En este sentido, resulta llamativo el cambio en la cuantía, puesto que la STS de 13 de noviembre de 2012, que se toma como referencia, tenía en cuenta el límite de los 150.000 euros a los efectos de la casación. Esto es, una cuarta parte de la cuantía exigida en la sentencia objeto de análisis (600.000 euros).

La valoración del sistema de casación que acoge la sentencia es negativa. Como ha puesto de manifiesto nuestra mejor doctrina, no forma jurisprudencia, puesto que sigue existiendo un número elevado de recursos y el criterio económico deja fuera cuestiones jurídicas que exigirían el pronunciamiento del TS⁹. En este sentido, son muchos los autores que se han manifestado en contra del umbral 600.000 euros¹⁰.

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que entrará en vigor un año después de la publicación de la referida norma, esto es, el próximo 22 de julio, elimina la cuantía de los 600.000 euros. La reforma extiende el acceso a la casación a todas las sentencias definitivas de los órganos judiciales inferiores y suprime las principales excepciones a la recurribilidad de las sentencias, entre las que ocupa un papel destacado el referido umbral económico que, en razón de su elevado importe y su rigurosa aplicación por el TS, venía constituyendo el principal motivo de inadmisión¹¹. Como se indica en la parte expositiva de esta norma, “la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho”; con esta finalidad “se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de

⁵ Así resulta del artículo 3.6 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

⁶ El artículo 14.32 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, introdujo la primera modificación del referido apartado 2 b), modificando convirtiendo el límite de 25 millones de pesetas en 150.000 euros.

⁷ Así se indica en la propia exposición de motivos de la Ley 37/2011.

⁸ Vid. RAZQUIN LIZARRAGA: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”, cit., pág. 136, que indica que desde la entrada en vigor de la Ley 37/2011 hasta el año 2015 se apreciaba un descenso de los recursos de casación del 40%, de acuerdo con la Base de datos de la estadística judicial (PC-AXIS) del Consejo General del Poder Judicial.

⁹ Vid, en este sentido, la Sección Especial para la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa creada en la Comisión General de Codificación, en su Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (marzo 2013), pág. 63.

¹⁰ Entre otros, RAZQUIN LIZARRAGA: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”, cit., pág. 136; SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Efectos colaterales de la modificación de las cuantías en el recurso de casación”, *Foro Público*, Lex Nova, 12 de junio de 2013, DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley: Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2013; y PARADA VÁZQUEZ, R.: Prólogo al libro de MEDINA GONZÁLEZ, S.: *La inadmisión del recurso de casación contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, págs. 13-18.

¹¹ RAZQUIN LIZARRAGA: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”, págs. 150 y 159.

los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional” (la referida Disposición Final Tercera modifica los artículos 86 a 93 LJCA). Por lo tanto, cuando la nueva norma entre vigor habrá que ver cuál es la interpretación que se realiza del supuesto de hecho que nos ocupa.

El criterio de valoración de la prueba del adecuado destino de los fondos recibidos por la Mutua plantea un problema distinto. En este caso, se está tomando como referencia el artículo 71.2 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, conforme a la redacción dada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), ha derogado esta norma, sin embargo, no parece que la nueva redacción vaya a alterar el criterio que se recoge en la sentencia.

La vigente LGSS (en particular, sus artículos 98 y 115) regula la autoría de cuentas en términos relativamente similares a los efectos que nos ocupan, por lo que, en principio, no debería producirse ningún cambio interpretativo. De hecho, el Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social (en particular, el artículo 39) y el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que es donde verdaderamente se configura el sistema probatorio, se mantienen en vigor.

Tiene sentido que la carga de la prueba recaiga sobre las mutas en la medida en que gestionan fondos públicos y tienen la documentación acreditativa en su poder. La propia naturaleza de la Mutua Universal así parece requerirlo. No hay que olvidar que estamos hablando de una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, esto es, una asociación de empresarios, de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, cuyo objeto exclusivo es la colaboración en la gestión de la Seguridad Social, con un ámbito de actuación que alcanza a todo el territorio nacional. La gestión en la colaboración precisa la mayor transparencia y rigurosidad.

Otra cuestión distinta –y que habría que valorar– es si se está produciendo un progresivo endurecimiento de la prueba al amparo al amparo del carácter cualificado de los informes de la Intervención General de la Seguridad Social. Las modificaciones que se introdujeron en 2014, con respecto a las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, tenían entre sus finalidades la lucha contra el absentismo laboral injustificado y la propia sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social. De ahí que se hiciese especial hincapié en el control del gasto. El régimen jurídico previsto en la LGSS impone una gestión economicista que persigue evitar el déficit y engrosar el Fondo de Reserva de la Seguridad Social con los superávits para así atender a otros fines del sistema (como contribuir al déficit derivado de la crisis económica), a costa de la acción protectora¹². Sólo queda esperar que nuestros jueces y tribunales hagan una valoración prudente y adecuada de la prueba aportada por las Mutuas.

¹² LÓPEZ GANDÍA: “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, cit., pág. 176-177.

La edad de acceso a la jubilación parcial: problemas de transitoriedad legislativa

Entry age for partial retirement: legislative change problems

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

El presente comentario analiza el requisito de la edad para el acceso a la pensión de jubilación parcial. Y, más concretamente, la evolución que dicho requisito ha tenido a través de las muy numerosas y diversas reformas legislativas habidas en nuestro sistema de protección social pública desde el año 2007 hasta la actualidad.

Abstract

This paper analyses the spanish partial retirement requirements. More specifically, this paper analyses the legislative change problems with reference to entry age for partial retirement.

Palabras clave

jubilación, jubilación parcial

Keywords

retirement, partial retirement

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

1.1. Datos esenciales de la sentencia comentada

Como no podría ser de otra manera, el análisis práctico de toda sentencia aconseja la previa exposición de sus datos básicos de un modo predominantemente descriptivo. Por la misma razón, este criterio metodológico se seguirá de manera intencionada en la exposición del problema suscitado de modo que el mismo pueda ser más fácilmente apprehendido por los muy diversos destinatarios de este comentario.

En concreto, los datos básicos de la sentencia comentada son los que a continuación se indican:

- *Sentencia estudiada:* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de fecha 15 de marzo de 2016 (núm. rec. 1773/2015).
- *Ponente:* Antonio V. Sempere Navarro.
- *Doctrina básica:*
 - El 31 de diciembre de 2012 constituyó la fecha final hasta la que pudo accederse a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad con arreglo a las condiciones previstas en la disposición transitoria segunda del RD Ley 8/2010, de 20 de mayo y en el artículo 166.2 de la LGSS/1994, según la redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.
 - En ninguna de las normas dictadas con posterioridad se modifica de manera directa el alcance de la disposición transitoria segunda del RD Ley 8/2010.

- La disposición final duodécima de la Ley 27/2011 no puede ser entendida como modificadora de la referida disposición transitoria segunda del RD Ley 8/2010, ni del régimen excepcional que la misma incorpora.
- Tampoco cabe deducir tal conclusión de la redacción de la disposición adicional primera del RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre.
- *Fallo:* La Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 23 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 15/2015 que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, de fecha 30 de septiembre de 2014, recaída en autos núm. 837/2013, seguidos frente a aquellas entidades gestoras y la empresa codemandada en materia de Seguridad Social.

1.2. El problema suscitado

1.2.1. Los antecedentes de hecho

Los antecedentes de hecho de los que parte la sentencia ahora comentada son, de forma resumida, los siguientes:

- En orden a la jubilación parcial de sus empleados, la empresa codemandada y la representación de los trabajadores suscribieron, entre otros, un acuerdo de fecha 17 de febrero de 2010 que fue remitido al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Dicho acuerdo apareció publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de diciembre de 2010, siendo su vigencia desde el 17 de febrero de 2010 hasta el 17 de febrero de 2014. Este acuerdo contemplaba la jubilación parcial de los trabajadores a los 60 años de edad.
- Incluido en el acuerdo de jubilación parcial citado, al cumplir el trabajador demandante los 60 años de edad solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación parcial con efectos de 10 de marzo de 2013.
- A tal efecto, con fecha 11 de marzo de 2013, el trabajador demandante suscribió con la empresa codemandada un contrato de duración determinada a tiempo parcial de duración hasta el 9 de marzo de 2018. Dicho contrato implicaba una reducción de la jornada de trabajo y del salario del 85%. Por su parte, con fecha 11 de marzo de 2013, la empresa codemandada suscribió el correspondiente contrato de relevo.
- Mediante resolución de fecha 9 de abril de 2013, el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó dicha solicitud por no alcanzar el actor la edad de 61 años entonces exigida en el artículo 166.2 a) de la LGSS/1994, habiendo finalizado el 31 de diciembre de 2012 el plazo transitorio previsto normativamente para el acceso a la pensión de jubilación parcial a una edad inferior.
- Presentada reclamación administrativa previa en fecha 3 de mayo de 2013, la misma fue desestimada por resolución de fecha de salida de 22 de mayo de 2013.
- Interpuesta entonces demanda contra la citada resolución administrativa, la misma fue admitida por el Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014.

- Frente a ella, el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de duplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso que fue asimismo desestimado mediante sentencia de 23 de marzo de 2015. Es, precisamente, contra esta sentencia contra la que la Administración de la Seguridad Social interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina que dio lugar a la sentencia que ahora se comenta.

1.2.2. La sentencia de contraste

Por cuanto ahora interesa, ya en casación unificadora las entidades codemandadas (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) presentaron como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 13 de mayo de 2014 (núm. rec. 698/2014).

En dicha sentencia se trataba también de un trabajador que, hallándose incluido en un acuerdo colectivo de empresa, solicita la pensión de jubilación parcial al cumplir los 60 años de edad pero después del 31 de diciembre de 2012. Siendo ello así, la citada Sala de lo Social entendió que la excepcionalidad prevista en el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, de posibilitar el acceso a la jubilación parcial con una edad inferior a los 61 años de edad no resultaba de aplicación a las solicitudes realizadas con posterioridad a aquella fecha; incluso, aun hallándose vigente en la empresa un acuerdo colectivo de jubilación parcial.

En concreto, el trabajador demandante había cumplido los 60 años de edad el 25 de febrero de 2013, formulando solicitud de pensión de jubilación parcial el 5 de marzo de 2013.

1.2.3. Las normas en presencia

Por cuanto ahora interesa, según redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, el artículo 166.2 de la LGSS/1994 establecía el siguiente requisito general de acceso a la jubilación parcial: “a) Haber cumplido la edad de 61 años..., sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado”.

Claro quedaba, por tanto, que, tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la edad mínima para acceder a la jubilación parcial pasó a ser la de 61 años de edad. Ello no obstante, frente a este criterio general la propia Ley 40/2007, de 4 de diciembre, añadió al texto de la LGSS/1994 una específica previsión de carácter transitorio. Se trataba, concretamente, de la disposición transitoria decimoséptima cuyo tenor literal fue el siguiente:

“1. La exigencia del requisito de 61 años de edad a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 166 se llevará a cabo de forma gradual, en función de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, del siguiente modo:

- Durante el primer año, 60 años.
- Durante el segundo año, 60 años y 2 meses.
- Durante el tercer año, 60 años y 4 meses.
- Durante el cuarto año, 60 años y 6 meses.
- Durante el quinto año, 60 años y 8 meses.

- Durante el sexto año, 60 años y 10 meses.
- A partir del séptimo año, 61 años.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, si en el momento del hecho causante se acreditaran seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b) y d) del artículo 166.2, se podrá acceder, hasta el 31 de diciembre de 2012, a la jubilación parcial a partir de los 60 años de edad y con una reducción máxima del 85 por ciento de la jornada, a condición de que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida”.

Como fácilmente puede deducirse de cuanto se acaba de transcribir, a partir del 1 de enero de 2013 la edad mínima exigible de acceso a la jubilación parcial pasaría a ser, con carácter general, la de 61 años. Con todo, recuérdese que hasta el 31 de diciembre de 2012 aún cabría acceder a la pensión de jubilación parcial con una edad menor *ex* disposición transitoria decimoséptima de la LGSS/1994. Ya fuera esta la que resultase de aplicar la tabla progresiva anteriormente descrita o, incluso, la excepcional de 60 años de edad caso de reunir el resto de requisitos exigidos.

Sucedió, sin embargo, que, vigentes aún estas previsiones de carácter intertemporal, el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, vino a derogar de forma intempestiva la disposición transitoria decimoséptima de la LGSS/1994. Pese a ello, introdujo una nueva previsión transitoria que, a los efectos que ahora interesan, salvaría el acceso a la pensión de jubilación parcial con edades inferiores a los 61 años de edad. En concreto, su disposición transitoria segunda vino a establecer lo siguiente:

“Hasta el 31 de diciembre de 2012, podrán acogerse a la modalidad de jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las letras b), c), d), e) y f) de dicho artículo, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, a las siguientes edades:

-60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

-60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones”.

Cumplidos, pues, los señalados requisitos, todavía podía seguir accediéndose a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad. Bien es verdad que siempre con el límite temporal del 31 de diciembre de 2012. De tal manera que a partir del 1 de enero de 2013 la edad mínima exigible para acceder a la citada pensión seguiría siendo, con carácter general, la de 61 años.

Pues bien, por si no hubieran sido pocos los cambios normativos operados en tan breve espacio de tiempo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización y modernización del sistema de Seguridad Social, todavía vendría a introducir nuevas previsiones en materia de jubilación parcial. Y aun cuando semejantes previsiones no

afectarán directamente a la edad mínima exigible de acceso a la pensión de jubilación parcial, su disposición final duodécima contempló en su apartado 2 c) una nueva regla transitoria con la que venían a complicarse aún más las cosas:

“Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a ... quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, así como las personas incorporadas antes de la fecha de publicación de esta Ley a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013” (fecha esta última de entrada en vigor general de la Ley 27/2011).

Dicha regla sería posteriormente desarrollada por el RD 1716/2012, de 28 de diciembre. En concreto, a través de su artículo 4.1 d) y de su disposición transitoria segunda. Con todo, ante una eventual avalancha de problemas prácticos y sin apenas solución de continuidad entre una norma y otra, la disposición adicional primera del RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre, vino a suspender durante tres meses determinadas previsiones introducidas por la Ley 27/2011 y que debían entrar en vigor el 1 de enero de 2013. Entre otras, las que aquí interesan en materia de jubilación parcial. Así las cosas, durante dicho período suspensivo y más allá de aquella fecha, la pensión de jubilación parcial seguiría rigiéndose por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012; lo que a estos efectos claramente referiría a la legislación vigente con anterioridad a la Ley 27/2011.

Finalmente, mediante el RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, vendría a ponerse término al citado período suspensivo, al tiempo que se aprovechaba para introducir, entre otras, nuevas reformas en materia de jubilación parcial. Por cuanto ahora importa, su artículo 8 daría nueva redacción al apartado 2 de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011; apartado que vendría a señalar lo siguiente:

“2. Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos: ...

c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013.

En aquellos supuestos a que se refieren los apartados b) y c) en que la aplicación de la legislación anterior tenga su origen en decisiones adoptadas o en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa, será condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina, en su caso, en el plazo que reglamentariamente se determine”.

Adviértase, por último, que, aunque no resulte una cuestión trascendente para resolver el supuesto planteado, semejante previsión aparece hoy contemplada en el apartado 5 de la disposición transitoria cuarta del nuevo texto refundido de la LGSS/2015 (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre).

1.2.4. La cuestión debatida

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar hasta el momento presente, la cuestión debatida se concreta en determinar si el trabajador demandante tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad cuando, hallándose incluido en una plan de jubilación parcial suscrito por acuerdo colectivo en su empresa con anterioridad al 1 de enero de 2013, solicita la citada pensión con posterioridad al 31 de diciembre de 2012.

En concreto, se trataría de determinar si la amplia secuencia de disposiciones normativas dictadas sobre el particular en tan breve espacio de tiempo han dado lugar a una modificación de los términos de acceso a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad. Muy especialmente por lo que respecta a los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o mediante convenios y/o acuerdos colectivos de empresa aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor del RDLeY 8/2010, de 20 de mayo.

En definitiva, teniendo en cuenta que la disposición transitoria segunda del citado RDLeY configuró una excepción al régimen general de acceso a la pensión de jubilación parcial a los 61 años de edad (permitiendo seguir accediendo a ella a los 60 años de edad), interesa decidir si tal excepción limitada temporalmente al 31 de diciembre de 2012 se ha visto o no ampliada y/o modificada por la legislación posterior; especialmente, por las previsiones transitorias introducidas por la Ley 27/2011 en sus distintas versiones. Cuestión en absoluto sencilla dada la extraordinaria complejidad del tema que deriva de una deficiente y, en ocasiones intempestiva, sucesión normativa.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Reiterando la doctrina seguida en pronunciamientos anteriores y de idéntico contenido al presente [SSTS 9 de marzo de 2016 (núm. rec. 260/2015), 16 de marzo de 2016 (núm. rec. 1533/2015) y 30 de marzo de 2016 (núm. rec. 1271/2015)], el Tribunal Supremo entiende que el 31 de diciembre de 2012 constituyó la fecha final hasta la que pudo accederse a los 60 años de edad a la pensión de jubilación parcial con arreglo a las condiciones previstas en la disposición transitoria segunda del RDLeY 8/2010 y en el artículo 166.2 de la LGSS, según la redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. A tal efecto, varios son los argumentos expuestos por la Sala Cuarta:

1º) En ninguna de las normas anteriormente transcritas se modifica de manera directa la disposición transitoria segunda del RDLeY 8/2010. Ninguna de tales normas se refiere a ella de manera directa y en ningún momento, de manera específica o literal, se modifican, amplían o restringen las claras previsiones contenidas en la reiterada disposición transitoria relativas al excepcional acceso a la jubilación parcial a los 60 años de edad. Si la voluntad del legislador hubiera sido ampliar el período temporal durante el que podría excepcionalmente alcanzarse la jubilación parcial

referida a los 60 años, lo hubiera explicitado con claridad en cualquiera de las normas posteriores.

2º) La disposición final duodécima de la Ley 27/2011 no puede ser entendida como modificadora de la referida disposición transitoria segunda del RD Ley 8/2010 ni del régimen excepcional que la misma incorpora. No puede serlo ni por su literalidad, puesto que no lo dice, ni por su finalidad.

3º) Tampoco cabe deducir tal conclusión de la redacción de la disposición adicional primera del RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre, cuando señala que “la regulación de las modalidades de acceso anticipado a la jubilación, así como de la jubilación parcial, se regirá por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012”, pues en tal momento la regla general que se derivaba de la redacción vigente del artículo 166.2 a) LGSS/1994 era la que exigía haber cumplido los 61 años de edad. Igualmente en aquel momento regía la disposición transitoria segunda del RD Ley 8/2010 que nos ocupa y que limitaba la posibilidad de jubilación a los 60 años en las condiciones que allí se expresaban hasta el 31 de diciembre de 2012. La conclusión es que el RD Ley 29/2012 lo que pretendió fue dejar tal como estaba la normativa vigente y no modificarla.

Lógicamente, cuestión distinta y al margen de la decisión finalmente adoptada es la de la más que evidente defectuosa y confusa técnica legislativa seguida en esta materia. De hecho, la propia Sala Cuarta se apresura a señalar en este mismo sentido que “El legislador no ha facilitado precisamente la comprensión de esta cuestión con las sucesivas disposiciones emitidas, que, por su número y por su texto, constituyen un entramado normativo abstruso y de escarpada hermenéutica”. No es de extrañar, por tanto, que la Sala Cuarta comparta con el intérprete jurídico “la preocupación por el modo en que se ha legislado sobre una cuestión tan relevante para la consecución de los objetivos constitucionales de protección social (arts. 41 y 50 CE), estando en serio peligro las exigencias propias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)”.

Con todo, el que ello sea ciertamente así no cambia el hecho de que no nos hallamos “en presencia de una *res dubia* que pueda ser resuelta acudiendo a la respetada interpretación *pro beneficiario* toda vez que el examen de las diversas prescripciones normativas conduce al resultado expuesto. La conservación de la precedente regulación refiere a todas las cuestiones alteradas mediante la Ley 27/2011, ..., pero no al requisito de edad”.

3. APUNTE FINAL SOBRE LOS PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD INTRODUCIDOS POR LA LEY 27/2011

A estas alturas del comentario, clara ha quedado ya la extraordinaria complejidad de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y sus normas de desarrollo. Complejidad que no solo derivó del obligado carácter técnico de los muy diversos asuntos por ella tratados sino, muy especialmente, de la deficiente técnica legislativa entonces empleada. De hecho, bien pudiera decirse en este último sentido que, más que “asistemática”, dicha ley constituyó una norma marcadamente “antisistema” (entendiendo por tal, según el Diccionario de Lengua Española, el “Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”).

Ciertamente, muy numerosos son los ejemplos que podrían traerse a colación para dar sobrada cuenta de ello. En lo que ahora interesa, sin lugar a dudas el más llamativo de todos residió en el defectuoso tratamiento que la norma efectuó en relación a la propia aplicación transitoria de sus modificaciones. Es más, tras ocho páginas de Exposición de Motivos, nueve artículos, cincuenta y dos disposiciones adicionales, doce disposiciones finales y una disposición derogatoria (todos ellos de extensión diversa pero considerable en su conjunto), tan sólo se incorporó una única disposición transitoria. Curiosamente, además, para contemplar una cuestión menor y ciertamente anecdótica: la reducción de cotizaciones durante los ejercicios 2012 a 2014 de las personas que entonces prestasen servicios en el hogar familiar.

En consecuencia, la tradicional y siempre necesaria transitoriedad aplicativa que debe acompañar a toda reforma llevada a cabo en el ámbito de la protección social pública se contempló sumamente dispersa entre su articulado. Por descontado, así ocurrió, también, en relación a la pensión de jubilación, en general, y a la pensión de jubilación parcial, en particular. Con todo, dos fueron las grandes transitoriedades que pudieron apreciarse en la norma respecto a la edad de jubilación: en primer lugar, la relativa a la aplicación de las nuevas o viejas reglas de juego y, en segundo lugar, la relativa a la progresiva aplicación en el tiempo de las nuevas reglas.

Como ha tenido ocasión de señalarse ya, la primera de ellas se ubicó en la disposición final duodécima que llevaba por título “Entrada en vigor”. Según esta disposición, las nuevas reglas de juego entrarían en vigor a partir del 1 de enero de 2013. Por tanto, en lo que ahora interesa, las viejas reglas de juego podrían seguir aplicándose, con carácter general, a las pensiones de jubilación que se causasen con anterioridad a dicha fecha. Pero, también, a las pensiones de jubilación que se causasen con posterioridad a dicha fecha y refirieran a los siguientes colectivos:

- a) Personas cuya relación laboral se hubiera extinguido antes del 2 de agosto de 2011.
- b) Personas con relación laboral suspendida o extinguida en virtud de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, en convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresas o en procedimientos concursales, aprobados o suscritos antes del 2 de agosto de 2011, con independencia de que la extinción de la relación laboral se hubiera producido antes o después del 1 de enero de 2013.
- c) Personas que, antes del 2 de agosto de 2011, hubieran accedido a la jubilación parcial o se encontraran incorporadas a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se hubiera producido antes o después del 1 de enero de 2013.

Por otra parte, la segunda transitoriedad prevista en materia de jubilación, esto es, la que refería ya a la aplicación progresiva de las nuevas reglas de juego a partir del 1 de enero de 2013, se optó por ubicarla en los propios preceptos que introdujeron reformas concretas al respecto. En este segundo supuesto, la técnica seguida fue la de introducir en la propia LGSS/1994 una nueva disposición transitoria y/o una nueva redacción de una disposición transitoria ya existente en relación a cada modificación efectuada en el texto de aquélla. Así

sucedió, en concreto, respecto de la aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de jubilación (nueva disp. transit. 20ª LGSS/1994), de las normas transitorias sobre la base reguladora de la pensión de jubilación (nueva redacción de la disp. transit. 5ª LGSS/1994), de los porcentajes a atribuir a los años cotizados para la pensión de jubilación (nueva disp. transit. 21ª LGSS/1994) o de la jubilación parcial (nueva disp. transit. 22ª LGSS/1994). Partiendo siempre del 1 de enero de 2013, lo curioso del caso fue que estas transitoriedades, además de hallarse sumamente dispersas, referían a materias y periodos temporales diferentes; por ejemplo, 2027 (disp. transit. 20ª LGSS/1994), 2022 ó 2016-2021 (disp. transit. 5ª LGSS/1994) ó 2013-2019, 2020-2022, 2023-2026 (disp. transit. 21ª LGSS/1994).

Por si fuera poco ló ya, la cosa se complicaba aún más por referencia a otras modalidades de jubilación existentes en nuestro sistema de Seguridad Social. Así, por ejemplo, adviértase que nada se decía en relación a la aplicación transitoria de las modificaciones introducidas en materia de jubilaciones anticipadas, voluntarias o no (art. 5.1 Ley 27/2011) o relativas a discapacitados en un grado igual o superior al 45% (disp. adic. 8ª Ley 27/2011); que, como no podía ser de otra manera, se seguía manteniendo la aplicación transitoria de la jubilación anticipada para mutualistas (art. 5.2 Ley 27/2011 en relación a la norma segunda, apartado 1, de la disp. transit. 3ª LGSS/1994); o que, con efectos de 1 de enero de 2013, se derogaba la jubilación especial a los 64 años (disp. derog. Única.1ª Ley 27/2011).

Y ya por último, en la materia que aborda este apunte final (períodos transitorios), de auténtico chiste cupo calificar previsiones tales como, por ejemplo, las incorporadas en la disposición final 6ª (que autorizaba al Gobierno a “modificar” la “modificación” incorporada por la disp. adic. 18ª de la propia Ley 27/2011 en materia de anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados en un grado igual o superior al 45%) o en las disposiciones adicionales 37ª (que, desde el 2 de agosto de 2011 suspendía los efectos de una muy conflictiva y desafortunada Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, vigente desde tan solo un mes antes) y 36ª (relativa a la enésima –aunque no la última– modificación en materia de jubilación forzosa). Por más que loable en cuanto a su objetivo finalista, esta última disposición, vigente desde el 2 de agosto de 2011, no solo alteraba el contenido de las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en nuestra negociación colectiva (pues no demoraba su eficacia, como debiera, a los nuevos convenios colectivos que se pactasen tras su entrada en vigor) sino que aún se permitía la desfachatez (entiéndase, desde el punto de vista que ahora nos ocupa) de señalar, de forma expresa, que “Se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional”.

Como puede apreciarse, el período transitorio que en materia de jubilación nos quedó tras la Ley 27/2011 constituyó un auténtico galimatías (en el sentido de “confusión, desorden, ló”). En cualquier caso, desde que el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, suprimiera, sin pudor alguno, el período transitorio previsto en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en materia de jubilación parcial, todo este complejísimo entramado no resultaba ya en absoluto creíble.

De hecho, ante una eventual avalancha de problemas prácticos, dicho ha quedado ya que el legislador tuvo que recurrir a un período de tiempo muerto de la mano del RD Ley

29/2012, de 28 de diciembre. Por cierto, norma esta publicada a escasas horas de la entrada en vigor general de la Ley 27/2011. Y aun cuando dicho período de obligada reflexión fuera finalmente resuelto por el RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, el caldo de cultivo para numerosas y complejísimas cuestiones de transitoriedad normativa se encontraba ya (y se encuentra todavía hoy) más que servido.

En realidad, el problema de fondo no reside tanto en que la solución finalmente adoptada en supuestos como el presente sea una u otra. Ni tan siquiera en la mayor o menor oportunidad y/o acierto de las muy diversas reformas legislativas llevadas a cabo en el tiempo. Antes al contrario. Lo que verdaderamente está aquí en juego es la propia credibilidad del sistema de Seguridad Social español. Máxime en un contexto socio económico que irremediamente nos arrastra hacia una profunda (e inmediata) reforma del citado sistema en su conjunto.

Si la continua reforma del sistema español de Seguridad Social constituye la máxima que orienta y ha de orientar en los próximos años (meses quizá) cualquier actuación legislativa en la materia, ninguna duda cabe de que la misma ha de hallarse presidida, en todo caso, por el obligado respeto al principio de seguridad jurídica. Lo que necesariamente ha de pasar por una exquisita técnica legislativa que, entre otras cosas, incorpore siempre claras y completas previsiones normativas de transitoriedad. No hacerlo así, no solo provocará la pérdida de confianza en el sistema de Seguridad Social de los administrados, sino que además generará un sinfín de problemas prácticos. Y si no, al tiempo.

Clases pasivas del estado y pensión ordinaria de viudedad: vientos de cambio interpretativo en la prueba de la convivencia como pareja de hecho anterior al matrimonio

Passive class and ordinary widowhood pension: winds of change on construction of proof of cohabitation antecedent to the marriage

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

Resumen

La acreditación de la existencia de pareja de hecho y/o de los períodos de convivencia ha venido siendo materia litigiosa recurrente, en reclamaciones del derecho a la prestación ordinaria de viudedad vía art. 38.4 TRLCPE y desde el supuesto del apartado 1 de dicho artículo. En ambos casos, y de modo discutible, se ha exigido la acreditación de ambas circunstancias y, además, los medios de prueba a emplear venían tasados, por la aplicación, a ambos supuestos, de lo dispuesto en el art. 38.4, descartándose la posibilidad de acreditación mediante otros medios de prueba.

La Sentencia analizada modifica la doctrina precedente sobre acreditación de una convivencia como pareja de hecho en los supuestos de acceso al derecho a la pensión ordinaria de viudedad desde la situación de matrimonio (párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE): ya no se exige la acreditación de la constitución de la pareja de hecho; y en la acreditación de la convivencia como pareja de hecho se abandona la exigencia de certificado de empadronamiento como prueba exclusiva y excluyente, admitiendo y valorando otros medios de prueba, en lo que podría considerarse una deriva tácita hacia el principio de libertad de prueba.

Abstract

The proof of the existence of de facto partnership and/or periods of cohabitation has come to be recurrent litigious matter, in claims for the right to ordinary widow's benefit via article 38.4 TRLCPE and from the case of paragraph 1 of this article. In both cases, and questionable, it has been required evidence of both circumstances and also the proof to be used came assessed applying, on both cases, the provisions of article 38.4, ruling out the possibility of demonstrate by any other means of proof.

The analyzed judgment modifies the previous doctrine on evidence of coexistence as de facto partners in cases of entitlement to ordinary widow's pension from the state of marriage (second paragraph of article 38.1 TRLCPE). Evidence of the constitution of the domestic partnership is not required now; and demonstration of cohabitation by means of the requirement of certificate of registration as sole and exclusive means of proof is now abandoned, recognizing and valuing other evidences, in what could be considered a tacit drift towards the principle of freedom of means of proof.

Palabras clave

Clases pasivas, pensiones, viudedad, convivencia
more uxorio, prueba

Keywords

Passive class, pensions, widowhood, cohabitation,
proof

1. EL *BACKGROUND* NORMATIVO

Las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, reguladas por el RD-Leg. 680/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado –en lo sucesivo, TRLCPE– vienen a subvenir las situaciones de necesidad que, para dicho personal o sus familiares, puedan derivarse, respectivamente, bien de su

jubilación o retiro, bien de su fallecimiento –y, eventualmente, de la declaración judicial de fallecimiento; incluso, bajo ciertas circunstancias, de la declaración de ausencia legal–.

Dichas prestaciones, de naturaleza exclusivamente económica y pago periódico, se materializan en las pensiones de jubilación o retiro, así como en las reconocidas a favor de los familiares, entre las que se encuentra la de viudedad (además de la de orfandad y, también, las reconocidas, en su caso, en favor de los padres de la persona causante). Tales pensiones vienen calificadas como *ordinarias* o *extraordinarias*, según que su hecho causante se produzca en las circunstancias homónimas (ordinarias –valga la redundancia de la propia literalidad legal –*ex art. 19.1 TRLCPE*–, o bien por razón de lesión, muerte o desaparición acaecida en acto de servicio o como consecuencia del mismo).

Por lo que se refiere a la pensión ordinaria de viudedad, sobre la que pivota el presente análisis, el hecho causante se concreta en el fallecimiento del personal correspondiente o, en su caso, en la declaración de fallecimiento del mismo (no obstante ello, y como ya se ha adelantado, el art. 30.2 TRLCPE refiere la posibilidad de tener por hecho causante la declaración de ausencia legal en el caso de que el causante fuera perceptor de pensión de jubilación o retiro o, no siéndolo, atendiendo a su edad y al período de servicios efectivos al Estado, tuviera derecho a las citadas pensiones de jubilación o retiro). No se exige que el sujeto causante de los derechos pasivos haya completado período mínimo alguno de prestación de servicios efectivos al Estado (art. 35 TRLCPE).

Reconoce la norma como eventuales beneficiarias de la pensión de viudedad a diferentes personas. Puede advertirse fácilmente la exigencia de dos elementos comunes a todas ellas: la existencia de *vínculo afectivo* y de *convivencia* (ya sean éstos vigentes –por producirse el hecho causante constante matrimonio o pareja de hecho con quien causa los derechos pasivos– o, incluso pretérito –en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio–). Además, la caracterización de las personas beneficiarias en los casos de disolución matrimonial o de menor consistencia jurídica del vínculo (parejas de hecho) presentan, según la caracterización legal, otro elemento, en este caso, adicional y común a todas ellas: la concurrencia de un cierto grado de dependencia económica *actual* del causante que, por el fallecimiento de éste, deriva en una situación de necesidad (si bien, como se verá, no siempre se exigirá que tal ligazón económica quede objetivamente acreditada pues, bajo ciertas circunstancias, parece operar una cierta presunción *iuris et de iure* de existencia de la dependencia económica-situación de necesidad –es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género–).

Así, según el art. 38 TRLCPE, tendrán derecho a la pensión de viudedad:

a) El cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos, sin más requisito.

No obstante, y en el supuesto de que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común y *antecedente* al matrimonio (“no sobrevenida tras el vínculo conyugal”, refiere el párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE), la norma supedita el derecho a la pensión al cumplimiento de un requisito de orden temporal, ordenado a disipar cualquier posible

duda sobre la inconsistencia del vínculo o su carácter oportunista¹: el matrimonio debe haberse celebrado con una antelación mínima de un año a la fecha del fallecimiento. La exigencia de tal requisito quedará, empero, neutralizada dada la concurrencia de cualquiera de las dos circunstancias siguientes (las cuales, a su vez, cumplirán el papel de acreditar la estabilidad del vínculo afectivo):

- que existan hijos o hijas comunes;
- que en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Prevé el propio art. 38.1 TRLCPE –esta vez, en su párrafo tercero– que, cuando el cónyuge supérstite no pueda acceder a pensión de viudedad por no acreditar los *tempos* o los requisitos indicados, tendrá derecho a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años. Este supuesto va a constituir el núcleo de imputación básico del presente análisis.

b) En caso de separación o divorcio, a quien sea o haya sido cónyuge legítimo (siempre que no haya contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el art. 38.4 TRLCPE). Se exige en este caso que la persona solicitante de la prestación tuviera derecho la pensión compensatoria *ex art. 97* del Código Civil.

Como se advirtiera *supra*, la situación de necesidad en los supuestos de separación o divorcio no siempre quedará objetivada por el hecho de que la persona solicitante de la pensión de viudedad sea acreedora de la pensión compensatoria *ex art. 97* Código Civil: de hecho, y conforme establece el propio art. 38.2 TRLCPE, las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a la pensión de viudedad “aún no siendo acreedoras” de la compensatoria. Igualmente, merced a lo previsto por la DT Duodécima del mismo texto legal, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad tampoco quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria del art. 97 Código Civil cuando concurren en el beneficiario las siguientes circunstancias:

¹ De modo explícito se expresa, al respecto, la Abogacía del Estado en su posicionamiento procesal habitual: “la normativa aplicable es muy rigurosa cuando existe una enfermedad previa al matrimonio con el fin de evitar que se utilice esta institución con la mera finalidad de obtener una prestación económica a cargo de la Hacienda Pública...” (por todas, STSJ Cataluña –Cont.-Advo.–, de 9 enero 2014, fund. jco. segundo).

A los “matrimonios de conveniencia” se refiere, asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por todas, STS –Social– de 15 diciembre 2014, rcud) al referir la *ratio* del homólogo art. 174.1 TRLGSS-94 (actual art. 219.2 TRLGSS, aprobado por RD Leg. 8/2015): “con el fin de evitar los matrimonios “de conveniencia”, contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante [interpretación teleológica que complementa a la literal –art. 3.1 “in fine” del Código Civil–], se estableció una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable –fijado en dos años en conjunción con la del matrimonio si ésta última hubiera sido menor de un año– hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio. Se trata de un supuesto especial, como lo revela la frase “en los supuestos excepcionales...”.

- existencia de hijos comunes en el matrimonio o una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión;

- que el divorcio o la separación judicial se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2008;

- que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años; y,

- que entre las fechas del divorcio o separación y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años.

c) En el supuesto de nulidad matrimonial, el superviviente (de nuevo, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado 4 del art. 38 TRLCPE). También en este caso se exige la concurrencia de requisito económico exponente de la vinculación económica con el causante: la persona que pretenda ser beneficiaria de la prestación por viudedad deberá tener reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código Civil.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, habida la nulidad matrimonial o el divorcio, si se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, primando la norma la *actualidad* de la convivencia matrimonial o *more uxorio* al garantizarse, en todo caso, el 40% a favor de quien fuera cónyuge superviviente o, en su caso, conviviente con el causante en el momento del fallecimiento.

d) Quien se encontrase unido al causante como pareja de hecho en el momento del fallecimiento de éste.

Concreta el art. 38.4 TRLCPE que, por “pareja de hecho”, a los efectos del derecho a la pensión ordinaria de viudedad debe entenderse la constituida, *con análoga relación de afectividad a la conyugal*, entre quienes:

- no estén impedidos para contraer matrimonio;

- no tengan vínculo matrimonial con otra persona.

A los efectos previstos en este supuesto, la *existencia de la pareja de hecho* se acreditará, según prevé la norma, mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o bien mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja (tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante); además, la pareja así constituida debe cumplir un requisito adicional, dirigido a acreditar su estabilidad y consistencia: se ha de demostrar la *convivencia*, que ha de ser *estable* (de duración ininterrumpida, que la norma cifra en no menos de cinco años, con carácter inmediato al fallecimiento del causante) y *notoria* (siendo así la determinada por la existencia de un domicilio común señalado en el padrón municipal).

En este caso, del mismo modo que en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, se añade la exigencia de acreditar un cierto grado de dependencia económica respecto del causante, dependencia que la norma cifra aquí cuantitativamente: los ingresos del conviviente superviviente durante el año natural anterior deben ser inferiores al 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período (dicho porcentaje se reduce al 25% en caso de no existir hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad). Sin perjuicio de ello, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente (entendiendo por tales tanto los procedentes del trabajo, como del capital y de cualesquiera elementos patrimoniales de su titularidad) resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante (en caso de existir hijos o hijas en común con derecho a pensión de orfandad que convivan con el o la sobreviviente, el límite se incrementará, por cada uno de ellos, en 0,5 veces la cuantía del SMI).

Conviene recordar, no obstante, que el art. 38 TRLCPE, tal como se muestra vigente, es resultado de diversas modificaciones del texto original, de las cuales, por su calado, destacaremos dos: la operada por la DF Tercera, apartado tres, de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que vendría a reservar el apartado 1 al supuesto del cónyuge superviviente, desplazando los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial –hasta entonces contenidos en aquél– a los nuevos apartados 2 y 3, e introduciendo como eventuales beneficiarios a los convivientes supervivientes en el caso de parejas de hecho –nuevo apartado 4–. Asimismo, en el caso del cónyuge viudo –apartado 1– se establecería el supuesto específico de fallecimiento por enfermedad común antecedente al matrimonio, con las exigencias, ya vistas, de *tempus* o condiciones específicas; igualmente, la posibilidad residual de acceso a la prestación temporal de viudedad.

Igualmente, y en el nuevo apartado 4, al regularse el derecho a la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, se establecieron las condiciones para entender constituida este tipo de unión, así como la exigencia de convivencia estable y notoria, junto con los modos de acreditar tanto la existencia misma de la pareja de hecho como la convivencia así caracterizada.

Resulta pertinente, a los efectos del presente análisis, recordar que este apartado 4 contenía un inciso final en que se contemplaba la siguiente previsión: “En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica”. Este inciso sería suprimido por la DF Primera 2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, con efectos 01/01/2015, si bien su eficacia y validez quedarían, ya con anterioridad, significativamente comprometidas, al tratarse de un precepto homólogo al párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS –*ex* RD Leg. 1/1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social–, precepto declarado inconstitucional y, por ende, nulo, por la STC (Pleno) 40/2014, de 11 marzo. Sobre ello se volverá al detallar la doctrina vertida por la Audiencia Nacional en la resolución objeto del presente estudio.

2. SUBSTRATO FÁCTICO, ÍTER PROCEDIMENTAL Y POSICIONAMIENTO DE LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA

La Sentencia de la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, SAN) –Cont.-advo.– de 18 de marzo, resuelve recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del

Tribunal Económico-Administrativo Central (desde ahora, TEAC) en materia de pensión de viudedad del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

La demandante en el recurso contencioso-administrativo presenta la condición de viuda de funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, quien había fallecido hallándose en situación de servicio activo.

La demandante y el funcionario fallecido habían contraído matrimonio dos meses antes del óbito de éste.

Precisamente en atención a que la duración del matrimonio había sido inferior a un año, y como quiera que la causa del fallecimiento había sido una enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio, el Centro Gestor (Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas) reconoció a la cónyuge superviviente derecho a pensión temporal de viudedad de dos años de duración.

La viuda, disconforme con el derecho reconocido, interpuso recurso de reposición, solicitando el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad de carácter vitalicio, basando su pretensión en que el período de convivencia ininterrumpido con el causante era superior al de dos años legalmente exigido como mínimo para que haya derecho a la pensión vitalicia pues, según la recurrente, el causante y ella habían convivido previamente como pareja de hecho (con objeto de acreditar este extremo, la viuda aportó acta notarial, levantada tras el fallecimiento del causante, en que se hacía constar que ella y el fallecido convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006); este tiempo, unido sin solución de continuidad al de la duración del vínculo matrimonial, daba en totalizar un período de más de cinco años (desde 19/03/2006, hasta la defunción del causante acaecida el 20/04/2011).

El recurso de reposición fue desestimado por el Centro Gestor, en base a que, según el mismo, “la convivencia conyugal fue inferior a un año” y “no cabe adicionar período de convivencia alguno al de duración del matrimonio en los términos exigidos por la norma y, en tal sentido, no concurren los requisitos legales que permitan reconocer a la recurrente una pensión vitalicia de viudedad” pues, según la Administración del Estado, el art. 38 TRLCPE establece que la existencia de pareja de hecho debe acreditarse mediante inscripción en alguno de los registros específicos correspondientes, o mediante el otorgamiento de documento público en el que conste la constitución de la pareja y, en cualquiera de ambos casos, tanto la inscripción como la formalización del documento público han de haberse realizado antes de dos años de la fecha de defunción del causante, lo que no había ocurrido en el supuesto analizado, pues no constaba la inscripción en ninguno de los citados registros públicos, y la formalización del documento público se había realizado con posterioridad a la fecha de defunción del causante. Es decir, el Centro Gestor entiende que la “convivencia como pareja de hecho” a que se refiere el supuesto contemplado en el apartado 1 del art. 38 TRLCPE es de la misma naturaleza y queda sometida a los mismos requisitos (excepto la duración de la situación y la exigencia económica) y régimen de prueba que se establece para causar derecho a la pensión desde la situación de pareja de hecho *ab initio*.

Frente a esta última resolución, interpuso la interesada reclamación económico-administrativa, sustentada en el art. 234-1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña

en relación con lo previsto en el entonces vigente inciso final del apartado 4 del art. 38 TRLCPE (“*En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica*”). En tal sentido, y de acuerdo con la norma catalana, no es exigible la inscripción registral (que no se daba en este caso) ni el otorgamiento de documento público, bastando la convivencia marital durante dos años, y la existencia de la pareja así constituida puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible y suficiente.

La reclamación económico-administrativa resultó desestimada por el TEAC, precisamente por no considerar probada la convivencia *more uxorio*; y ello, en base a las siguientes consideraciones:

- el acta notarial aportada por la reclamante no podía entenderse como acta de notoriedad, sino como un acta de manifestaciones;

- no se había aportado el certificado de empadronamiento que habría acreditado la convivencia;

- según los documentos de identidad aportados (expedidos en febrero y octubre del año 2008), causante y reclamante vivían en domicilios diferentes, lo que, en principio, se contradecía con la afirmación de que convivían desde el año 2006;

- según el certificado de matrimonio aportado al expediente, el estado civil de la reclamante era, en aquel momento, el de divorciada y el del causante el de viudo, pero no consta en dicho documento la fecha a partir de la cual se daban los citados estados civiles, no quedando probado que no existiese impedimento para constituir pareja estable en el momento pretérito necesario para alcanzar los dos años exigidos;

- los testamentos otorgados por el causante, en los que éste manifestaba convivir en pareja estable desde hacía cuatro años con la reclamante no pueden constituirse en prueba de la convivencia, en tanto el testamento sólo tiene eficacia en el momento de la sucesión *mortis causa* entre quien lo otorga y los beneficiarios, pero no frente a la Administración a la hora de fijar las pensiones de clases pasivas².

Finalmente, la viuda interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional frente a la expresada resolución del TEAC, solicitando la anulación de dicha resolución y el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad vitalicia. Como fundamento de su pretensión, la actora esgrimió los siguientes motivos de impugnación:

a) debe aplicarse el art. 38.1 TRLCPE, al haberse causado la pensión por la vía del matrimonio;

² En este sentido, el TEAC acoge doctrina vertida por la SAN, Cont.-advo., de 20/2/2012, resolviendo también recurso contencioso administrativo contra resolución de aquél, denegatoria de pensión de viudedad a conviviente superviviente *ex* apartado 4 del art. 38 TRLCPE.

b) conforme a lo anterior, debe estarse a lo establecido en la legislación catalana para determinar la existencia y la acreditación de la pareja de hecho, en concreto por lo que se refiere a la acreditación de la convivencia como pareja de hecho con arreglo a cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y no a lo establecido en el art. 38.4 TRLCPE;

c) correlativamente a ello, y acerca de los requisitos que deben cumplirse para considerar la existencia de la pareja de hecho, se alega la aplicación de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (derogada, con efectos 01/01/2011, por la Ley 25/2010, de 29 de julio). De acuerdo con la normativa que la actora entiende aplicable, se cumple el requisito de convivencia ininterrumpida como pareja estable sin vínculo matrimonial durante más de dos años hasta el fallecimiento del causante para ser considerados pareja de hecho. Además señala que, al tiempo de iniciarse la relación de pareja, ninguno de los miembros de la misma se hallaba impedido por vínculo matrimonial, ya que el causante había quedado viudo hacía prácticamente tres años, mientras que la demandante, que se hallaba separada judicialmente hacía tres años, se divorció por sentencia de 20 de octubre de 2006.

Por lo anterior, entiende la demandante que, cumplidas las condiciones exigidas por la legislación catalana sobre uniones estables de pareja, queda acreditado el cumplimiento de los requisitos *ex* art. 38.1 TRLCPE para acceder a la pensión de viudedad, en lo referente a que, si bien el vínculo matrimonial tuvo una duración inferior a un año, a la fecha de celebración del matrimonio existía un período de convivencia con el causante, como pareja estable, que sumado al de duración del matrimonio, había superado los dos años.

Por consiguiente, considera la demandante la existencia de un error en la valoración de la prueba aportada (acta notarial, según ella, *de notoriedad*) que, aunque genera “indubitada acreditación de la existencia de un período de convivencia con el causante como pareja estable que sumado al de duración del matrimonio, ha superado los dos años” (*sic*), ha sido considerada por el TEAC como una simple acta *de manifestaciones*, con lo que la resolución impugnada infringe el art. 209 del Reglamento Notarial y el art. 319, en relación con el 317.2, ambos de la LEC, en cuanto disponen que los documentos públicos autorizados por notario con arreglo a derecho harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten.

En refuerzo de su posición, la actora adjuntó a la demanda un acta complementaria, autorizada por el mismo fedatario, en la que se explican los hechos y circunstancias que sirvieron de base a la declaración de notoriedad expresada en el acta inicial.

Además de lo anterior, la demandante reivindicó el valor que, para la acreditación de la convivencia, debe atribuirse a otros medios de prueba por ella aportados: diversas actas de declaraciones –de testigos–, así como los testamentos otorgados por el causante.

El Abogado del Estado, por su parte, se opuso al recurso contencioso-administrativo, solicitando se dictase sentencia desestimatoria del mismo, al considerar que, de acuerdo con el art. 38.4 TRLCPE, que regula los requisitos para probar la convivencia como pareja de hecho, entre los que se establece que se acredite la inscripción como pareja de hecho con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante (...) o que se aporte un documento público en el que conste la constitución de la pareja formalizado

con la misma antelación de dos años, la recurrente no ha cumplido con ninguna de dichas exigencias probatorias.

3. FALLO Y DOCTRINA DE LA SALA. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la viuda del causante de los derechos pasivos, al entender que la actora no ha acreditado un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años necesarios para causar derecho a la pensión ordinaria de viudedad, conforme al art. 38.1, párrafo segundo, inciso segundo, del TRLCPE.

La fundamentación de la Sala resulta, no obstante, tortuosa. Tortuosa porque es en ella donde, de manera tácita, aunque manifiesta, va a separarse de la doctrina sostenida hasta ese momento.

La *acreditación* de la existencia de pareja de hecho y/o de los períodos de convivencia estable y notoria como tal exigidos para lucrar el derecho a la pensión de viudedad han venido siendo materia litigiosa de especial incidencia en el quehacer de la Sala, especialmente en reclamaciones del derecho a prestación desde el supuesto del apartado 4 del art. 38 TRLCPE pero, también –como en el caso de autos– desde el supuesto del apartado 1 del mismo artículo.

Asimismo, y en aplicación de tales preceptos en relación con el derogado inciso final del art. 38.4 TRLCPE son diversas las resoluciones de la Sala que, en base a dicho precepto, han abordado la consideración de las diferentes normativas autonómicas reguladoras de las uniones de hecho y su incidencia a la hora de verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso a la pensión de viudedad (así, entre otras, las SSAN –Cont.-advo.– de 26 de julio 2011, 2 de abril 2012, 14 de enero 2013, 2 de marzo 2015, 20 de enero y 14 de marzo 2016, aplicando normativas de la Comunidad de Madrid, Aragón, Cataluña, Galicia y Comunidad Valenciana), si bien, en todo caso, para poner de manifiesto que, a los efectos de los derechos reconocidos en el art. 38 TRLCPE (recuérdese: tanto en su apartado 4 como en el apartado 1³):

- debe acreditarse la *existencia de la pareja de hecho*: y debe hacerse de acuerdo con lo prevenido por la normativa autonómica correspondiente, si la hubiese (en su defecto, como el mismo precepto dispone: mediante inscripción en el registro correspondiente o por otorgamiento de documento público en el que conste la constitución de dicha pareja –todo ello realizado *ex ante* al fallecimiento del causante con, al menos, dos años de antelación–);

³ En efecto, los extremos a acreditar y los medios para hacerlo resultan clara y linealmente extrapolados desde el apartado 4 del art. 38 al supuesto del apartado 1: esto queda palmariamente expresado en las SSAN –Cont.-advo.– de 24 junio 2013 (se desestima recurso contencioso administrativo, resultando la denegación de la pensión vitalicia porque, aunque se acreditaba la convivencia previa al matrimonio mediante certificado de empadronamiento, no se acreditó la inscripción registral de la pareja de hecho) y de 14 octubre 2015 (“para una pensión de viudedad que no sea temporal, como la que se le ha reconocido a la actora, se aprecia que *es esencial la acreditación de la convivencia como pareja de hecho, y la pareja de hecho se acredita mediante la documentación que exige el precepto*: «... mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.(...)»”).

así, y como tiene manifestado la Sala⁴, la inscripción registral o la formalización del correspondiente documento público “*constituye(n) el medio necesario y privilegiado para acreditar la pareja de hecho. Ese medio de prueba exclusivo y excluyente (...)*”, descartándose *in radice* la posibilidad de acreditación mediante otros medios de prueba⁵;

-debe acreditarse, además, la *convivencia estable, notoria e inmediatamente anterior al fallecimiento* del causante (que, no olvidemos, se requiere de tal guisa por la normativa de Clases Pasivas con el propósito protector en materia de Seguridad Social, ya conocido), lo que sólo puede hacerse del modo dispuesto por esa normativa *estatal*, es decir, a través del correspondiente certificado de empadronamiento.

Tales requisitos, y los medios para acreditarlos, aparecen inequívocamente recogidos en el apartado 4 del art. 38 TRLCPE cuya literalidad, además, deja bien de manifiesto que tales exigencias deben contextualizarse, precisamente, en la operativa del derecho a pensión *a partir de la situación de pareja de hecho* (“A efectos de lo establecido en este apartado...”). La extensión que la Sala ha venido haciendo de tales condiciones y requisitos a la “convivencia como pareja de hecho” a la que se refiere el apartado 1 del mismo artículo (en sede de derecho a pensión *desde la situación de matrimonio*) si bien podría encontrar acomodo desde un punto de vista analógico, se compadece mal –a criterio de quien suscribe– con el resultado de aplicar –a uno y otro apartados– los criterios interpretativos literal, sistemático y, desde luego, teleológico, pues revelan una clara diversidad de *ratio* y régimen.

Por lo que se refiere a la concreta acreditación de la *convivencia* como pareja de hecho (y, especialmente, en el caso de sujetos de vecindad civil catalana –extremo controvertido, precisamente, en la resolución objeto del presente análisis–, con invocación de la normativa autonómica específica) resulta diáfano exponente de la línea interpretativa indicada el razonamiento de la Sala en la ya mencionada SAN –Cont.-advo.– de 2 de abril 2012:

“Es cierto que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica. (...) Y la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Cataluña establece (...) (artículo 2), la acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente para acreditar la existencia de pareja de hecho. Pero debe señalarse que *la remisión que se hace en el artículo 38.4 al Derecho Civil propio de las CCAA es únicamente para acreditar la existencia de la pareja de hecho. Una vez acreditada la existencia de pareja de hecho es imprescindible, a los efectos de la Legislación de Clases Pasivas, cumplir con la acreditación de la convivencia estable y notoria con carácter*

⁴ SAN –Cont.-advo.– de 14 octubre 2015, cit.

⁵ *Ibidem*: “Por el contrario pretende acreditar la existencia de una pareja de hecho con anterioridad a contraer matrimonio, a efectos de pensión de clases pasivas del Estado, no mediante el mecanismo que establece la ley y que ya se ha dicho es esencial, sino a través de documentos como certificado de empadronamiento, certificación de convivencia en una determinada localidad, documentos bancarios, escritura pública de compraventa, recibos, facturas, etc. ... No obra, sin embargo, el documento necesario para ser acreedor de la pensión de viudedad de manera vitalicia, la inscripción en el registro de parejas de hecho”).

inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

(...) la Ley 10/1998 resulta de aplicación para acreditar la existencia de la pareja de hecho pero no es de aplicación el periodo de convivencia que fija la legislación civil catalana pues se trata de un derecho que fija la norma estatal, la Ley de Clases Pasivas del Estado (...).”

Frente a la trayectoria hermenéutica descrita, habrían reaccionado otros órganos del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo⁶, abogando por la recepción en este ámbito de la consolidada doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal Supremo (Social) en aplicación del art. 174.3 TRLGSS⁷ (actualmente, art. 221 en el Texto Refundido aprobado por RD Leg. 8/2015), homólogo del art. 38.4 TRLCPE. De acuerdo con dicha doctrina (que algunas resoluciones postulan como aplicable a los dos supuestos de exigencia de prueba de la convivencia como pareja de hecho –apartado 4 y, también, apartado 1 del art. 38 TRLCPE–):

“1) la acreditación de la convivencia en «pareja de hecho» (*more uxorio* o «a modo de matrimonio» en terminología clásica) puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho;

2) el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario ni es un elemento «constitutivo» de la convivencia a modo de matrimonio ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación;

3) por tanto, el certificado de empadronamiento al que se refiere el artículo 174.3 LGSS es un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y,

4) utilizando el canon hermenéutico de la interpretación sistemática, el propio artículo 174.3 LGSS ha descartado que el certificado de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia al aceptar que la «existencia de pareja de hecho» se acreditará «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja». En definitiva es evidente que la acreditación de la convivencia de parejas de hecho puede hacerse por cualquier medio de prueba adecuado a tal fin teniendo en cuenta el hecho objeto de prueba, y sin que, a la vista de la normativa aplicable en esta Comunidad Autónoma, sea suficiente o exclusivo el certificado de empadronamiento o un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja de hecho”.

El posicionamiento de la Sala de lo Cont.-advo. de la Audiencia Nacional ante esta línea interpretativa (que pudiera calificarse como “de convergencia” con la jurisprudencia de

⁶ Por todos, TSJ Cataluña, entre otras, por recientes, en SS. (Cont.-advo.) de 9 y 24 enero 2014.

⁷ Entre otras, SSTS (Social) de 9 junio de 2011, 25 mayo 2010, 14 junio 2010, 24 junio 2010, 6 julio 2010, 20 julio 2010, 14 septiembre 2010, 10 y 12 noviembre 2010, 9 diciembre 2010, 26 enero 2011, 14 abril 2011, 3 mayo 2011, 15 diciembre 2014 y 30 marzo 2016, todas ellas en recud.

la Sala de lo Social del TS) se ha venido haciendo explícito en alguna de sus resoluciones, mostrándose sistemática y abiertamente contrario a la admisión de la indicada línea argumental en su ámbito de competencia; y ello, en base a un argumento estrictamente formal y reduccionista, con el que, de un modo que pudiera juzgarse poco consistente, ha venido evitando afrontar la paradoja de la identidad de *ratio* normativa y la disparidad de criterios exegeticos entre los distintos órdenes jurisdiccionales: “la pensión de viudedad de que se trata se encuentra sometida a la legislación de Clases Pasivas del Estado. Por lo que para hacer valer el derecho a dicha prestación, carece de fundamento invocar las normas rectoras del Régimen General de la Seguridad Social.”⁸

Pues bien: en la resolución que ahora se analiza (SAN –Cont.-advo.– de 18 marzo 2016), la Sala viene imprimir una sutil, pero decidida, “corrección de rumbo” a lo que, hasta ahora –como se ha visto–, ha sido una inamovible y estricta trayectoria exegetica en materia de acreditación del requisito de la convivencia como pareja de hecho previsto por el art. 38.1 TRLCPE (supuesto de pensión ordinaria de viudedad a lucrar por el cónyuge superviviente en caso de fallecimiento debido a enfermedad común antecedente al matrimonio, si éste ha tenido una duración inferior al año y no existen hijos o hijas comunes).

En la Fundamentación Jurídica de la Sentencia, la Sala trae a colación el íntegro texto del art. 38 TRLCPE y las dos últimas modificaciones del mismo, haciendo especial hincapié en la operada más recientemente (la supresión del inciso final del apartado 4, *ex* DF Primera 2 L. 6/2014). Este último recordatorio sería, por sí mismo, suficiente para cumplir el propósito de justificar la inaplicabilidad del Derecho Civil catalán al caso de autos (por cuanto, como manifiesta la Sala, se trata de acreditar la convivencia *more uxorio ex* art. 38.1 TRLCPE, y no conforme al art. 38.4, respecto del cual sólo podría haberse admitido, además, para acreditar la *existencia* de la pareja de hecho conforme al supuesto regulado en dicho apartado); sin embargo, resulta ciertamente sorprendente –por lo superflua– la referencia expresa que hace la Sentencia al carácter *equivalente* (*sic*) del suprimido inciso del art. 38.4 TRLCPE y el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS-94 (¿admitiendo implícitamente, quizá, y como telón de fondo, la identidad de *ratio* entre ambas normas?) para recordar que éste último había sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución, y que dicha inconstitucionalidad fue apreciada por el STC -Pleno- 40/2014 de 11 marzo, por los indiscutibles elementos de inadmisibles desigualdad que implicaba en materia de derechos de seguridad social.

Seguidamente, y en relación con lo anterior, la Sentencia hace referencia a la ya conocida doctrina por ella mantenida en materia de medios de acreditación de los requisitos establecidos en el art. 38.4 TRLCPE, centrando su atención, por todas, en la SAN –Cont.-advo.– de 2 abril 2012, en la que se descartaba la aplicación de la normativa catalana para determinar la aptitud de los medios de prueba de la convivencia como pareja de hecho a efectos de lucrar pensión de viudedad *ex* art. 38.4.

Hasta lo dicho aquí, el planteamiento de la Sala resultaría coherente con la línea argumental y de decisión tradicionalmente sostenida por ella en esta materia: negar la

⁸ De esta manera, *ad exemplum*, la SAN (Cont.-advo.), de 14 marzo 2016.

posibilidad de aplicar el Derecho Civil autonómico a la acreditación de tal extremo (y, con ello, en el caso catalán, negar *prima facie* capacidad probatoria a cualquier medio de prueba de la convivencia *more uxorio*, aún admitido en Derecho, que no sea, precisamente, el único expresamente previsto por el art. 38.4: el certificado de empadronamiento).

Sin embargo, a partir de ese momento, y en un ejercicio valorativo minucioso, que no puede comprenderse sino desde una apertura, *de facto*, a la acreditación de la convivencia “mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho” (al modo de lo sentado por la jurisprudencia del TS -Social- para el art. 174.3 y de la pretensión extensiva al art. 38 TRLCPE, irradiado, además, tanto al apartado 4 cuanto –como compete en este caso– al 1), la Sala procede al análisis de todas las pruebas documentales propuestas y aportadas por la actora para acreditar la convivencia como pareja de hecho antecedente al matrimonio [sólo se inadmitieron las testificales, y no por considerarlas improcedentes, sino *innecesarias (sic)*].

-Así, la Sentencia detalla que la interesada adjuntó copia de escritura (“acta de manifestaciones”), otorgada por ella ante notario tras el fallecimiento del causante, en la que, tanto ella como los testigos intervinientes, manifestaron que ambos convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria, como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006 por lo que el notario autorizante, atendiendo al requerimiento de la otorgante, consignó la notoriedad de dichas circunstancias. Al respecto, considera la Sala que “a través de un acta destinada a «la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica» [Reglamento Notarial, Decreto de 2 de junio de 1944; art. 209], se consignó el resultado de la prueba testifical ofrecida por la otorgante, consignado como tal los propios términos con los que el art. 38.4 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas define la pareja de hecho [«...se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años»], siendo así que dicho medio de prueba únicamente puede versar sobre «hechos controvertidos» y no puede incluir «valoraciones ni calificaciones» [arts. 360 y 368.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre]”. Se adjuntó, también, otra acta notarial otorgada posteriormente ante el mismo notario, complementaria de la primera, en la que sustancialmente se expone que en esta última se declaró la notoriedad de la convivencia de la actora y del causante desde el año 2006, y que “...la declaración de notoriedad se basó no solo en la prueba testifical recogida en la propia acta, sino a mi conocimiento personal de la circunstancia a probar”, en función de las circunstancias que allí se recogen. Entiende la Sala que tales manifestaciones no permiten alterar la valoración del acta inicial.

-De otra parte, analiza la Sala un documento (aportado por la actora al formular la solicitud de la pensión) expedido *-ex post* al fallecimiento del causante– por el Alcalde de su localidad de residencia, en el que se hace constar que el causante y la demandante “han convivido conjuntamente desde el año 2006”. La Sentencia considera que este documento no refleja sino el resultado de una prueba testifical, con el valor probatorio que a ella corresponde.

-Del mismo modo se valoran distintos escritos firmados por otros tantos testigos, en los que hacen constar que la actora y el causante “convivían como pareja de hecho de forma pública e ininterrumpida, manteniendo una relación análoga a la conyugal desde principios del año 2006 hasta la fecha de fallecimiento de D. Gaspar en abril de 2011”; o bien, que “convivieron como pareja de hecho, manteniendo una convivencia estable, notoria e ininterrumpida desde principios del año 2006 hasta la fecha del fallecimiento del causante en abril de 2011”.

-Asimismo se evalúa el peso probatorio de los dos testamentos abiertos otorgados por el causante, cuyas copias aportó la demandante. En el primero de ellos el testador decía que convivía como pareja estable desde hacía cuatro años con la actora. Considera la Sentencia que, por tratarse de una manifestación del propio testador, carece de eficacia probatoria por sí misma más allá del contexto de la sucesión hereditaria.

-Igualmente, respecto de los DNIs (del causante y de la actora) aportados por ella misma, señala la Sala que constan domicilios diferentes, y que lo consignado en ellos no se corresponde con lo manifestado por los testigos, ni en lo que se refiere a la fecha de inicio de la convivencia ni en el hecho mismo de ésta. Todo lo cual debe, a criterio de la Sala, valorarse desde la consideración (*ex art. 1.2 RD 1553/2005*) de que el Documento Nacional de Identidad “tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo”.

Indica la Sentencia que no se adjunta certificado de empadronamiento que reflejase la alegada convivencia y recuerda que, de acuerdo con el art. 16 de la L. 7/1985, de 2 de abril, “El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”.

Como corolario de todo lo anterior, concluye la Sala que “la existencia de pruebas contradictorias constituidas mediante documentos a los que la normativa asigna valor probatorio sobre el hecho controvertido, la falta de aportación del medio de prueba que la ley contempla para acreditar el hecho controvertido, o la falta de idoneidad del testimonio recogido en el acta inicial, impiden por completo dar por acreditada la existencia de «un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado, al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

4. A MODO DE EPÍLOGO

Puede concluirse, pues, que la Sentencia analizada viene a modificar la doctrina hasta ahora aplicada al requisito de acreditar una convivencia como pareja de hecho en los supuestos de acceso al derecho a la pensión ordinaria de viudedad desde la situación de matrimonio considerada en el párrafo segundo del art. 38.1 TRLCPE. En este sentido, la quiebra de la linealidad doctrinal descansa en los siguientes hitos:

Primero: quiebra la vinculación interpretativa mantenida entre el apartado 1 y el apartado 4 del art. 38. Y esa ruptura se plasma en que:

-la Sala, en el supuesto del apartado 1, párrafo segundo, ya no exige –como viniera haciendo– la acreditación de la *constitución* de la pareja de hecho como requisito; ahora, la atención jurisdiccional se centra exclusivamente en la acreditación *de la convivencia como tal*; y

-en lo relativo, precisamente, a la acreditación de la convivencia como pareja de hecho libera al supuesto del apartado 1 del art. 38 de la aplicación –por extensión– de los medios probatorios establecidos legalmente para el supuesto del apartado 4: de esta manera y para dicha situación, *se abandona la anterior exigencia de certificado de empadronamiento como prueba exclusiva y excluyente* pues, admitiendo y entrando a valorar todas y cada una de las presentadas por la parte actora (salvo la testifical, considerada innecesaria) la Sala deriva tácitamente hacia el principio de libertad de prueba.

Segundo: por lo que respecta a la extensión de las anteriores consideraciones al supuesto del apartado 4 del art. 38 (acceso al derecho a pensión directamente desde la situación de pareja de hecho) una eventual modificación de la doctrina de la Sala, de darse, se antoja aún lejana, a juzgar por el sentido –al parecer, inamovible– de las últimas resoluciones de la Sala interpretando la acreditación de los requisitos exigidos por dicho precepto y exigiendo para ello, invariablemente, la exclusiva pertinencia de la certificación registral o documento público (para entender constituida y existente la pareja de hecho) y del certificado de empadronamiento (para la acreditación de la convivencia de hecho)⁹.

⁹ En este sentido, y contemporánea a la Sentencia analizada, *vid.* la SAN –Cont.-Advo.– de 14 de marzo de 2016.

El forzado encaje competencial de la Ley de Dependencia diez años después: la STC 18/2016, de 4 de febrero

The difficult attribution of power regarding the long-term care act ten years later: the Constitutional court 18/2016, of 4 February 2016

BORJA SUÁREZ CORUJO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

El presente trabajo analiza la STC 18/2016, de 4 de febrero, en aquellos aspectos relacionados con la Ley 39/2006, sobre dependencia, que fueron modificados por el Real Decreto-ley 20/2012. La atención se centra en la delimitación del concepto de asistencia social y en el recurso al artículo 149.1.1ª CE.

Abstract

This analysis deals with the Spanish Constitutional Court Judgment n. 18/2016, of 4 February 2016, in relation to the legal provisions contained in the Act 39/2006 on long-term care which were modified by the Royal Decree-law 20/2012. Attention is focused on the concept of social assistance and the use of section 149.1.1 of the Spanish Constitution.

Palabras clave

Asistencia Social, Seguridad Social, Dependencia, Constitución, Recortes

Keywords

Social Assistance, Social Security, Long-Term Care, Constitution, Cutbacks

La envergadura del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* –el mayor recorte del gasto público de la historia de la democracia española– se pone también de manifiesto en los numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que resuelven cuestiones y recursos de inconstitucionalidad. Entre estos últimos, interesa examinar el que resuelve la STC 18/2016, de 4 de febrero, formulado por la Generalitat de Catalunya –y, en la misma línea, la STC 36/2016, de 3 de marzo, interpuesto por el Parlamento de Navarra–. Aunque son muy diversas las materias afectadas por el Decreto-ley cuya constitucionalidad se discute, mi atención se dirige a una en concreto: el fundamento constitucional sobre el que se apoya la citada norma para introducir importantes restricciones en la configuración del sistema de atención a la dependencia¹. A juicio de la Generalitat, lo que viene a presentarse como “medidas de racionalización” de este sistema –recogidas en el artículo 22, las Disposiciones Adicionales 7ª y 9ª, Transitorias 8ª, 9ª, 10ª, 11ª y 12ª, y Final 1ª del Real Decreto-ley 20/2012 – exceden el ámbito competencial del Estado al afectar en este punto específico al título sobre servicios sociales que el Estatuto de Autonomía de Cataluña

¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.) *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, pp. 19 ss.

atribuye en exclusiva a la Generalitat (artículo 166) a partir de la previsión del artículo 148.1.20ª CE sobre asistencia social.

Conviene advertir que el presente comentario no pretende examinar el contenido concreto de estas previsiones, más allá de algunas consideraciones puntuales que resultan útiles para el desarrollo argumental del análisis que se realiza. El objetivo del trabajo se circunscribe al encaje competencial de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, sobre el que el Tribunal Constitucional no se había pronunciado en detalle hasta la fecha. Como aspecto previo, se han de hacer también algunas consideraciones acerca de la tortuosa conceptualización de la asistencia social.

1. EL ‘PECADO ORIGINAL’: EL SORPRENDENTE ENCAJE COMPETENCIAL DE LA LEY 39/2006.

El problema de fondo arranca con la decisión del legislador – a partir del proyecto de ley impulsado por el gobierno, entonces socialista – de anclar una valiosa iniciativa como la puesta en marcha de un sistema de atención a las personas dependientes en un título competencial singular, el artículo 149.1.1ª CE.

Antes de 2006, y en particular a partir del cambio de siglo, todas las Comunidades Autónomas habían aprobado iniciativas legislativas que, con denominaciones diversas –servicios sociales como más común, frente a otras como acción social o bienestar social–, contemplaban el reconocimiento de prestaciones y la provisión de servicios sociales en favor de personas que podían encajar en el ámbito subjetivo de lo que luego fue la Ley 39/2006². La falta de definición concreta de la contingencia protegida, unida a la endeblez generalizada –sin perjuicio de algún caso excepcional, de los mecanismos de protección autonómicos– generaron enormes disparidades entre Comunidades Autónomas y una grave insuficiencia protectora. De ahí que en el momento en que se intensificó el debate sobre la puesta en marcha de un sistema de atención a la dependencia que pudiera resultar homologable a los ya consolidados en el entorno europeo de referencia, se planteara la necesidad de implicar directamente al Estado en un ámbito que, hasta ese momento, había sido ocupado por las iniciativas de dimensión autonómica. Surgieron entonces dudas, desde una perspectiva constitucional, acerca de la articulación jurídica de una iniciativa de estas características³.

Sin prejuzgar la atribución competencial, la caracterización de la *dependencia* como un “... estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su

² BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. - MUÑOZ RUIZ, A. B. “La protección de la dependencia en las CC. AA.: un panorama disperso”, *Relaciones Laborales*, 2004-II, pp. 252 ss.

³ Véase el siguiente análisis crítico sobre este asunto: SUÁREZ CORUJO, B. “Dependencia y estado autonómico: el encaje competencial del proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Relaciones Laborales*, 2006-II, pp. 933 ss.

autonomía personal” (artículo 2.2 Ley 39/2006) parecía conducir, como referente principal⁴, al artículo 41 CE en el que se garantiza el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que dispense asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Dicho lo cual, desde esa óptica competencial se planteaban dos posibles cauces ‘naturales’ a la vista de las experiencias previas en materia social. De un lado, el conocido hasta entonces a partir de su caracterización como asistencia social (artículo 148.1.20ª CE), el cual otorgaba a las CC.AA. un protagonismo, en principio, exclusivo sobre el particular. Y, de otro, la atribución al Estado de un papel principal en el desarrollo de esta nueva modalidad protectora, lo que debía conducir al ámbito de Seguridad Social en los términos previstos por el artículo 149.1.17ª CE.

Sin embargo, dos factores parecen explicar la –hace diez años– sorprendente apuesta por incardinar una iniciativa de tal dimensión (política, jurídica, social, económica, administrativa,...) en un título competencial como el artículo 149.1.1ª CE que hasta ese momento había tenido un peso sólo secundario en el proceso de descentralización territorial⁵.

El primero de ellos tiene que ver precisamente con el reconocimiento tácito de que la protección frente a la situación de dependencia había venido produciéndose desde el ámbito autonómico y, por tanto, se presentaba como una manifestación de asistencia social en cuya caracterización parecía tener cabida a la luz de la doctrina constitucional.

El segundo factor tenía que ver con la consecución simultánea de dos objetivos fundamentales para la iniciativa. De un lado, la atribución al Estado de un papel destacado en la articulación de un nuevo y específico mecanismo de protección social que sirviera de garante de igualdad y solidaridad en todo el ámbito territorial español. Y, de otro, la implicación de todas las Administraciones Públicas y, en especial, de la autonómica en el desarrollo (con la consiguiente financiación) de la acción protectora de la dependencia. Lo cierto es que la realización de ese doble planteamiento se enfrentaba a una dificultad aparentemente insalvable.

⁴ Qué duda cabe de que hay otros principios rectores también implicados: artículos 43, 49 y 50 CE. De ahí el acierto de referirse al “... carácter poliédrico...” de la contingencia (BARCELÓN COBEDO, S. - QUINTERO LIMA, M. G. “Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia”, *Relaciones Laborales*, 2004-II, p. 208).

⁵ Hasta el cambio de siglo, la legislación estatal dictada al amparo del artículo 149.1.1 CE se circunscribía básicamente a Reales Decretos de traspaso y servía para reforzar o complementar otros títulos como fórmula genérica con la que se parecía reivindicarse el papel vertebrador del Estado (véanse, como ejemplos relevantes, *Ley 16/2003, 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* que, junto al subapartado 1, alude a los números 16, sanidad, y 17, Seguridad Social; la *Ley 40/2003, 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas*, menciona el 1 y el 17; o la *Ley 28/2005, 28 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, la cual apela a los números 9, 16, 18 y 27, además de al primero). No faltan, sin embargo, dos (endebles) precedentes en los que el título competencial de referencia es el artículo 149.1.1 CE. Uno fue el *Real Decreto-Ley 14/2005, 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por la tormenta tropical Delta en el archipiélago canario los días 28 y 29 de noviembre*, cuyo rasgo distintivo es el carácter urgente, excepcional y puntual de la actuación del Estado. Mientras que el otro es la *Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* a la que se hará referencia en seguida.

No habiendo ningún obstáculo para la atribución al Estado de esta competencia, el problema estribaba en las consecuencias que habría de traer consigo la identificación del título competencial que le podría dar encaje: el relativo a la Seguridad Social, artículo 149.1.17ª CE. La identificación de la dependencia como una contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social sintonizaba bien con la realidad europea en la que es relativamente frecuente que la protección de este tipo de situaciones de necesidad se articule a través del citado sistema⁶. Sin embargo, la pretensión del Estado de involucrar activamente a las Comunidades Autónomas –en posición subordinada, pero no por ello menos relevante– condicionaba la vía para hacerlo en la medida en que la Seguridad Social era, y continuaba siendo, una institución en manos casi exclusivas del Estado. La participación de organismos autonómicos ha sido siempre casi residual –paradójicamente mucho más limitada que la de entidades privadas como las mutuas (patronales) colaboradoras de la Seguridad Social– a pesar del tenor literal de la mencionada previsión constitucional (artículo 149.1.17ª CE) en el que se reserva al Estado la legislación básica sobre Seguridad Social y su régimen económico.

Ello significa que, de encuadrar la iniciativa en el ámbito material de Seguridad Social (probablemente lo más razonable), el resultado habría sido, alternativamente, lo siguiente: o bien se sacrificaba la participación de las Comunidades Autónomas asumiendo el Estado todo (o casi todo) protagonismo en línea con esa concepción ‘estatalista’ (centralista) de la Seguridad Social que ha marcado su desarrollo en España desde su nacimiento; o bien se corría el riesgo de que, abierto el campo de la Seguridad Social a la intervención autonómica, se reivindicara por parte de las Comunidades Autónomas un mayor protagonismo en otras áreas de la Seguridad Social que – discutiblemente⁷– se le negaba hasta ese momento. Esto último se quería evitar, al tiempo que había una clara intención de repartir el esfuerzo de financiación que una iniciativa como la puesta en marcha de un sistema de dependencia llevaba aparejado. ¿Cómo lograr entonces la ‘cuadratura del círculo’?

Así, la solución pasó por aprobar la citada Ley 39/2006 al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de conformidad con el artículo 149.1.1.ª CE (Disposición Final 8ª Ley 39/2006). Como se apuntaba, aquello suponía una importante novedad con un único antecedente que merezca consideración específica: la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con*

⁶ En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene afirmando desde hace años que, pese a que la relación de prestaciones de Seguridad Social recogida en el artículo 3.1 del *Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social* no hace una referencia explícita a las situaciones de dependencia, no hay dificultad en entender que cabe su reconducción al supuesto de prestaciones de enfermedad [letra a) de dicho precepto], en la medida en que complementan éstas con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. (Véanse en tal sentido las SsTJCE 5 de marzo de 1998, Molenaar (C-160/96, Rec. p. I-843) y 8 de marzo de 2001, Jauch (C-215/99, Rec. p. I-1901).

⁷ SUÁREZ CORUJO, B. *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2006; AA. VV. *Prevención y Protección de la Dependencia: Un enfoque interdisciplinar*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Comares, Granada, 2014.

*discapacidad*⁸. Lo cierto es que, al margen de otras consideraciones que se realizan más adelante, existía una importante diferencia entre uno y otro caso. Concretamente, no puede pasarse por alto que la Ley 51/2003 se veía forzada de alguna forma a acudir al artículo 149.1.1ª CE como única fórmula posible para justificar una intervención estatal cuyo objetivo reside en corregir los problemas no solventados por la distribución competencial constitucionalmente prevista. En cambio, la situación de la Ley 39/2006 era bien distinta en el sentido de que sí se contemplaba una solución competencial en el marco constitucional (Seguridad Social, artículo 149.1.17ª CE) que podría resultar, en principio, plenamente satisfactoria.

Pese a todo, la única Comunidad Autónoma que discutió el título competencial sobre el que levantaba el entramado que habría de constituir un sistema de atención a las personas dependientes fue Navarra, y aún así acabo desistiendo del recurso⁹. El problema, por tanto, seguía latente; de ahí el interés en examinar esta STC 18/2016, de 4 de febrero.

2. UNA PARADA OBLIGADA: LA POBRE CARACTERIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL Y SUS IMPLICACIONES SOBRE LA DEPENDENCIA

El camino que ha de conducir al Tribunal Constitucional a validar la invocación del artículo 149.1.1ª CE tiene como parada previa obligada la caracterización del concepto de asistencia social. Habiéndose ocupado tradicionalmente las Comunidades Autónomas de las situaciones de necesidad vinculadas a la dependencia a través del título competencial de asistencia social (artículo 148.1.20ª CE), resulta necesario delimitar su espacio a la hora de valorar en qué medida el Estado ha podido extralimitarse en su actuación. Téngase en cuenta, en este sentido, que la STC 18/2016 ubica la Ley 39/2006 indubitadamente en el ámbito material de la asistencia social, descartando de forma expresa la aplicación del artículo 149.1.17ª CE, referido a la Seguridad Social, que –de un modo algo confuso– había sido invocado por la Abogacía del Estado.

En verdad, la sentencia no aporta en este punto ninguna novedad relevante a la doctrina constitucional, tan consolidada como –a mi juicio– insatisfactoria. Por este último aspecto, precisamente, merece la pena hacer algún comentario.

Para empezar, llama la atención que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la asistencia social siga anclada en la identificación, que hoy debería considerarse superada, de dos dimensiones de aquélla: la ‘externa’, que podemos considerar constitucional y que atribuye la competencia a las Comunidades Autónomas a partir del citado artículo 148.1.20ª CE; y la ‘interna’, que responde a una realidad jurídica preconstitucional y cuyo fundamento normativo es el vigente –aunque vacío de contenido– artículo 64 TRLGSS¹⁰. Sin cuestionar

⁸ Disposición Final 14ª. La Ley 51/2003 fue derogada por el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, que contiene la misma previsión en su Disposición Final 1ª.

⁹ Véase el recurso de inconstitucionalidad número 2250/2007 contra determinados preceptos de la Ley 39/2006. El desistimiento es ratificado por el Auto del TC 22/2008, de 22 de enero.

¹⁰ Véase el comentario a este precepto (antiguo artículo 55 RDLegislativo 1/1994) realizado por la profesora B. ALONSO OLEA en: AA.VV. (dir. I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN – J.R. MERCADER UGUINA) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2015, pp. 312).

que el Estado pueda llevar a cabo actuaciones de naturaleza asistencial fuera del ámbito material de la Seguridad Social –eso sí, sólo en excepcionales circunstancias–, debe insistirse en la atribución constitucional a las Comunidades Autónomas en exclusiva de la asistencia social conforme a lo previsto por sus Estatutos de Autonomía. De manera que resulta inapropiado referirse a una asistencia social estatal, sin perjuicio de que el Estado pueda protagonizar alguna acción muy puntual basada en todo caso en un título distinto al relativo a la Seguridad Social.

Igualmente resulta llamativo el repaso de los rasgos que definen el alcance de la materia de asistencia social y que revelan una caracterización estrecha de ésta, como “... una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella”. Siguiendo la STC 33/2014, de 27 de febrero [y la STC 36 /2012, de 15 de marzo], se apuntan los siguientes rasgos respecto de los cuales cabe hacer alguna observación desde una perspectiva crítica.

Primero, se trataría de “... un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social...”, una separación excesivamente rigurosa que choca con una realidad práctica en la que las actuaciones autonómicas de naturaleza asistencial dan protección a personas que también son beneficiarias de la Seguridad Social.

Segundo, la asistencia social operaría “... mediante técnicas distintas de las propias de [la Seguridad Social]”, lo que parecería estar descartando la articulación de la protección asistencial como prestaciones económicas basadas en el reconocimiento de derechos subjetivos y, al tiempo, dando cabida otro tipo de prestaciones como los servicios sociales. Sin embargo, el hecho de que la Seguridad Social haya evolucionado hacia un sistema integrado básicamente por prestaciones económicas, no significa en absoluto que no quepan otras modalidades protectoras. En ese ámbito habría que situar la asistencia sanitaria que quizá hoy no pueda considerarse parte de la acción protectora de la Seguridad Social –es ciertamente un asunto controvertido–, pero que indiscutiblemente sí lo fue en un pasado no muy lejano.

Otro de los caracteres típicos de la asistencia social es, tercero, que “... su sostenimiento [se produce] al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios...”. Con ello se marca una clara distancia respecto de la idea de contributividad y pretende garantizarse que las prestaciones den cobertura a personas sin personas económicas. No debe pasarse por alto, sin embargo, que ésta es precisamente una característica típica del nivel no contributivo de la Seguridad Social cuya creación en un momento posterior (1990) no significa una menor identificación con aquélla.

Y, por último, se señala que “... su dispensación [se realiza] por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean”, un rasgo de publicidad que a estas alturas no aporta más que la constatación de que la asistencia social se “... distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”, en palabras de la misma sentencia.

El repaso somero de estos rasgos configuradores de la asistencia social permiten constatar, como hace la propia STC 18/2016, de 4 de febrero, que en su conjunto esta caracterización se ajusta "... a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea...". Pero resulta manifiestamente insuficiente a efectos de delimitar la frontera entre Seguridad Social y asistencia social en el marco constitucional español. En tal sentido, cabe llamar la atención sobre una doble circunstancia.

De un lado, hay que tener presente que la caracterización descrita dejaría fuera algunas actuaciones autonómicas típicamente sociales (atención de situaciones de necesidad, como las que dan lugar al acceso a las rentas mínimas autonómicas) pero que cuentan con un grado de garantía similar al de la Seguridad Social en la medida en que se configuran como derechos subjetivos plenos. Y, de otro, debe señalarse que la endeblez de esos rasgos configuradores difícilmente se ajusta a la articulación jurídica de un sistema de atención a la dependencia.

De ambas apreciaciones cabría concluir que resulta un poco forzado el empeño del Tribunal en sostener que la Ley 39/2006 "... encaja materialmente en el ámbito de la asistencia social...". La sentencia parece obviar esta debilidad recordando que la asunción autonómica de una determinada competencia "... no impide el ejercicio de las competencias del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico' (STC 31/2010, de 28 de junio)"¹¹. Lo cierto es que, por sus características, más bien parece que nos encontraríamos ante un tipo de iniciativa que sintoniza con la superioridad político-jurídica de la Seguridad Social en tanto acción pública protectora más perfecta y avanzada. Eso es lo que se trataba de evitar en el momento de aprobación de la norma y en esta línea se sitúa la sentencia a la hora de interpretar el artículo 149.1.1 CE.

3. UNA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA (¿RECENRALIZADORA?) DEL ARTÍCULO 149.1.1ª CE.

Centrado ya el análisis en la posible extralimitación del Real Decreto-ley 20/2012 en la modificación de la Ley 39/2006 al amparo del artículo 149.1.1ª CE, la sentencia comienza por repasar los principales rasgos de este título competencial a la luz de la doctrina constitucional. En concreto, tres son los aspectos más destacables.

En primer lugar, el Tribunal destaca que el citado precepto contiene un "título competencial autónomo" (SsTC 207/2013, de 5 de diciembre, 184/2012, de 17 de octubre) cuya proyección genérica "... sobre todos los derechos fundamentales" (SsTC 188/2001, de 20 de septiembre; y 111/2012, de 24 de mayo) incluye también los configurados como principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, con una mención expresa a los artículos 49 y 50 CE (STC 33/2014, de 27 de febrero) que pueden considerarse relacionados con el sistema de atención a la dependencia.

¹¹ Y añade en tal sentido que "... debemos insistir una vez más que las competencias autonómicas sobre materias no incluidas en el art. 149.1 CE, aunque se enuncien como 'competencias exclusivas', no cierran el paso a las competencias estatales previstas en aquel precepto constitucional".

En segundo término, la sentencia reconoce que lo que persigue el artículo 149.1.1ª CE es garantizar el "... contenido esencial o primario..." del derecho de que se trate (SsTC 61/1997, de 20 de marzo; y 247/2007, de 12 de diciembre), es decir, "... sus posiciones jurídicas fundamentales...". En ellas han de incluirse también aquellos "... criterios que sean absolutamente necesarios para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho" (SsTC 184/2012, de 17 de octubre; y 3/2013, de 17 de enero)¹². Para lo cual se reconocen al legislador estatal dos facultades. Por una parte, dispone de "... un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional" (STC 154/1988, de 21 de julio); y, por otra, se contempla que "... junto a la normación, como aspecto esencial del art. 149.1.1ª CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional".

Y, en tercer lugar, como límite a esa facultad reconocida al Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE, el mismo pronunciamiento advierte que esa regulación estatal no puede suponer "... una normación completa y acabada del derecho de que se trate..." con una referencia expresa a las competencias –normativas, en su caso– que pudieran tener atribuidas las Comunidades Autónomas (SsTC 184/2012, de 17 de octubre; y 3/2013, de 17 de enero).

Sin ignorar que hay otras consideraciones doctrinales en torno al citado precepto que contribuirían a restringir la capacidad de actuación del Estado¹³, de todo lo anterior se deduce la atribución al Estado de una capacidad genérica para modificar la Ley 39/2006 –previamente para su regulación original– sin que ello vulnere la competencia que como asistencia social tienen reconocidas las CC.AA.

Salvado este escollo, la STC 18/2016, de 4 de febrero, valora en su fundamento jurídico octavo si el ejercicio estatal de esa capacidad genérica de actuación en este ámbito es respetuoso con los límites constitucionales. Puede ya adelantarse que el Tribunal no aprecia ninguna vulneración de las competencias autonómicas, algo que chirría en casi todos los casos al partir del discutible título competencial del subapartado 1 del artículo 149.1 CE, en lugar del subapartado 17 del mismo precepto, referido a la Seguridad Social.

- Se desestima, primero [letra a) dentro del fundamento jurídico 8], la impugnación de la modificación del artículo 9.1 Ley 39/2006 por parte del artículo 22.3 RDL

¹² Expresamente menciona "... el ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, las 'condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho o el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho'" (STC 61/1997, de 20 de marzo).

¹³ Llama la atención que no se mencionen otros aspectos relevantes que han venido conformando la doctrina constitucional en torno a la interpretación de este título competencial. En particular, cabría recordar la negación por parte del Tribunal de que las condiciones básicas pudieran ser consideradas "... sinónimo de legislación básica..." (SsTC 61/1997, 37/2002): tratándose de garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, el concreto régimen jurídico sería determinado a continuación "... de acuerdo con el orden constitucional de competencias" (STC 188/2001). Además, también era doctrina consolidada que el mentado artículo 149.1.1ª CE "... no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento..." (SsTC 61/1997, 228/2003) como "... trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 CE..." (STC 61/1997).

20/2012, incorporando un nuevo criterio de asignación de la financiación estatal del nivel mínimo del sistema, en virtud del cual, se ha de tener en cuenta también las prestaciones reconocidas¹⁴. Sin necesidad de entrar en más detalles, el argumento principal del Tribunal Constitucional es que “(e)l Estado es competente para determinar los criterios en virtud de los cuales se distribuye la financiación para atender el denominado nivel mínimo que le corresponde garantizar, en tanto que núcleo prestacional uniforme en todo el Estado”.

- Se validan, segundo [b)], las modificaciones que afectan a los criterios de valoración de las situaciones de dependencia que se establecen fundamentalmente en el artículo 27 Ley 39/2006¹⁵. A juicio de la STC 18/2016, “...la fijación de los criterios mínimos que deben regir el reconocimiento del derecho y la valoración de la dependencia encajan en el concepto condiciones básicas al que se refiere el art. 149.1.1 CE, por tratarse de una delimitación del marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho...”. Pero en este caso, además, subraya que “... la determinación de tales criterios de composición y actuación no corresponde al Estado sino al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, máximo exponente de los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.
- También se rechazan, tercero [c)], las quejas referidas a las nuevas previsiones en torno a las condiciones de disfrute de las prestaciones. De una parte, el Tribunal considera que la ampliación del campo subjetivo de la prestación económica de asistencia personal¹⁶ se encuentra amparado por el citado artículo 149.1.1^a CE “... en la medida que determinar los posibles beneficiarios de las prestaciones del sistema forma parte de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en relación con el acceso a las prestaciones del sistema de atención a la dependencia que al Estado corresponde establecer”. De otra, admite la reconfiguración de la prestación de servicios de ayuda a domicilio¹⁷ al entender que “... perfila(r) los rasgos de uno de los servicios del sistema...” constituye una actuación dentro del margen competencial del Estado (siempre el artículo 149.1.1^a CE), pues está definiendo “... los posibles contenidos del derecho de las personas en situación de dependencia, garantizando así una igualdad mínima en su regulación”, sin perjuicio de que “... las Comunidades Autónomas puedan establecer servicios adicionales”.

¹⁴ Señala el segundo inciso de este precepto que “(l)a asignación del nivel mínimo a las comunidades autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida”.

¹⁵ Cabe destacar por su relevancia el segundo inciso del artículo 27.1 Ley 39/2006, modificado por el artículo 22.11 RDL 20/2012, que establece que “(e)l Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público”.

¹⁶ El artículo 19.1 Ley 39/2006 es modificado por el artículo 22.7 RDL 20/2012 para señalar que “(l)a prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados”, cuando antes limitaba su ámbito de aplicación a las personas con gran dependencia.

¹⁷ El nuevo artículo 23, a) y b) Ley 39/2006, modificado por el artículo 22.8 RDL 20/2012, prevé que los “(s)ervicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros (...) sólo podrán prestarse conjuntamente con...” “... los relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria”.

Por último, la sentencia también acepta el nuevo régimen de incompatibilidades de las prestaciones económicas y de los servicios¹⁸ al considerar que “...la norma establece una serie de principios comunes sobre incompatibilidad de esas prestaciones y servicios, garantizando la unidad mínima del sistema de atención a la dependencia respecto a la combinación de prestaciones en la que se puede concretar la atención a las personas dependientes”.

- Igualmente se desestiman, cuarto [d)], las objeciones formuladas contra las reformas introducidas en la regulación de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, limitando las posibilidades de elección de los beneficiarios¹⁹. Una vez más –aunque de un modo escueto y un tanto confuso en este caso–, el Tribunal no aprecia que se produzca condicionamiento alguno de las competencias autonómicas.
- Por último [e)], tampoco prosperan las impugnaciones relacionadas con la aplicación progresiva de la Ley²⁰. De un lado, la STC 18/2016 considera que la modificación del calendario que determina la efectividad del derecho a las prestaciones corresponde al Estado, al amparo del artículo 149.1.1ª CE, con el fin de “... asegurar una ordenación unitaria del sistema, evitando divergencias temporales en su implantación que afecten negativamente a las condiciones de ejercicio del (...) derecho fundamental en las distintas partes del territorio”. De otro, la misma validez se reconoce a la definición estatal de las cuantías máximas de las prestaciones económicas y de la intensidad de protección del servicio de ayuda a domicilio (Disposiciones Transitorias 10ª y 12ª): la norma estatal “... fija así, mediante el establecimiento de márgenes o intervalos, los criterios comunes a partir de los cuales puede determinarse el contenido prestacional de ese concreto servicio asistencial, integrando de esta manera el contenido mínimo del derecho reconocido a todos los dependientes en la medida en que se refieren a la extensión de la acción protectora de dicho servicio del sistema de atención a la dependencia, preservando la igualdad efectiva de las personas en situación de dependencia respecto al disfrute de unos servicios”. Y, en fin, también se respalda la regulación transitoria de la cuantía de la aportación estatal para la financiación del nivel mínimo de protección, pues “... la fijación del mínimo estatal no predetermina la cuantía de cada prestación”, sino que constituye “... condición básica de garantía del derecho”.

A la vista de lo anterior, cabe hacer dos observaciones que de alguna forma tienen en común los diversos preceptos discutidos y que ponen de manifiesto que el modo en el que la STC 18/2016, 4 de febrero, aborda la cuestión competencial de fondo resulta poco

¹⁸ Véase el artículo 25 bis Ley 39/2006, con sus tres apartados, introducido por el artículo 22.9 RDL 20/2012..

¹⁹ El artículo 29.1 Ley 39/2006, modificado por el artículo 22.13 RDL 20/2010, incorpora un segundo párrafo en relación con el programa individual de atención donde se establece que “... la determinación de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar corresponderá a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales”. También se impugnan en relación con este precepto las Disposiciones Adicional 7ª, Transitoria 9ª y Final 1ª RDL 20/2012.

²⁰ Se modifican los apartados 1 y 3 de la Disposición Final 1ª Ley 39/2006: y en relación con ella las Disposiciones Transitorias 10ª, 11ª y 12ª (vid. artículo 22.17 RDL 20/2012).

satisfactorio. En primer lugar, desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, llama la atención que las previsiones legales controvertidas afectan a una materia que por su contenido y modo de articulación difícilmente puede considerarse asistencia social en los términos expuestos por el Tribunal Constitucional. Y, en segundo lugar, cabe considerar razonable la tutela del interés del Estado como sujeto vertebrador del sistema de atención a la dependencia. Pero resulta forzado recurrir al artículo 149.1.1ª CE como presupuesto para la esa actuación estatal, pues el recorrido de este título competencial es –de acuerdo con la propia doctrina constitucional– limitado. Por eso cabe defender que resultaría más convincente y equilibrado que la actuación del Estado se articulara al amparo del artículo 149.1.17ª CE, el título competencial relativo a la Seguridad Social.

4. APUNTE CONCLUSIVO

No cabe duda de que el precario desarrollo de un sistema público de atención a las personas dependientes tiene como causa principal la insuficiencia presupuestaria, una decisión política condicionada por la priorización de las políticas de ajuste del gasto público cuya expresión más contundente fue el Real Decreto-ley 20/2012. Sin embargo, no deberían minusvalorarse los problemas derivados de un mal encaje competencial que dificultan una articulación equilibrada de la actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas²¹. Así, una relectura del artículo 149.1.1ª⁷ CE en clave federal permitiría integrar la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social y hacerlo de un modo que en el que el Estado garantizara unas prestaciones y servicios básicos en todo el territorio español que podrían ser extendidos por los poderes autonómicos por propia iniciativa y con cargo a sus presupuestos. De esta forma se daría además un paso decidido hacia el ajuste del modelo de protección social pública al marco de organización territorial.

²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F. “Una aproximación constitucional a los problemas competenciales de la Ley de Dependencia”, *Documentación Laboral*, nº 102, 2014, pp. 13 ss.

Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes

State and Autonomous Communities competences in the subject of dependent people

LUCÍA MARTÍN RIVERA

PROFESORA TEU DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

En este estudio se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en (pleno) S. nº 36/2016 de 3 de marzo. Esta Sentencia aborda la difícil e inestable delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social. En concreto lo que la Sentencia resuelve como cuestión principal es si la modificación de los Servicios de Ayuda a Domicilio (SAD), y el régimen de incompatibilidades de prestaciones y servicios introducidos por el del Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, en la Ley de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, vulnera la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social. El pleno del Tribunal Constitucional considera que las modificaciones introducidas respetan la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas al razonar que las mismas estarían amparadas por el art. 149.1.1 CE. Se trata, según el Alto Tribunal, del establecimiento de condiciones básicas que pretenden garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, sin que ello suponga una injerencia en las competencias que las Comunidades Autónomas tienen conferidas en materia de Asistencia Social.

Abstract

This work analyzes the Spanish Constitutional Court sentence with number 36/2016, of 3 March. This Judgment addresses the difficult and unstable delimitation of powers between the State and the Autonomous Communities on Social Assistance. Specifically, what the Judgment resolves is whether the modification of the Home Help Services (Servicios de Ayuda a Domicilio in Spanish), and the system of incompatibilities of benefits and services –introduced by the Real Decreto Ley 20/2012 of 13th of July, in the Act of personal autonomy promotion and care for people in situations of dependency– violates the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities on Social Assistance. The Constitutional Court considers that the amendments respect the distribution of powers between these two administrative levels. And in this way, the Court reasons that this modifications would be covered by art. 149.1.1 of the Spanish Constitutional Chart. According to the Constitutional Court, this modifications establish basic conditions intended to ensure the equality of all Spaniards in the exercise of rights and fulfillment of their constitutional duties, without encroaching on the powers that the Autonomous Communities have been conferred on Social Assistance.

Palabras clave

competencias del Estado; competencias de las Comunidades Autónomas; Asistencia Social; Ley de la dependencia; Servicios de Atención domiciliaria

Keywords

Statal competence, Regional competence, Social Care, Dependence Law, Home Care Services

1. CUESTIONES PREVIAS: PRECISIONES CONCEPTUALES Y ORDEN COMPETENCIAL

Dos son las cuestiones previas que considero necesarias analizar antes de abordar el comentario de la STC 36/2016 de 3 de marzo objeto de este estudio. La primera es una cuestión genérica que hace referencia a precisiones conceptuales sobre la dependencia y

sobre los Servicios de ayuda a domicilio (SAD), que pueden contribuir al análisis de la Sentencia comentada. La segunda cuestión gira en torno al reparto competencial entre las Comunidades Autónomas y el Estado en materia de Asistencia Social, y más concretamente en relación a la protección de la dependencia.

La dependencia ha sido definida por el Consejo de Europa, Recomendación núm. (98) de 18 de septiembre de 1998 como “un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica, o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos de la vida diaria”. Esta misma recomendación propone una política social de prevención o reducción de las situaciones de dependencia de las personas afectadas. Por su parte, la Unión Europea considera como uno de sus derechos fundamentales el acceso a los servicios sociales de atención a la dependencia, y demanda una protección reforzada, para las personas de edad avanzada (art. 34.1 de la Carta de Derechos fundamentales de 2000).¹

La Ley 39/2006 crea un sistema para la autonomía y atención a la dependencia de carácter público, pero distinto del sistema de seguridad social, del de salud, y diferente también del sistema asistencial y de los servicios sociales, aunque necesita servirse de estos dos últimos para su puesta en práctica.

La razón de ser de una protección específica de las personas dependientes se recoge con bastante claridad en la exposición de motivos de la Ley 39/2006. El primero y principal es la edad muy avanzada; el segundo la siniestralidad vial y laboral; y el tercero las secuelas de determinadas enfermedades crónicas y enfermedades congénitas. Por su parte, el art. 2.2. de la Ley 39/2006 define la “dependencia” por referencia a dos conceptos que el propio precepto legal se encarga de definir, que son el de “actividades básicas de la vida diaria” y el de “autonomía personal”. En efecto, la dependencia como estado de carácter permanente en que se encuentran ciertas personas se caracteriza por la necesidad bien de “atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria”, bien “de otros apoyos para su autonomía personal”. La “Autonomía” es definida en la Ley como un concepto distinto a la dependencia, y hace referencia a “la capacidad de controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria (art. 2.1 LD).

Por su parte, la Ley designa como actividades básicas de la vida diaria entre otras “tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas” (art. 2.3.). Es por esta razón, por la que las prestaciones “prioritarias” de atención a la dependencia consisten en servicios o cuidados a las personas dependientes. Estos servicios o cuidados forman parte de un “catálogo” cuyos componentes enumera el art. 15 de la Ley, y se describen con más detalle en los artículos 21-25. Entre ellos se encuentra la ayuda a domicilio, en forma de “atención a las necesidades del hogar” y de “cuidados personales”, ya que uno de los principios jurídicos de organización de la red de servicios de atención a dependientes expresamente formulados en la Ley, es “la permanencia de las personas en

¹ En el mismo sentido, Comunicación al Consejo de 5 de diciembre de 2001

situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida” (art. 3.i.).

La protección de la dependencia se ha considerado una materia propia de la Asistencia Social, y por lo tanto se inserta dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, según establece el art. 148. 1.2º CE. De hecho, cuando se aprueba la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia (en adelante, LD) se configura un “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, al margen del sistema de Seguridad Social, con financiación a cargo de los Presupuestos generales, ubicando, por tanto este sistema en el ámbito de la “Asistencia Social”².

La asunción por parte de los distintos Estatutos de Autonomía de las competencias en materia de Asistencia Social, no fue óbice para que el 14 de diciembre del 2006 se aprobara la LD. El asidero constitucional para la aprobación de esta Ley estatal se encontraba en el artículo 149.1.1 CE, el cual encomienda a la competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Este precepto, según el propio Tribunal Constitucional, aunque no venga referido a una materia concreta, habilita al Estado para regular condiciones básicas, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos³. Este título competencial autónomo, puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas, ya que aunque las competencias en materia de Asistencia Social correspondan a las CCAA, no significa que las mismas estén habilitadas para excluir al Estado de toda intervención en el ámbito de la protección social. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que determinados títulos competenciales, como el que recoge el art. 149.1.1 CE, impiden a las CCAA asumir las competencias de manera excluyente⁴.

Antes de la aprobación de LD en el 2006 algunas CCAA ya habían aprobado medidas de atención a la dependencia, y recibían recursos del Estado para desarrollar programas a personas dependientes, y especialmente a personas de edad avanzada a través de la desaparecida Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Por otra parte, también eran frecuentes los convenios de colaboración entre el Estado y las CCAA para atender situaciones de dependencia. No obstante, se presentaban desigualdades importantes en la

² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUL, F, “Distribución de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de dependencia”, en ROQUETA BUJ, R: La protección de la dependencia. Comentario a la Ley 39/2006, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág 40, y 41; pone de manifiesto que cuando el legislador español acomete la creación del Sistema de Autonomía y Dependencia, tuvo la alternativa de incluir el mismo en el Sistema de Seguridad Social, o excluirlo, ubicándolo por tanto en el de “Asistencia Social”. Y fue esta última opción la elegida por el legislador.

³ En este sentido, STC 61/1997, y RIVERO LAMAS, J y DEL VLA TENA, AL, en “Promoción de la autonomía personal y protección de la dependencia: Bases y fundamentos constitucionales”. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes, y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria. Comares, Granada, 2008, pág 1265.

⁴ MARTÍN VALVERDE, A en “Asistencia Social: Propuesta de Reconstrucción de un concepto Constitucional”. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes, y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria. Comares, Granada, 2008, pág 1127, en referencia a las STC76/1986, de 9 de junio, y 239/2002 de 11 de diciembre.

cobertura de las situaciones de dependencia, y este sistema carecía de una mínima coordinación. No se puede olvidar que el art. 49 y 50 CE impone a los poderes públicos el deber de tutelar los derechos de las personas discapacitadas, y de las personas mayores, así como la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad o incapacidad (art. 49, y 50 CE), la dignidad de la persona, y su integridad física y moral (art 10.1 y 15 CE) también vinieron a justificar la aprobación de la LD, con el objetivo de garantizar unas condiciones básicas de igualdad para todos los españoles en esta materia, pero contando al mismo tiempo con la participación de las CCAA en el ejercicio de sus competencias en materia asistencial.

2. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADAS

La Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en (pleno) S.36/2016 aborda la delimitación de las competencias entre el Estado y las CCAA en materia de protección a la dependencia, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad que plantea la Comunidad Foral de Navarra. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el Parlamento de Navarra son cinco. Se alega la inconstitucionalidad de los artículos 22.8 y 22.9, la disposición transitoria décima, apartado primero de la disposición transitoria duodécima y párrafo tercero de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley de 20/ 21012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, por entender que exceden las competencias estatales e impiden a las Comunidades Autónomas las prioridades de acción política en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social. También entiende la Comunidad Foral de Navarra, que el mencionado Real Decreto, vulnera en su disposición adicional décima, y en el apartado primero de la duodécima, el particular sistema de financiación de la Comunidad Foral de Navarra, y el art. 64 de la LORAFNA.

Como hemos dicho, la primera cuestión de inconstitucionalidad hace referencia al art. 22.8 del Real Decreto-Ley 20/2012. Este artículo modifica el art. 23 de la LD que en su redacción del 2006 preveía dos modalidades de Servicios de Ayuda a Domicilio uno relacionado con ayuda a domicilio, en forma de “cuidados personales” y el otro en “atención a las necesidades del hogar”. Pues bien, con las modificaciones introducidas en el 2012 de la LD, los servicios que se encargan de las necesidades del hogar quedan supeditados a los que prestan cuidados personales, aunque ambos servicios se mantienen. En efecto, se siguen manteniendo los Servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria, y los Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros; aunque estos últimos sólo podrán prestarse conjuntamente con los primeros⁵.

⁵ Hay que tener en cuenta que con posterioridad al Real Decreto-Ley 2012, y durante la pendencia del proceso, que ahora estamos analizando, se vuelve a modificar el art. 23 de la LD para añadirle un nuevo párrafo. Así se establece que “excepcionalmente y de forma justificada, los servicios señalados en los apartados anteriores, podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el “Programa Individual de Atención”. A lo que se añade que “la Administración competente deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación” (disposición final decimosexta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el 2013). Quiere esto decir que no es absoluta la supeditación de los Servicios de atención al hogar, respecto a los de cuidados personales, pudiendo prestarse de forma separada siempre y cuando así se disponga en el “Programa Individual de atención.”.

La Comunidad Foral de Navarra entiende que la imposición de la prestación conjunta del servicio de “atención doméstica” con el servicio de “atención personal” supone una limitación en la prestación de los servicios que impide su mejora, constituyendo una restricción de las competencias autonómicas al impedir establecer niveles de protección adicionales.

La segunda causa de inconstitucionalidad que alega la Comunidad Foral de Navarra hace referencia al art.22. 9 del mencionado Real Decreto-Ley 20/2012, el cual introduce un nuevo artículo en la LD. El nuevo artículo 25 bis, establece un régimen de incompatibilidad de las prestaciones y servicios que contempla la LD. En este sentido: 1.) Las prestaciones económicas serán incompatibles entre sí y con los servicios del catálogo establecidos en el artículo 15, salvo con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y de teleasistencia.2) Los servicios serán incompatibles entre sí, a excepción del servicio de teleasistencia que será compatible con el servicio de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal, de ayuda a domicilio y de centro de día y de noche.

Este régimen de incompatibilidades no tiene un carácter absoluto, ya que se establece que las administraciones públicas competentes podrán establecer la compatibilidad entre prestaciones para apoyo, cuidados y atención que faciliten la permanencia en el domicilio a la persona en situación de dependencia, siempre y cuando la suma de estas prestaciones no sea superior, en su conjunto, a las intensidades máximas reconocidas a su grado de dependencia. A los efectos de la asignación del nivel mínimo establecido en el artículo 9, estas prestaciones tendrán la consideración de una única prestación.

Entiende la Comunidad de Navarra que el régimen de incompatibilidades de prestaciones y servicios, contenido en el nuevo art. 25 bis impide, como en el caso anterior, cualquier tipo de mejora por parte de la CCAA, y por tanto supone una injerencia en sus competencias.

Similares son las razones por la que se alega la tercera, y cuarta cuestión de inconstitucionalidad que se refieren a la disposición transitoria décima, donde se establecen *cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidado del entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio*; y apartado primero de la duodécima, en la cual se establece la *Intensidad de protección del servicio de ayuda a domicilio*. El legislador estatal en ambos casos regula unas cuantías e intensidades máximas que obligan a las CCAA a su cumplimiento, lo que impide de nuevo, según el Parlamento Navarro, la posibilidad de mejora de las prestaciones por parte de las CCAA.

La quinta, y última cuestión de inconstitucionalidad versa también sobre la disposición transitoria décima y apartado primero de la duodécima, al entender la Comunidad Foral de Navarra que las mismas vulneran el particular sistema de financiación que esta Comunidad tiene con el Estado, y el art. 64 de la LORAFNA que establece que “*en virtud de lo establecido en el párrafo primero de la Disposición adicional primera de la CE y en el artículo 2.º de la presente ley, las relaciones entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral referentes a sus respectivas facultades y competencias, se establecerán conforme a la naturaleza del régimen foral y deberán formalizarse, en su caso, mediante una disposición del rango que corresponda*”.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STC 36/2016: EL ALCANCE DEL ART. 149.1.1 CE

Para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2016 de, 3 de marzo es necesario determinar el alcance del art. 149.1.1CE. Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente el art. 149.1.1CE encomienda a la competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Este artículo sirvió de motivo para justificar la adecuación a la estructura constitucional del Estado, el Sistema de Autonomía y adecuación a la dependencia que estableció la LD en el 2006. Se trata en esta Sentencia, de determinar si algunas de las modificaciones introducidas en la LD entrarían dentro de lo que se considera “condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles”, o por el contrario no constituyen “condiciones básicas” y se extralimitan de las competencias del Estado suponiendo una injerencia en las competencias que la Constitución le reconoce a las CCAA en materia de Asistencia Social.

El recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad Foral de Navarra admite la competencia del Estado *ex art.* 149.1.1 CE para adoptar medidas de racionalización a partir de lo regulado en la Ley 39/2006, pero señala que estas deben extenderse solamente sobre aspectos organizativos e institucionales. A lo que añade, que se trata de competencias de carácter normativo y no de ejecución, que han de limitarse a la regulación de condiciones básicas, referidas al contenido primario del derecho, sin que esta regulación pueda contener mandatos a las CCAA ni entrar en lo regulado en la política sectorial. Entiende el Parlamento de Navarra que los preceptos impugnados del Real Decreto-Ley 20/2012 se han extralimitado de sus competencias y que del 149.1.1CE no ampara tales modificaciones.

Por su parte, el Tribunal Constitucional rechaza todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, y considera, por tanto, que el art. 149.1.1CE ampara tales modificaciones, y no supone una injerencia en las competencias reservadas a las CCAA en materia de Asistencia Social.

El Tribunal Constitucional, en su argumentación jurídica, se hace eco de una sentencia anterior, STC 18/ 2016, de 4 de febrero, que resuelve un supuesto muy similar. Esta Sentencia ,había resuelto, en sentido negativo, un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con varios preceptos, del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que afectaban a la LD. Las causas de inconstitucionalidad planteadas en este recurso eran más numerosas, pero entre ellas también se cuestionaban los mismos motivos que en la Sentencia que estamos analizando. Es por esta razón por la que parte de la argumentación jurídica por la que se rechazan las cuestiones de inconstitucionalidad en la sentencia que ahora comentamos, tiene como referencia esta sentencia.

En referencia al encuadramiento competencial la STC 36/2016, objeto de nuestro estudio, hace suyo el argumento de la STC 18/2016 donde se señala en su fJ7 que “*la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia encaja materialmente en el ámbito de la asistencia social*”. Es por esta razón por la que el

título competencial estatal más específico, es el art. 149.1.1 CE “*dada la materia a la que se refiere la cuestión aquí discutida relacionada con el marco normativo a través del cual se van a reconocer derechos subjetivos de contenido prestacional en relación con la atención a la situación de dependencia*”. No siendo necesario acudir a la aplicación de otros preceptos como los arts. 149.1.13 y 149.1.17 como había sugerido el Abogado del Estado al desestimar el recurso.

La primera cuestión de inconstitucionalidad alegada el Tribunal Constitucional la desestima. Recordemos, que ésta hacía referencia a la nueva redacción que el art. 22.8 del Real Decreto-Ley 20/2012 da al art. 23 de la LD, en donde se establece que los Servicios de Atención a las necesidades domésticas sólo se podrán prestar conjuntamente con los de atención personal. Entiende el Alto Tribunal que el Estado lo que pretende es que existan “*las mismas modalidades de protección a las personas en situación de dependencia regulando la doble dimensión del servicio de ayuda a domicilio y expresando un criterio de preferencia de unos servicios, los relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria, frente a los relativos a la atención de las necesidades domésticas o del hogar de manera que no puedan prestarse los unos sin los otros*”. Con ello el legislador estatal “*perfila los rasgos de uno de los servicios del Sistema de atención a la dependencia, y actúa dentro del margen que le otorga el art. 149.1.1 CE, al definir los posibles contenidos del derecho de las personas en situación de dependencia, garantizando así una igualdad mínima en su regulación*”. Esta medida tampoco supone una injerencia en las competencias de las CCAA porque éstas pueden siempre otorgar servicios adicionales,⁶ y pueden también excepcionalmente decidir que se prestan ambos servicios de forma separada, tal y como establece el último inciso del art. 23 de la LD.

La segunda cuestión de inconstitucionalidad, que hace referencia al nuevo art. 25 bis introducido por el art. 22.9 del Real Decreto-Ley 20/2012, también es desestimada. El Tribunal Constitucional argumenta que “*el Estado fija una regulación unitaria tanto de la intensidad como de la compatibilidad de prestaciones que cumple la función de garantizar un mínimo uniforme en el sistema de atención a la dependencia que puede ser considerado un parámetro que regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho, evitando así que se generen situaciones de desigualdad relevantes*”. En este mismo sentido, se señala que puesto que el reconocimiento de la situación de dependencia puede dar lugar al disfrute de diversos servicios o prestaciones económicas de manera simultánea “*la norma establece una serie de principios comunes sobre incompatibilidad de esas prestaciones y servicios, garantizando la unidad mínima del sistema de atención a la dependencia, respecto a la combinación de prestaciones en la que se puede concretar la atención a las personas dependientes*”. La competencia de las CCAA se respeta porque el régimen de incompatibilidades establecido en el art. 25 bis de la LD no excluye que las Comunidades Autónomas establezcan compatibilidades que puedan dar como consecuencia prestaciones o servicios superiores. Aunque el costo de la compatibilidad de prestaciones y servicios establecido por las CCAA debe ser asumido por las mismas.

⁶ En este sentido ver art. 8.2 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, establecidas en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia .

Entiende el Tribunal Constitucional que tampoco debe prosperar la tercera y cuarta cuestión de inconstitucionalidad que hace referencia a la disposición transitoria décima –que regula las cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio–, y el apartado primero de la disposición transitoria duodécima, –que regula la intensidad de protección del servicio de ayuda a domicilio–. A criterio del Alto Tribunal el Estado no se ha extralimitado en sus competencias, al poner de manifiesto que las cuestiones aquí planteadas no son novedosas, y forman parte del sistema de atención a la dependencia desde sus inicios. Según el art. 8.2 b) de la Ley 39/2006, corresponde al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios, *“extremo que, para el ahora cuestionado servicio de ayuda a domicilio, se llevó a cabo en el punto 2.2 del ya mencionado Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012, limitándose la norma ahora cuestionada a incorporar dicho criterio, que, por lo demás, también ha sido reproducido en el Anexo II del también citado Real Decreto 1051/2013”*. Considera el Tribunal Constitucional que esta forma de proceder encuentra amparo en el art. 149.1.1 CE. La norma estatal determina el contenido prestacional de ese concreto servicio asistencial, integrando de esta manera el contenido mínimo del derecho reconocido a todos los dependientes, preservando la igualdad efectiva de las personas en situación de dependencia respecto al disfrute de unos servicios. En cuanto a la determinación de las cuantías máximas *“debe el Estado garantizar, mediante la determinación de tales cuantías máximas, la uniformidad en el reconocimiento de las tres prestaciones económicas que integran el sistema de atención a la dependencia”*.

Finalmente, la disposición transitoria décima y al apartado primero de la disposición transitoria duodécima también sería inconstitucional, a criterio de la Comunidad Foral de Navarra porque considera que vulnera la autonomía financiera de Navarra, y el art. 64 LORAFNA. El Tribunal Constitucional considera que esa tesis no puede prosperar por las siguientes razones: 1) El régimen especial del convenio económico es fundamentalmente un régimen evolutivo dentro de la Constitución, y no al margen de ella. Por tanto, debemos descartar que el régimen de convenio suponga una excepción al marco competencial en materia de atención a la dependencia. El bloque de constitucionalidad en esta materia lo integran el art. 149.1.1 CE en relación con el art. 44.17 LORAFNA⁷. 2) El convenio económico entre la Comunidad Foral de Navarra y el Estado tiene un contenido esencialmente tributario. En este sentido, *“la naturaleza del régimen foral tiene su ámbito natural de proyección en el ejercicio de las competencias tributaria....., pero no en la determinación del alcance de las competencias del Estado”*. Idéntica conclusión se alcanza respecto al art. 64 LORAFNA, que *“hace referencia al ejercicio de las competencias estatales y forales y no a su alcance funcional”*. Las relaciones entre ambas Administraciones se establecerán conforme a la que tiene su ámbito natural de proyección en el ejercicio de las

⁷ En el mismo sentido STC 171/2014, de 23 de octubre, FJ 6a), allí en relación a las normas aplicables a los límites de endeudamiento de las entidades locales.

competencias y, singularmente, en la vertiente participativa bilateral o multilateral, y no en el alcance de las competencias del Estado (singularmente las básicas) y de la Comunidad foral.⁸

4. CONCLUSIONES FINALES

La opción de construir un sistema de cobertura de la dependencia al margen del sistema público de la Seguridad Social⁹, y ubicado, por tanto, en la Asistencia Social crea una distribución competencial entre el Estado y la CCAA inestable, que requiere de un compromiso y de una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones, lo que debe traducirse en un régimen de cooperación y financiación entre las distintas administraciones del Estado y de las CCAA. Se puede decir que es inestable, en el sentido de que cualquier modificación introducida en la LD, como la que trata la sentencia comentada, puede reabrir el debate sobre el reparto de competencias en esta materia.

Como se sabe el art. 149.1.17 CE confiere competencia exclusiva al Estado en materia de Seguridad Social, mientras que el art. 148.1.20 CE reconoce como competencia exclusiva de las CCAA la materia de Asistencia Social. Por tanto, una intervención del legislador estatal en el sistema de cobertura de la dependencia debe justificarse en un título competencial distinto al art. 149.1.17. El título competencial que en su momento justificó la aprobación de LD, y que posteriormente ha servido para justificar las modificaciones que en la misma se han introducido a través del Decreto-Ley 20/2012 ha sido el art. 149.1.1 CE¹⁰. Es por este motivo por el que la cuestión principal, y fundamental para resolver las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon en la STC 36/2016 giran en torno al alcance del propio art. 149.1.1^a CE, y obligan a pronunciarse sobre la naturaleza; y los derechos constitucionales que vienen amparados en él; y también, y seguramente lo más importante, sobre el propio alcance de lo que supone la fijación de las “condiciones básicas” garantizadoras de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales.

En este sentido conviene poner de manifiesto cómo la doctrina científica y la propia jurisprudencia constitucional han entendido que el art. 149.1.1^a contiene una atribución competencial propia, y autónoma, y no se trata de una mera declaración hermenéutica que permite formular criterios sobre las restantes competencias estatales¹¹. Por otro lado, el

⁸ En este sentido, STC 148/2006, de 11 de mayo; la STC 207/2013; STC 208/2012, FJ 4; STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 7; STC 110/2014, de 26 de junio STC 171/2014, FJ 6 a), y STC 148/2006, FJ 7.

⁹ RIVERO LAMAS, J y DEL VLA TENA, AL, en “Promoción de la autonomía personal y protección de la dependencia: Bases y fundamentos constitucionales”, op. cit pág 1263, y 1264, pone de manifiesto se barajaron diversas opciones para asegurar la protección de la dependencia. Desde incluir este sistema de protección en el Sistema de Seguridad Social, pasando por una opción mixta, manteniendo la protección de la dependencia de manera parcial en la Seguridad Social, hasta una tercera opción, que es la que finalmente se adoptó, de ubicarlo dentro del contenido de la Asistencia Social.

¹⁰ En su momento se puso de manifiesto el riesgo que suponía que el art. 149.1 .1 CE fuera el título competencial que justificara una iniciativa legislativa de tal calado como era la Ley de la Dependencia. En este sentido, SUAREZ CORUJO, B “El encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. RL, nº 14, 2006.

¹¹ Entre otros CABELLOS ESPÍREZ, MA “Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencias del derecho comunitario”. Madrid 2001, pág 44 y ss PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUL, F, “Distribución de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de dependencia. Montoya Melgar, A, La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Thonson, Civitas pág107, 108

ámbito de aplicación de este artículo abarca los derechos y deberes fundamentales contenidos en el capítulo II del Título I de la Constitución, pero también los principios de política social y económica, e incluso otros derechos y deberes constitucionales que se encuentran fuera del propio Título I del texto Constitucional¹².

Finalmente, el alcance de la noción sobre “condiciones básicas” y garantizadoras de la igualdad en ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, se refiere, como hemos podido comprobar en la argumentación de la sentencia comentada, a la necesidad de fijar condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Se pretende establecer una igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales a través del establecimiento de las condiciones básicas, estableciendo un mínimo común denominador para todos los españoles. Esto debe ser compatible con una regulación por parte de la CCAA, no en el sentido de desarrollar la norma estatal, sino del establecimiento de un régimen propio que respete esas condiciones básicas.¹³

¹² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUL, F, “Distribución de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de dependencia”, en ROQUETA BUJ, R: La protección de la dependencia. Comentario a la Ley 39/2006, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, op cit. Pág48-50.

¹³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUL, F, “Distribución de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de dependencia. Montoya Melgar, A, op ,cit. 112-114.

Rentas computables a efectos de generar el derecho a la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años: Desde la prueba de pobreza hacia la prueba de riqueza. El giro jurisprudencial anunciado (Comentario a la STS de 3 de febrero de 2016, RCU 2576/2014)

Computable incomes in order to generate the right to receive the unemployment benefit for people over 52 years: From the poverty test to the wealth test. The announced jurisprudential change (Commentary on the Sentence of the Spanish Supreme Court, of 3 February 2016, RCU 2576/2014)

MARÍA SALAS PORRAS

AYUDANTE DOCTORA DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

La STS de 3 de febrero de 2016 resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina que eleva a la categoría de jurisprudencia la tendencia, que desde hacía una década, se manifestaba con fuerza entre algunos tribunales superiores de justicia. Sin duda, la corrección en la aplicación del principio de tipicidad –en el orden social- junto al deslinde jurídico-normativo de qué debe considerarse como renta computable -a efectos de generar o no el derecho al subsidio-, tienen como resultado una importante y necesaria ampliación de los ámbitos material y subjetivo del derecho. Con acierto, a nuestro criterio, la jurisprudencia invoca la función tuitiva del sistema de seguridad social para dar cobertura a supuestos de evidente desprotección.

Abstract

The Sentence of the Spanish Supreme Court of February 3, 2016 resolved an appeal for unification of doctrine that rises to the level of jurisprudence trend, which for a decade, manifested itself strongly among some regional courts. Undoubtedly, the correction in the application of the principle of criminality -in the social order- and the demarcation of what incomes should be computable in order to generate or not the right to the subsidy, result in a significant and necessary extension of the right materials and subjective areas. Rightly, in our view, the case invokes the protective function of the social security system to cover cases of obvious vulnerability.

Palabras clave

Subsidio, suspensión, extinción, desempleados mayores de 52 años, rentas computables

Keywords

Subsidy, cessation, extinction, unemployed over 52 years, computable incomes

1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO PARTICULAR

El recurso de casación para la unificación de doctrina en virtud del que se resuelve la sentencia que comentamos, tiene como origen la litis surgida entre el Servicio Público de Empleo Estatal y Doña Clara, a quien se reconoció derecho a percibir, durante más de una década, subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

El disfrute pacífico de este derecho, que comenzó en el verano del año 2006, se vio enturbiado cuando, la institución deudora suspendió su obligación de pago a la vez que reclamaba –de la ciudadana acreedora– la devolución de ciertas cantidades. El motivo que detonó estas actuaciones, según consta en el relato de hechos probados, fue la percepción, por parte de Doña Clara, del rescate de un fondo de pensiones que tenía constituido con anterioridad a la solicitud del subsidio.

El citado rescate económico si bien excedía, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional y habiendo sido debidamente declarado, no tuvo reflejo, en la tributación correspondiente a su respectivo ejercicio económico, como percepción por trabajo, por pensiones, por capital mobiliario, por capital inmobiliario, por actividad profesional o agraria, ni por cualquier otro tipo de rentas.

Dos años y un procedimiento administrativo sancionador más tarde, el SPEE, apoyándose en los artículos 25.3 y 47 LISOS, los artículos 215.3 y 219.2 de la anterior versión de la LGSS, dictó resolución desde donde se confirmó la suspensión –que inicialmente había sido cautelar– de la percepción del subsidio, declaró indebidas las prestaciones recibidas por Dña. Clara, exigió su devolución en el plazo de un mes, y proclamó la extinción del derecho a acceder al subsidio.

La infructuosa interposición de recurso de alzada por parte de la actora, generó la preclusión de la vía administrativa y la apertura del iter judicial, que ha trocado, como a continuación se muestra, el parecer de la administración.

Llegados al ámbito procesal, el Juzgado de lo Social que conoció del asunto estimó, en parte, las pretensiones de la actora de manera que, rechazando la tesis de la parte demandada, negó que hubiese lugar a la extinción del derecho, pero mantuvo la validez de la suspensión del subsidio durante el tiempo en que, prorrateado mensualmente, el importe del rescate superó el 75% del SMI. Una decisión ésta confirmada totalmente por el Tribunal Superior de Justicia ante el que el Servicio Público de Empleo Estatal presentó recurso de suplicación.

2. LA SENTENCIA DE CONTRASTE

Insatisfecho el Servicio Público de Empleo Estatal con los resultados obtenidos y teniendo presente el pronunciamiento –próximo en el tiempo e idéntico en lo que a los hechos se refiere–, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de abril de 2014, procedió a plantear el recurso de casación para la unificación de doctrina del que trae origen nuestra sentencia.

En la Sentencia de contraste referenciada, Don Pablo, beneficiario de un subsidio por desempleo en la modalidad de mayores de 52 años, también poseía un fondo de pensiones procedente de la empresa en que había trabajado, cuyo rescate, debidamente declarado a Hacienda, se realizó dentro del período en que percibía el subsidio, y le supuso obtener una cantidad que superaba el 75% del SMI previsto en el artículo 25.3 LISOS. Sin embargo en aquella ocasión, el Tribunal entendió que “el actor, con el percibo de la indicada cantidad podía haber solicitado la suspensión de la percepción del subsidio durante el tiempo al que alcanzara la proporción del incremento de las rentas por encima del módulo legal previsto

como requisito para causar derecho al subsidio. Por el contrario, el actor, obvió poner en conocimiento de la entidad gestora su cambio de circunstancias y continuó percibiendo aquella prestación asistencial, con lo que incurrió en la causa de extinción antedicha, sin que quepa ahora atemperar o graduar la sanción prevista legalmente para lo que tipifica la LISOS como infracción grave (art. 25.3) con la extinción de la prestación (art. 47.1.b)” (FD Segundo STSJ Cataluña 14/04/2008).

El Tribunal, por tanto, asienta su veredicto en dos razonamientos concatenados cuyo único origen es la prueba de pobreza, esto es, demostrar, por parte del ciudadano, que efectivamente no tiene rentas superiores al límite legalmente previsto.

Así, el primer razonamiento consiste en considerar incremento patrimonial el rescate procedente de la liquidación del fondo de pensiones. Según el criterio judicial, todo fondo de pensiones tiene la categoría de plusvalía patrimonial, de manera que, si su cuantía supera el límite previsto por la norma –75% SMI, conforme al artículo 25.3 LISOS–, decaen los requisitos de acceso al subsidio y, por consiguiente, procede declarar la suspensión del disfrute, así como exigir la devolución de las cantidades que, en concepto de subsidio, se han percibido de forma simultánea al incremento patrimonial.

La consecuente derivación lógica de lo anterior es que ese incremento patrimonial haya sido expresamente comunicado al anteriormente conocido como INEM. Lo contrario, esto es, no comunicar, es indicio claro de voluntad defraudadora, por lo que procede sancionar con el máximo rigor, es decir, extinguiendo el derecho, lo cual podría haber sido atenuado, quedando la sanción en suspensión, si el perceptor del subsidio hubiese informado a la administración de la existencia del rescate.

Pues bien, ante la identidad de supuestos y la divergencia de soluciones, entendió el TS que procedía, en virtud del artículo 219 LRJS, admitir a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina, desde donde –a nuestro criterio– se ofrece una más justa solución a estas situaciones.

3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL ORDEN SOCIAL

La aproximación que realiza el TS en su sentencia de 3 de febrero de 2016, toma como punto de partida centrar la reflexión jurisprudencial en determinar la infracción cometida y su correlativa sanción, cobrando especial relevancia en este sentido, el principio de tipicidad y el de legalidad del que deriva.

Así, rescatando tres valiosísimas sentencias del Tribunal Constitucional, concluye el TS que la exigencia formal y material del principio de legalidad, deriva necesariamente en su aplicación restrictiva, resultando que no es posible subsumir en los tipos conductuales infractores, otros comportamientos que, sólo aproximativamente, o por analogía, podrían ser comparables con los descritos en el texto de la norma.

Por consiguiente, y en la medida en que la LISOS pertenece al ámbito del derecho administrativo sancionador, se hace obligatorio observar la prohibición antes descrita, esto es, no se puede aplicar por analogía la norma sancionadora, sino que “es necesario que el supuesto de hecho encaje exactamente en el tipo legal” (FD Segundo STS 03/02/16).

En este sentido, el siguiente paso del TS es analizar si, efectivamente, las conductas sancionadas por el SPEE –tanto en la sentencia de contraste como en la contrastada– habían sido objeto o no de esa errónea aplicación por analogía del principio de tipicidad. Para ello se identifica como conducta infractora, atendiendo a las resoluciones sancionadoras emitidas por la administración actuante, el “no comunicar la obtención de rentas y percibir prestación por desempleo indebidamente”. Ante lo que el TS plantea, como a continuación analizamos, determinar, de un lado, qué haya de entenderse por renta y, si efectivamente, los rescates derivados de fondos de pensiones pueden ser, o tener, tal consideración. Por otra parte, como consecuencia de lo anterior, si procede la suspensión, la extinción o ninguna de las dos.

4. RENTAS COMPUTABLES A EFECTOS DE GENERAR O NO EL DERECHO A PERCIBIR EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: A MODO DE MAPA EVOLUTIVO JURISPRUDENCIAL

Responder a la cuestión sobre qué debe circunscribirse bajo el concepto de renta que maneja el precepto citado, no ha sido tarea fácil para la doctrina científico-judicial. De hecho, una parte importante de los conflictos surgidos en torno a la extinción o suspensión del subsidio –unas sesenta sentencias en la última década, sólo para los Tribunales Superiores de Justicia y el propio Tribunal Supremo–, han tenido como causa discordante, precisamente esta.

En ese sentido y sólo a modo ejemplificativo, señalamos aquí que han sido objeto de análisis y discusión asuntos donde se planteaba si podrían calificarse como tales el capital mobiliario procedente de fondos de inversión¹, las imposiciones a plazo fijo², la venta de bienes inmuebles constituyentes o no de vivienda habitual³, el recibir un premio de televisión⁴, el tener un convenio especial con la Seguridad Social⁵, la venta de acciones procedentes de sociedades anónimas⁶, el rescate de pólizas de seguro de jubilación⁷, el recibir una herencia⁸ o, incluso, las indemnizaciones legales por la extinción de contrato de trabajo⁹.

Independientemente de lo multiforme de la problemática, lo cierto es que, precisamente la variedad de los conflictos surgidos ha permitido a la doctrina judicial y jurisprudencial, colmar la laguna normativa que se aprecia en la configuración jurídica de qué deba entenderse por renta. En este sentido, la STS de 31/05/1999 fue una de las primeras

¹ Algunos ejemplos consultados para la realización de este estudio han sido la STS de 20/10/2004, la STSJ de Cantabria núm. 265/2000, las SSTSJ del País Vasco de 14/07/2000 y la número 1773/2001, las SSTSJ Cataluña núm. 2054/2001 y núm. 854/2002, la STSJ Castilla y León, sede Valladolid, de 15/05/2001.

² La STS de 28/10/2014 resuelve un asunto cuyo objeto es precisamente este.

³ Este grupo es el mayoritario como muestran la STS de 02/12/2011; las SSTSJ Madrid núm. 658/2002, núm. 200/2003, núm. 169/2004 y núm. 80/2007; las SSTSJ de Castilla y León, sede Burgos, núm. 551/2008, y núm. 624/2006; la STSJ Cataluña núm. 9177/2000; la STSJ de País Vasco núm. 974/2013; la STSJ Galicia núm. 6277/2015.

⁴ Un ejemplo de ello es la STSJ Galicia núm. 1551/2009.

⁵ Como son la STSJ Madrid núm. 411/2004 y la STSJ Aragón núm. 299/2006.

⁶ Es el asunto que resuelve la STSJ Madrid núm. 644/1999.

⁷ Así se planteó en la STSJ País Vasco núm. 2214/2004.

⁸ Se trata de la STSJ Cantabria núm. 1295/1999.

⁹ Dos de los más interesantes son los supuestos de los que conocieron la STSJ País Vasco núm. 2439/2010, y la STSJ Castilla-La Mancha núm. 1205/2011.

donde se abordó esta cuestión, indicando en sus FD Quinto y Sexto que, puesto que el artículo 215.1 del entonces vigente texto de la LGSS “no proporciona una definición de lo que deba entenderse por renta, debe acudir a otros cuerpos normativos como son el Código Civil o la legislación tributaria”. En la dicotomía que se planteaba el Tribunal, optó por resolverla a favor de la primera de las normas citadas dado que la segunda “responde a un determinado modelo impositivo, tomando como base de tributación, entre otros, los rendimientos del trabajo personal, los del capital inmobiliario y los del capital mobiliario, pero los conceptos que al efecto toma el Texto Legal no se corresponden en plenitud con los de otros campos del ordenamiento jurídico, que responden a necesidades y finalidades distintas”. Por el contrario, el Código Civil, “por su carácter de generalidad, la mayor similitud en el objeto de regulación y su aplicación supletoria en otros campos del ordenamiento jurídico, será el que proporcione los elementos interpretativos adecuados a la situación debatida”.

De esta forma, entiende el Tribunal “en sentido etimológico, renta equivale a utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa, o lo que de ella se cobra y también lo que paga en dinero o en frutos un arrendatario, conforme al artículo 355 del Código Civil (...)” (FD Sexto STS de 31/05/1999).

Esta incipiente aproximación al concepto de renta, se perfiló sobremanera con la STS de 30/06/2000 que alcanza a identificar renta con ganancia o plusvalía, distinguiéndola de la simple sustitución o liquidación –esto es, hacer líquidos, convertirlos en dinero fungible– de los bienes o derechos. En ella se resolvió un supuesto donde se litigaba sobre si el importe obtenido por la venta de inmueble era reconducible al concepto de renta contenido en el artículo 215 LGSS. En esta ocasión, el TS afirmó que “desde el punto de vista del Derecho Privado, un elemento patrimonial (el inmueble) ha sido sustituido por otro (el precio de venta); trasladado el acontecimiento al plano de la protección asistencial, lo único relevante, serían los ingresos periódicos que los mismos proporcionarían al interesado –el ingreso que procurara la vivienda misma por estar arrendada, o bien el dinero recibido porque ha sido invertido y genera rentas la inversión–. Tales ingresos sí neutralizarían la asistencia subsidiada, pero no el intercambio de bien inmueble por precio cierto, pues el beneficiario del subsidio se limita a ser titular de un bien o cosa diferente: antes un inmueble, ahora una cantidad de dinero” (FD Tercero).

De forma definitiva se abrió una importante corriente judicial a favor de no considerar los fondos de pensiones rentas computable a efectos de suspender o extinguir el subsidio por desempleo, a partir de la STSJ del País Vasco¹⁰ de 30 de marzo del año 2004. En ella la actora, Doña Rosa, planteó recurso de suplicación contra la resolución del INEM que dictaminó la extinción del subsidio y la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por haber obtenido rendimientos procedentes del rescate de su plan de pensiones –junto a otros rendimientos de capital mobiliario e intereses de cuenta–. Expresamente en el FD Primero, el Tribunal, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, reconoce que el rescate de un plan de pensiones “no es una renta propiamente dicha, sino la sustitución de un activo patrimonial por otro, de valor equivalente”.

¹⁰ Número de resolución AS/2004/1125.

Al hilo de estos pronunciamientos, el Pleno del TS en la sentencia que nos ocupa, de nuevo utiliza los criterios gramatical, teleológico y finalista como herramientas que contribuyen a salvar el vacío normativo constatado en lo que respecta la definición de renta computable a efectos asistenciales. Por ello, realizando una interpretación conjunta del artículo 215.3 de la versión derogada de la LGSS –artículo 275.4 del vigente RD Leg. 8/2015 LGSS–, y del artículo 4 del RD Leg. 1/2002 que regula los Planes y Fondos de Pensiones, concluye que, en ningún caso, sea en la sentencia de contraste o en la contrastada, puede derivarse equiparar el rescate que genera la apertura de un fondo o plan de pensiones con una renta, ingreso o rendimiento –FD Quinto–. Dado que, ese rendimiento no ha supuesto una plusvalía o incremento en el patrimonio del titular del modo en que lo harían, por ejemplo, los intereses devengados si ese dinero se invirtiera en un producto financiero bancario. O, al menos, no ha llegado a demostrarse esta prueba de riqueza por quien argumenta lo contrario. Lo que se ha originado, según el parecer del TS es, exclusivamente, una metamorfosis del bien –antes fondo de pensiones, ahora dinero líquido– del que ya disfrutaba el beneficiario del subsidio por desempleo en el momento en que se reconoció por la administración competente que reunía los requisitos para serlo.

Así, en la medida en que se reconoce la inexistencia de modificaciones en la situación económica de la perceptora del subsidio, el siguiente paso en el razonamiento jurisprudencial, ha sido revertir –tal y como se pedía– una sola de las tres consecuencias vinculadas a esta declaración, la extinción del derecho. En este punto del estudio, e independientemente de que en el siguiente apartado se desarrolle con mayor profundidad este argumento, querríamos destacar cómo el TS manifiesta a las partes, muy especialmente a la recurrida, el desaprovechamiento de la oportunidad brindada con la defensa de la tesis que argumentaba. Sorprendentemente, Doña Clara –tal vez su representante legal– no vislumbró siquiera las opciones que se abrían una vez declarado el rescate como renta no computable a efectos de neutralizar la percepción del subsidio por desempleo.

5. ¿SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN O NO HAY LUGAR A LA SANCIÓN PORQUE, DEFINITIVAMENTE, TAMPOCO EXISTIÓ INFRACCIÓN?

La exclusión del rescate del fondo de pensiones como renta computable a efectos de las previstas en el artículo 215.3 de la derogada versión de la LGSS, y del artículos 25.3 LISOS, supone, de forma correlativa, la no consideración como infracción de la conducta del perceptor del subsidio y titular del rescate en sendos casos, esto es, la sentencia contrastada y la de contraste. Ello, a su vez, conlleva anular cualquier medida cautelar, reintegradora y sancionadora que, por dicho motivo y conforme al artículo 47.3 LISOS, hubiese sido adoptada desde la administración actuante. O lo que es lo mismo, al no tratarse de una infracción –tal y como declara el TS para ambos supuestos– no cabe, por parte de los ciudadanos afectados, soportar ninguna de las actuaciones cuyo origen sea la comisión de la infracción.

Por ello, el TS subraya con insistencia la incomprensibilidad de la cortedad en las peticiones de Doña Clara. En efecto, de forma ininteligible esta parte sólo reclama del Tribunal la revocación de la declaración de extinción del derecho, cuando, además, podría –debería, a nuestro criterio– haber solicitado la revocación de la suspensión cautelar y la de la devolución de las cantidades calificadas por el SPEE como indebidas. Así, la actora habría

tenido derecho a que se le restituyesen estas cantidades y a que se le satisficiera el importe correspondiente al subsidio dejado de percibir durante el tiempo en que estuvo en suspenso.

Todo ello conduce a plantear cuándo o en qué supuestos se produce la suspensión y la extinción de la percepción del subsidio. Pues, siguiendo la interpretación jurisprudencial *sensu contrario*, esto tendrá lugar si efectivamente existieron y así se demuestra por la administración interesada, ingresos o ganancias derivadas del precio del rescate que, además, excedan, en cómputo mensual, el 75% del SMI. De manera que, procederá aplicar la suspensión o la extinción en función del carácter puntual y aislado o permanente y reiterado —en un período máximo de un año— de las superaciones del límite indicado, conforme al artículo 219.3 de la derogada versión de la LGSS, o del artículo 274.4 del vigente texto de la LGSS.

Esta dualidad en las consecuencias de la falta de concurrencia de la situación económica del ciudadano, incide grandemente en preservar la finalidad tuitiva del subsidio dado que, como ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Supremo en el FD Segundo, apartado tercero, de la sentencia de 28/05/2013, “permite ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la dinámica del derecho a prestaciones, (...) entre la situación de necesidad y la acción protectora”.

6. CONCLUSIÓN

La contribución que hace esta sentencia al diseño del modelo social español, ha de calificarse a nuestro criterio, como trascendente puesto que arroja claridad a la intelección aplicativa de un precepto normativo que, a pesar de su oscuridad, se erige en bisagra que une las dos caras de una misma realidad, la marginación y la integración social.

Para ello el TS ha apostado fuerte por una corriente interpretativa que, forjada durante casi tres lustros, hallaba eco entre sus propias resoluciones y en las de algunos tribunales superiores de justicia. Conforme a la cual, el concepto de renta computable para neutralizar la ayuda asistencial, se identifica exclusivamente con el de ganancia o ingreso, limitándose así las posibilidades de expulsar del ámbito de protección a ciudadanos con verdaderas necesidades vitales. A ello se une la reconducción aplicativa del principio de tipicidad que desde la administración se venía haciendo en el procedimiento administrativo sancionador. Con esa reconducción, el Tribunal exige un análisis exhaustivo de identidad que elimina cualquier posibilidad de aplicar por analogía los tipos infractores y las sanciones concatenadas.

No puede dejar de observarse que ser o no beneficiario de una ayuda asistencial como el subsidio por desempleo, comporta no sólo la supervivencia del ciudadano sino también su participación en la sociedad, de manera que la denegación, suspensión o extinción del derecho, suponen condenas directas al ostracismo, la pobreza y la exclusión. Por consiguiente, en un Estado que se declara a sí mismo social y democrático de Derecho, conforme al artículo primero de su Carta Magna, poca cabida tiene hacer descansar resortes de tan crucial papel en los procelosos mares de la inseguridad jurídica. En este sentido, la interpretación esgrimida desde el TS ha buscado huir de la prueba de pobreza a favor de la prueba de riqueza, abandonando la postura inquisitorial o de censura para adoptar otra de verdadero gestor de recursos económicos y de dinamizador de la democracia social.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

La protección por desempleo en Italia, después del ‘Jobs Act’

Unemployment protection in Italy, after the ‘Jobs Act’

PAOLA BOZZAO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD “LA SAPIENZA” DE ROMA

Resumen

La protección por desempleo en Italia fue totalmente revisada durante el año 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la L. n. 183/2014 (llamado Jobs Act) y de sus decretos de aplicación. La nueva legislación intenta simplificar el sistema de regulación general y racionalizar las medidas anteriormente vigente. El presente artículo tiene como objetivo reconstruir las características esenciales del nuevo marco regulador, con especial atención a las medidas de protección en los casos de extinción del contrato de trabajo, indicando los aspectos problemáticos de este complejo tema.

Abstract

The essay analyzes the system of income support in the event of unemployment, introduced in Italia by Law n. 184/2014 (so-called Jobs Act). The new legislation aims to simplify and rationalize the set of rules previously in force, by introducing rules more coherent and coordinated. The A. focuses on the essential features of the new legislation, specifically with regard to income support guaranteed at the termination of employment contract, highlighting the problematic aspects of this complex matter.

Palabras clave

Protección por desempleo; Jobs Act; nuevas medidas; Naspi; Dis-Coll; Asdi

Keywords

Unemployment; Jobs Act; income support; Naspi; Dis-Coll; Asdi

1. LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SISTEMA DE LA LEY DELEGADA N. 183 DEL 2014: FLEXIBILIDAD, SEGURIDAD Y ACTIVACIÓN

Nos encontramos ante una materia que fue totalmente revisada durante el año 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la L. 10.12.2014, n. 183 (llamado Jobs Act) y de sus decretos de aplicación. La nueva normativa, contenida en el D. Lgs. 4.3.2015, n. 22, se inserta en la línea de la reforma que fue aprobada hace tres años (art. 2 y 3, L. 28.6.2012, n. 92, llamada Reforma Fornero) para desarrollar algunas decisiones contenidas en aquel acto legislativo. Se trata, en realidad, de un recorrido inacabado y, como veremos, todavía *en progreso*¹; sobre todo, considerando el limitado margen de maniobra impuestos por la necesaria reducción del gasto público, a lo que se añaden la escasez de los recursos disponibles y la incertidumbre acerca de la recuperación del ciclo económico.

El análisis de los elementos de continuidad y discontinuidad con respecto al marco jurídico antiguo no puede, por lo tanto, prescindir de esta premisa, que obliga al legislador a continuados equilibrios jurídicos, en el difícil intento de conciliar la exigencia del respeto

¹ Véanse, por último, las novedades introducidas por el art. 43, D. Lgs. 14.9.2015, n. 148.

por las siempre más estrechas limitaciones presupuestarias (art. 81 Constitución italiana²) con el principio de la garantía de los “medios adecuados para las necesidades vitales” del trabajador en caso de desempleo involuntario (art. 38.2 CI)

Para comprender la nueva disciplina es necesario desde ahora contextualizar los contenidos dentro de un diseño reformador más amplio, que modifique, ante todo, las reglas en materia de flexibilidad en la entrada y la salida del mercado del trabajo (tipologías contractuales de acceso al trabajo y disciplina del despido individual). Bajo este aspecto, las medidas elegidas por el legislador italiano del 2014 se concentran, una vez más, en una mezcla de políticas de *flexibility* y *security* coherentes con los principios de matriz europea³.

Sobre el primer perfil se insiste no solo en la reorganización de las tipologías contractuales existentes, para que sean «más coherentes con las actuales exigencias del contexto profesional y productivo» (art. 1, co. 7, Ley n. 183/2014, y D. Lgs. 15.06.2015, n. 81), al hacer hincapié una vez más sobre el papel prioritario del contrato a tiempo indefinido como forma común de contrato de trabajo⁴; sino también en la introducción, para las contrataciones que se formalicen después de al 7.03.2015, de un contrato a tiempo indefinido, llamado “de tutela creciente”. Tutela que se concreta en la reformulación de la indemnización a la que el trabajador tendrá derecho en caso de despido improcedente, que se irá incrementando en función de la antigüedad en la organización productiva. Sobre estos institutos se concentran las esperanzas de un crecimiento significativo de las cuotas de contratación a tiempo indefinido siguiendo el flujo de los nuevos contratos; crecimiento que resulta estimulado por la previsión de importantes desgravaciones fiscales para los primeros tres años de trabajo⁵.

La remodelación de los modelos contractuales, basada sustancialmente en la contracción de la tutela real en caso de despido ilegítimo, ha venido acompañada por la revisión de las medidas de protección por desempleo, durante la vigencia del contrato de trabajo como, sobre todo, en caso de pérdida del trabajo. La esperanza radica, bajo este punto de vista, en encontrar un equilibrio entre las reducidas tutelas “internas” en el contrato de trabajo y el aumento de las tutelas preparadas en el mercado del trabajo, para atender al desempleado en los periodos en los cuales no trabaja, ayudándolo en la consecución de una nueva ocupación.

La emergencia del desempleo se plantea, desde el principio, por la posición prioritaria que ocupa, dentro del diseño reformador de finales de 2014, la reorganización de la protección por desempleo: la primera delegación contenida en la Ley n. 183 concierne, de

² En adelante, CI.

³ En este sentido, véase – con referencia a las disposiciones contenidas en la L. n. 92/2012 – BOZZAO P., *La tutela previdenziale nel c.d. lavoro flessibile*, en SANTORO PASSARELLI G. (a cargo de), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Utet Giuridica, 2014, 2298 ss.; con referencia a la normativa del 2015, v. EAD., *I nuovi trattamenti di disoccupazione: a piccoli passi verso l'Europa*, en FIORILLO L. - PERULLI A., (a cargo de), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Torino, Giappichelli, 2015, spec. 202; vuelve sobre el tema ORLANDINI G., *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, 67.

⁴ Art. 1, co. 7, lett. b) y, en términos análogos, art. 1, co. 1, lett. a), Ley n. 92/2012.

⁵ Art. 1, co. 118-124, L. 23.12.2014, n. 190 (Ley de estabilidad 2015); sobre las modalidades del incentivo, v. la Circ. INPS 29.01.2015, n. 17.

hecho, justamente a la revisión de estos institutos. Se trata de una exigencia de indudable relieve, si se consideran los datos cada vez más alarmantes sobre los *trends* profesionales del último período⁶, que subrayan el crecimiento de la tasa de desempleo, con una dinámica más rápida para la de los jóvenes y los desempleados por largo tiempo. Es importante no infravalorar el dato generacional, si se considera que los jóvenes⁷ constituyen el *target* de referencia privilegiado por los contratos de trabajo flexibles, con una absoluta mayoría femenina en ocupaciones con contratos de trabajo a tiempo parcial, sobre todo de tipo involuntario⁸.

La Ley n. 183 concierne la revisión del sistema de los denominados “amortiguadores sociales”. Esta denominación acoge, ahora⁹, las diferentes medidas de protección en los casos tanto de suspensión del contrato de trabajo por causas económicas (“Cassa Integrazione Guadagni” ordinaria y extraordinaria y, más recientemente, los “Fondos de Solidaridad”), como de extinción del contrato de trabajo (medidas que constituyen el objeto de estudio del presente artículo).

En relación a las tutelas del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo (“Cigo”, “Cigs”, “Fondi di solidarietà”), hay que tener en cuenta que las llamadas “subvenciones salariales” ordinarias y extraordinarias se utilizan para hacer frente a situaciones de categorías específicas de trabajadores, identificados según el sector productivo de pertenencia de la empresa y su esfera dimensional¹⁰. Este sistema de protección resultó en el tiempo extremadamente complejo e injusto: por eso la ley n. 92/2012 ha decretado el establecimiento –por iniciativa de las organizaciones profesionales– de los Fondos de Solidaridad, destinados a garantizar una protección durante la vigencia del contrato de trabajo a todos los trabajadores de las empresas que cuentan con más de 15 ocupados, excluidos de la disciplina de la “Cassa Integrazione Guadagni”.

El diseño reformador del 2014 se completa precisamente con la revisión de las medidas de subsidio antes citadas; una antigua legislación tan fragmentada, que hoy ha sido

⁶ Véase los datos ISTAT relativos al año 2014, publicados el 2.3.2015. Datos más recientes muestran, de hecho, una reducción de la tasa de desempleo en el año 2015: v. los informes mensuales ISTAT, 2015.

⁷ Informe ministerial de monitoreo sobre la ley n. 92/2012, publicado en enero 2014.

⁸ Los trabajadores *part time* están en aumento desde el 2010, pero casi exclusivamente por causas involuntarias, y hoy en día representan el 64,4% de los trabajadores a tiempo parcial y el 11,9% del total de los empleados: Encuesta Istat 15.09.2015, *El mercado del trabajo*, II semestre 2015.

⁹ Vuelven, en la ley delegada, a ser mencionados los amortiguadores sociales en su significado más amplio: con respecto a las diferencias contenidas en la ley n. 92/2012, en ellos convergen de nuevo las medidas de tutela de la relación de trabajo, incluso aquellas reconocidas en el caso de paro involuntario. Se trata, por lo tanto, de todas las medidas necesarias para la gestión de las excedencias de personal, también a aquellas de carácter temporáneo, es decir, estructural.

¹⁰ La “Cassa integrazione guadagni” fue originariamente restringida a las empresas del sector industrial (y a las que están mencionadas en el artículo 12, l. n. 223/1991), que cuentan con más de 15 empleados. Como resultado de una “inundación continua de intervenciones” (en este sentido véase, a los pocos años de distancia, LISO, F., *La galassia normativa dopo la legge 223/1991*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, 2) se realiza en el tiempo, y de una manera desorganizada, la extensión de los beneficiarios de las medidas, tanto como su duración: para la reconstrucción de esta disciplina compleja, v. DI STASI A., *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Torino, Giappichelli, 2013.

resumida y racionalizada en un único texto normativo (D.Lgs 14.09.2015, n. 148)¹¹; y también con la reforma de las medidas e instrumentos en materia de servicios de empleo y de políticas activas.

Estas últimas dos intervenciones, puestas en vigor con el D. Lgs. 14.09.2015, n. 150, entran en el perfil de la *governance*, como respuesta a la inadecuación demostrada por los centros de empleo en la gestión de las políticas activas y en la verificación de condiciones de acceso a las políticas pasivas. Con respecto a los agentes competentes, la novedad más importante se encuentra en la re-centralización de las funciones en el ámbito de los servicios para el empleo y las políticas activas, a través de la constitución de una Agencia Nacional para las Políticas del Trabajo (ANPAL), supervisada por el Ministerio del Trabajo y de las Políticas Sociales, con la participación de las partes sociales en la definición de las líneas generales de acción de la misma Agencia¹².

Con vistas a superar las criticidades preexistentes, y con el objetivo de mejorar la eficacia del sistema de las políticas activas, el Jobs Act preve la valorización de las sinergias entre servicios públicos y privados, subrayando la exigencia de establecer “criterios para la acreditación y la autorización de sujetos que operan en el mercado del trabajo y los niveles esenciales de las prestaciones en los servicios públicos para el empleo”¹³. En pleno funcionamiento el ANPAL deberá crear un registro nacional de los sujetos acreditados, responsables de ejercer funciones y tareas en el ámbito de las políticas activas del trabajo (así como para los organismos de formación). La implicación de los privados sigue, sin embargo, moviéndose siempre según el esquema tradicional, sin destacar novedades particulares¹⁴; para un real cambio de dirección será necesario esperar y evaluar las atribuciones concedidas a los sujetos privados – en el decreto sobre la acreditación primero, y a nivel regional después – en el ámbito de los servicios y las medidas de activación de los trabajadores sin empleo.

¹¹ La simplificación actuada en 2015 no fue solo formal, sino también substancial, porque tiene el objetivo de reducir y racionalizar el recurso a las integraciones salariales a través de una mayor inclusividad de la Cassa Integrazione Guadagni, tanto como de los Fondos de solidaridad (estos últimos extendidos a las empresas con más de 5 empleados, ya no 15 como anteriormente); la previsión de normativas que puedan favorecer el recurso a la reducción del horario de trabajo más que la suspensión laboral integral; la simplificación de los procedimientos de autorización y acceso a la integración ordinaria y extraordinaria. Para el análisis de las principales novedades introducidas por el d.lgs n. 148/2015 véase BOZZAO P. *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, en *Diritti Lavori Mercati*, 111/2015, spec. 529 ss.

¹² Esta última se encarga de llevar a cabo tareas de programación, gestión y reglamentación en un contexto donde el Ministerio del Trabajo ocupa una posición central; en la periferia, las regiones y las provincias autónomas (a través de los Centros de empleo); así como, paralelamente, el INPS (Istituto Nazionale di Previdenza Sociale), para el ámbito de las políticas pasivas. En el plan operativo estos sujetos tienen que interactuar entre ellos, manteniendo siempre más planes de acción conjunta. Para un análisis puntual del nuevo sistema organizativo de la materia, también en relación con las innovaciones contenidas en la reciente ley de reforma constitucional (aprobada por las dos Cámaras, pero a la espera de ser sometida a referéndum constitucional), v. VARESI P., *I servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro*, en *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, 2015, disponible on line www.treccani.it.

¹³ Art. 1, co. 4, lett. n), l. n. 183/2014.

¹⁴ Para un análisis de las posibles modalidades de cooperación público/privado véase FALASCA G., *I servizi privati per l'impiego*, Milano, Giuffrè, 2006.

En este ensayo las novedades que interesan más son, sin duda, las medidas por último mencionadas, centradas en la promoción del enlace entre el disfrute de las prestaciones de ayuda a la renta y los comportamientos activos que el beneficiario debe respetar para su reinserción en el mercado del trabajo (c.d. condicionalidad): con la consiguiente extinción del derecho a la prestación en caso de incumplimiento de esta carga de disponibilidad¹⁵. El acceso y el mantenimiento de todos los tratamientos de paro, así como de las medidas de subsidio a la renta en constancia de la relación de trabajo, están hoy en día subordinados a la observación de los mecanismos de condicionalidad cada vez más rígidos con respecto al pasado, y a la previsión de un sistema sancionatorio muy articulado y modulado en base a la gravedad del comportamiento de omisión tenido por el beneficiario de la prestación (art. 21 y 22)¹⁶.

Entre los instrumentos de política activa determinados por el Jobs Act, se subraya la valorización de la recolocación incentivada, la cual se basa en el cheque de recolocación; medida cuya aplicación ha sido reducida por la nueva disciplina introducida en el art. 23 del D. Lgs n. 150/2015. Esta medida fue pensada en principio para todos los sujetos en situación de desempleo (art. 17, D. Lgs. n. 22/2015); la preocupación por un elevado número de beneficiarios, que habría resultado difícil de administrar por los recursos organizativos, públicos y privados existentes, ha conducido al legislador a circunscribir el reconocimiento del cheque (ya contrato¹⁷) de recolocación exclusivamente a los que tienen derecho a la prestación contributiva por desempleo de duración superior a 4 meses, siempre y cuando cumplan con el compromiso de actividad (búsqueda activa de empleo). Los deberes y las funciones de los servicios de empleo resultan, en general, bastante enriquecidos; de aquí la necesidad de una seria consolidación del sistema administrativo que se ocupe de ellos, así como de una sinergia entre estructuras públicas y privadas que pueda asegurar un eficiente encuentro entre demanda y oferta de trabajo¹⁸.

¹⁵ Para un análisis puntual de los perfiles problemáticos relacionados con el principio de condicionalidad, v. CORAZZA L., *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, 489 ss.

¹⁶ La previsión de un sistema más rígido de condicionalidad está en consonancia con el enfoque del fortalecimiento de las líneas sancionadoras, aplicadas en todos los países de Europa a partir de los años '80 y '90: FREDLAND M., COUNTOURIS N., *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, p. 557 ss. En el ordenamiento jurídico italiano esta directriz no es seguramente nueva. Este proceso, empezado en Italia con la ley n. 223/1991, ha recibido un importante consolidación a partir del 2000 y, más recientemente, un nuevo refuerzo en la l. n. 92/2012 (c.d. reforma Fornero): una estratificación normativa que ha producido un sistema de reglas complejo, no exento de elementos de ambigüedad: Véase LISO F., *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, en AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, p. 607 ss. Para un análisis más extenso del sistema de condicionalidad y de la pérdida de las prestaciones de desempleo, vigente antes de la entrada en vigor del Jobs Act, véase PASCUCCI P., *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, en *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2012, spec. 479 ss.; y PACI N., *La condizionalità*, en CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cargo de), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 583 ss

¹⁷ Como tal, en el art. 17, D. Lgs. n. 22/2015 (hoy abrogado). La discrepancia semántica está bien subrayada por ESPOSITO M., *Servizi e politiche per il lavoro nel "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, pendiente de publicación en los Escritos en honor de R. De Luca Tamajo.

¹⁸ Para un análisis del instrumento v. CARUSO B., CUTTONE M., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, en *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 283/2015.

Centrándome brevemente en las líneas esenciales del nuevo instituto, se puede decir que el cheque de recolocación constituye un medio para permitir al desempleado beneficiario de la Naspi la adquisición de un servicio por parte de un operador (público o privado) en el que pueda gastar su *voucher* recibido por el centro de empleo. El recurso al cheque tiene, en primer lugar, carácter voluntario: el cheque es dirigido a los sujetos que presenten la solicitud al Centro de empleo con lo cual han estipulado el pacto de servicio personalizado; en este caso, el desempleado acepta cumplir con los deberes relacionados, y la consiguiente condicionalidad (art. 23, co. 5). El cheque es entregado por el centro de empleo, y su importe depende del éxito del procedimiento telemático para la construcción de su “perfil de empleabilidad”¹⁹: de manera que mientras más alta sea la dificultad ocupacional del desempleado, mayor será el valor de la medida. Dentro de los dos meses desde la entrega del cheque, el beneficiario podrá solicitar – al mismo Centro de empleo o a un operador privado acreditado a su elección – el servicio de asistencia intensiva a la recolocación²⁰. Después de esta elección el desempleado asume la obligación de aceptar la oferta de trabajo considerada adecuada con respecto a sus capacidades y aspiraciones y, al mismo tiempo, con respecto a las condiciones objetivas del mercado del trabajo local y a la duración del tiempo de desempleo.

2. HACIA UN MODELO UNITARIO DE TUTELA: LA NASPI

En este contexto general hay que leer las disposiciones contenidas en el D. Lgs. n. 22/2015, para la aplicación de la delegación incluida en el art. 1, co. 2, lett. b), L. n. 182/2014, que organiza de nuevo las medidas de subsidio a la renta en caso de desempleo involuntario²¹. De estas medidas, la Ley n. 183/2014 prevé la remodelación «con homogeneización de la disciplina relativa a los tratamientos ordinarios y breves, en relación a la duración de las prestaciones, que se vincularán a la historia contributiva del trabajador» (art. 1., co. 2, lett. b) n. 1).

El objetivo es, por lo tanto, llevar a cabo el proceso de racionalización de las tutelas, comenzado con la Ley n. 92/2012 que ha introducido para los nuevos supuestos de desempleo posteriores al 1º enero 2013 una única medida: el Aspi, en las que han estado confluyendo gradualmente las prestaciones anteriormente vigentes²². Junto a la nueva indemnización se ha creado la mini-Aspi –como la anteriormente vigente indemnización de desempleo con requisitos reducidos – un tratamiento dirigido específicamente a los

¹⁹ V. el art. 19 del d. lgs. n. 150/2015.

²⁰ El servicio tiene una duración máxima de seis meses (prorrogable por otros seis si no se ha logrado un resultado completo).

²¹ Sobre los contenidos del d. lgs. n. 22/2015 véase extensamente BOZZAO P., *I nuovi trattamenti di disoccupazione*, cit., 201-2018; NATALINI F., *La riforma dell'Aspi nell'ambito del Jobs Act: nasce la Naspi. Come cambia il sussidio di disoccupazione. Le ulteriori novità: la Diss-Coll e l'Asdi*, en FIORILLO L. – PERULLI A. (a cargo de), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, cit., 219 ss; GAROFALO D., *Il D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 22: un primo commento*, en *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2/2015, 385 ss.

²² Es decir, la prestación por desempleo no agrícola a requisitos normales, la indemnización de movilidad y la prestación por desempleo para la industria de la construcción. Para el análisis de esta medida véase LISO F., *Il “nuovo” trattamento di disoccupazione*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 1/2013, 1 ss.; y BOZZAO P., *L'assicurazione sociale per l'impiego (Aspi)*, en CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cargo de), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., 2013, 427ss.

trabajadores que, por causa de historias laborales breves y discontinuas, no conseguían alcanzar las rígidas condiciones de acceso a la Aspi²³.

La misma ley del 2012 ha confirmado y estabilizado, por fin, aunque siempre dentro de determinadas limitaciones de recursos, el particular régimen de tutela para los trabajadores autónomos “económicamente dependientes”²⁴, algo previsto anteriormente por la Ley n. 2/2009, posteriormente modificada. Se trata, por tanto, de medidas adoptadas recientemente y de ajustes en curso²⁵, en los que se prevé desde ahora una sustancial fusión; operación aceptable, en razón de las comunes estructura y función que caracterizan Aspi y mini-Aspi²⁶.

El nuevo decreto abre, por tanto, una segunda fase de reestructuración normativa de las prestaciones por desempleo que perfila un sistema de protección todavía relacionado firmemente con el *welfare* ocupacional, dirigido solo a los trabajadores que pierden una ocupación anterior; y deja fuera a los desocupados y los desempleados por un largo periodo, excluidos por el mercado del trabajo de forma involuntaria. Las tutelas se articulan hoy en tres líneas directrices: la homogeneización de las medidas vigentes en una única prestación (la Naspi, acrónimo de Nuova assicurazione sociale per l’impiego), centrada en el fortalecimiento del criterio asegurador; su universalización, incluyendo el área del trabajo autónomo económicamente dependiente; la introducción de un subsidio de desempleo, de forma no contributiva, dirigido a desempleados que ya se hayan beneficiado de la Naspi, y cuando acrediten que se encuentran en situación de necesidad económica. Esta última medida parece, sin duda, la que conlleva una mayor repercusión innovadora, gracias a la intruducción, por primera vez, de un subsidio con función asistencial, aunque de carácter no universal; gracias a esta medida el sistema de protección italiano se acerca a Europa, de acuerdo con las modalidades de protección difundidas desde hace tiempo en muchos de los sistemas de Seguridad Social vigentes en los países europeos.

3. EL NUEVO ORDEN PROTECTOR DE LA NASPI, ENTRE COMPENSACIÓN Y LIMITACIONES PRESUPUESTARIAS

La instrumentación utilizada para el *restyling* de la materia se basa en una nueva medida de apoyo a la renta, con poca fantasía llamada Nueva Aspi (Naspi), que sustituye la Aspi y la miniAspi para los casos de desempleo posteriores al 1º de mayo de 2015. Esta sustitución no supone la supresión de la normativa contenida en la Ley n. 92/2012; la Naspi se configura en el marco de la Aspi (art. 1, D. Lgs. n. 22/2015), y su disciplina queda en

²³ Es decir, dos años de antigüedad del seguro y, por lo menos, un año de contribución en el último bienio. La miniAspi está reconocida para un reducido periodo de trabajo (solo se necesitan 13 semanas de contribución en los últimos 12 meses), sin la necesidad de cumplir el (anteriormente vigente) requisito de dos años de antigüedad del seguro: novedad, esta última, que tiene el objetivo de permitir la ampliación del colectivo a la que está dirigida, sobre todo a los jóvenes que pierden el primer trabajo. Para el análisis de las dos medidas, v. BOZZAO P., voz *Aspi*, en *Treccani on line*, 2014.

²⁴ Inscritos en la pertinente Gestión del INPS (llamada Gestión separada).

²⁵ Se recuerda, de hecho, que el Aspi estaba en vías de implementación, con el objetivo de adquirir alcance general solo después del 1º enero 2017.

²⁶ El pago de la miniAspi, de hecho, no se producía a posteriori (es decir, en el año siguiente con respecto a aquello en el que se había realizado la actividad laboral: de esta manera funcionaba la prestación de desempleo con requisitos reducidos), sino durante el período de desempleo.

vigor «en cuanto resulte compatible» (art. 14); de esto procede una incertidumbre del contexto normativo de referencia, porque queda encomendada al intérprete la tarea de enlazar las dos disciplinas e identificar, caso por caso, las normas aplicables²⁷.

Analizando ahora las líneas innovadoras de la Naspi y su repercusión sobre la protección de los futuros desempleados, la nueva prestación confirma, aunque con algunas modificaciones, las líneas esenciales de las medidas anteriormente vigentes, con un fortalecimiento de la naturaleza contributiva y de seguro del instituto²⁸.

Un primer elemento de continuidad – aunque parcial, por lo que veremos dentro de poco – reside en el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva medida, que queda invariado con respecto a aquello de la Aspi y de la miniAspi (art. 2, D. Lgs. n. 22/2015). Si la tipología de los trabajadores incluidos queda igual, el colectivo de potenciales beneficiarios de la nueva prestación resulta más amplio, gracias a la significativa disminución del periodo de carencia previa de cotización, necesario para el reconocimiento del derecho a la Naspi. El decreto legislativo requiere – junto a la constatación de la situación legal de desempleo definida por los art. 19. ss., D. Lgs. n. 150/2015 – el cumplimiento de un mínimo de 13 semanas de contribución en los últimos cuatro años, y treinta días de trabajo efectivo en el año anterior al desempleo²⁹; desaparece, además, el requisito bienal de la antigüedad del seguro³⁰. Se trata, por lo tanto, de requisitos menos restrictivos con respecto a la normativa anteriormente vigente, que permitirán su aplicación incluso a los trabajadores por cuenta ajena, empleados en actividades extremadamente precarias y discontinuas.

En relación a las modalidades de cálculo, se aplican a la Naspi los mismos criterios válidos para la Aspi y miniAspi³¹, salvo que se ha ampliado el período de carencia de dos a cuatro años, y del incremento del límite máximo del importe a 1300 € mensuales (con respecto a los 1.167,91€ mensuales, en vigor en 2015). Bajo este primer aspecto el importe está, por lo tanto, vinculado a las semanas de contribución satisfechas durante el período de cuatro años anteriores a la extinción del contrato, según un criterio que apunta a fortalecer la natura contributiva del instituto. La previsión de un importe máximo más alto aumenta evidentemente el *quantum* de la prestación percibida en los primeros meses de desempleo; sin embargo esta ventaja inicial resulta inmediatamente reducida por la rápida operatividad del mecanismo del *decalage* de la prestación en el tiempo, de manera que – para incentivar la

²⁷ Para algunas primeras indicaciones, v. le Circ. INPS 12.05.2015, n. 94, e 29.7.2015, n. 142.

²⁸ RENGÀ S., Post fata resurgo: *la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, en *Lavoro e diritto*, 1/2015, 77 ss.

²⁹ En relación a los trabajadores domésticos, para la constitución de este último requisito la circ. INPS n. 142/2015 requiere la presencia de un mínimo de 120 horas, con una actividad laboral de 5 semanas, un mínimo de horas laborales por cada semana de 24 horas: con una evidente penalización de estos trabajadores, si están ocupados a tiempo parcial (con horario semanal inferior a este límite).

³⁰ En vigor, en la anterior disciplina, solo para el acceso al Aspi.

³¹ El porcentaje de cálculo de la prestación es igual al 75% de la retribución, en el límite de un mínimo de renta cuantificado anualmente, que asciende, para el 2015, a 1.195 € mensuales; para los importes retributivos más elevados, está previsto un aumento del 25% del diferencial entre el importe de la retribución mensual y el importe anteriormente mencionado.

búsqueda de una nueva ocupación – se prevé que la prestación sufra, a partir del cuarto mes, un recorte mensual del 3% (art. 4, co. 3)³².

La combinación de las dos previsiones podría implicar un efecto de mútua neutralización; sin embargo es indudable que de la aplicación reiterada de la segunda surgirá una considerable penalización de la prestación beneficiosa para los desempleados a largo plazo, para los cuales, alcanzado el tiempo máximo de disfrute, el importe de la prestación quedará reducido a la mitad con respecto a la suma inicial³³. La reiterada reducción de la prestación es fruto, probablemente, del necesario equilibrio de la prórroga de la duración del pago de la Naspi, en relación a la antigüedad contributiva del trabajador, con «incremento de la duración máxima para los trabajadores con historias contributivas más destacadas» (art. 1, co. 2, lett. b), n. 2, Ley n. 183/2014).

La ley, adaptando la Naspi a las experiencias transalpinas más interesantes ³⁴, de hecho generaliza el mecanismo ya en vigor para la miniAspi: para todos los casos de desempleos posteriores al 1 de mayo 2015, la duración del beneficio de la Naspi será “anagráficamente neutra”³⁵ e igual a la mitad de las semanas de contribución de los últimos cuatro años, con un límite máximo entonces de 24 meses ³⁶. Esta duración en principio fue reducida a 18 meses (78 semanas) para los casos de desempleo posteriores al 1 de enero, 2017. Tal limitación, debido a la necesidad de contener las cargas que proceden del tránsito a la Aspi de los beneficiarios de la prestación de movilidad³⁷, fue superada por el legislador más reciente (art. 43., co. 3, D. Lgs. n. 148/2015) que ha extendido la duración de los 24 meses también para los casos de desempleo posteriores al 2017. Se ha reducido, de esta forma, el peligro de gravar sobre la Naspi las problemáticas relativas a la gestión de las crisis económicas y ocupacionales de los años siguientes, siempre más cargadas por causa de la reciente revisión, en sentido restrictivo, del recurso a la Cassa Integrazione Guadagni.

Para contener el gasto ha sido introducido un máximo retributivo a la cotización reconocida durante el beneficio de la Naspi (contribuzione figurativa), igual a 1,4 veces la

³² Para el Aspi se preveía, en cambio (hasta la superación), un recorte gradual, del 15% después del sexto mes y (solo para trabajadores de más de 50 años) otro 15% después del duodécimo mes.

³³ Será frecuente que el desempleado se beneficie con importes muy modestos, al límite de la “adecuación” establecida por el art. 38, co. 2, Cost.

³⁴ V. LAGALA C. - D'ONGHIA M. (a cargo de), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Roma, Ediesse, 2010, p. 34 ss. El modelo es sin duda el alemán: v. FUCHS M., *Le politiche attive del lavoro nella Repubblica Federale Tedesca*, *ivi*, spec. 172 ss.

³⁵ La nueva previsión establece, de hecho, la superación de la duración diferenciada del beneficio de la prestación según la edad legal del beneficiario (art. 2, co. 11 y 45, L. n. 92/2012); previsión, esta última, que tiene el objetivo de favorecer al desempleado más anciano (con más de 50 años), en razón a las mayores dificultades ocupacionales que encuentra en el mercado del trabajo. La rígida aplicación del principio de compensación no produce correctivo alguno en favor de los sujetos difíciles de reinsertar; habría sido más oportuno mantener criterios que valorasen el perfil personal de empleabilidad del desempleado.

³⁶ Con respecto a la condición de acceso a la Aspi, la ampliación del período de beneficio de la Naspi descuenta un límite, que se aprecia en la necesidad de satisfacer una duplicada antigüedad contributiva, para poder acceder al mismo período de beneficio de la prestación: se introduce una relación de 2 a 1, mientras que para el beneficio del Aspi la relación era igualitaria, reconociendo la prestación para un período igual a lo trabajado, con límites de 12/18 meses. Para calcular la duración de la erogación de la Naspi, no se cuentan los períodos contributivos que ya han dado lugar a la erogación de las prestaciones de desempleo (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 22/2015).

³⁷ Para el análisis de este instituto véase BOZZAO P., voz *Indemnità di mobilità*, en *Treccani on line*, 2015.

cuantía máxima mensual de la prestación para el año en curso (1820 € para el 2015). Esta previsión, cuyo efecto resulta atenuado solo para los trabajadores que aplican el sistema mixto de cálculo (art. 10, co. 2), afecta de forma negativa a los trabajadores más jóvenes que entran plenamente en el sistema contributivo³⁸; dicho límite empobrece y ralentiza la construcción del monto contributivo individual que determinará la pensión, de manera que obstaculiza el cumplimiento de la condición económica necesaria para su obtención³⁹.

El decreto n. 22/2015 confirma, por último, la finalidad ocupacional de la prestación, y reconoce a los beneficiarios de la Naspi – solo en presencia de particulares condiciones – la posibilidad de tener una nueva ocupación, incentivando, asimismo, el inicio de una actividad autónoma profesional o empresarial, así como la asociación en cooperativas. La nueva disciplina retoma, en buena medida, lo establecido en materia por la L. n. 92/2012, pero supera el principio – allí contenido – de incompatibilidad entre retribución por trabajo subordinado y beneficio de la prestación de desempleo. El nuevo régimen de compatibilidad y acumulación de la Naspi con ingresos procedentes del trabajo subordinado resulta modulado en base al importe de la renta anual procedente de dicha actividad: si este es superior a la renta mínima libre de fiscalidad (8.000 €) se pierde la prestación, a no ser que la duración de la relación de trabajo no exceda los seis meses: en este caso, la Naspi está suspendida de oficio para toda la duración de la misma relación. Si por el contrario, la renta percibida es inferior a este límite, se mantiene la prestación de desempleo, según un régimen de acumulación parcial análogo a lo establecido para los casos de actividad laboral autónoma económicamente inferior a un determinado límite⁴⁰.

La nueva disciplina, por lo tanto, se resuelve, en términos generales, permitiendo la compatibilización de prestaciones y trabajo de modo muy restrictivo: como hemos analizado anteriormente⁴¹, existe el peligro en realidad de incentivar el fenómeno del trabajo sumergido, ya bastante extendido en las ocupaciones que requieren menor cualificación. De hecho, los beneficios hasta aquí mencionados resultan más aparentes que reales: esto, por causa del elevado recorte que afecta el importe de la Naspi y, al mismo tiempo, de la penalización resultante en términos de impago de la contribución IVS (invalidez, vejez y sobrevivientes) que, de todas formas, es pagadera (artt. 9, co. 4 y 10, c. 2). Por consiguiente, en el caso del inicio de una actividad de trabajo autónomo o de empresa individual (así como de asociación en cooperativa), resultará más atractivo el recurso de la liquidación anticipada de la prestación pendiente de pago, en una cantidad a tanto alzado (art. 8).

³⁸ Método introducido por la ley 8.8.1995, n. 335, e íntegramente aplicable a los trabajadores contratados después del 1º enero 1996.

³⁹ Para los trabajadores contratados después del 1º enero 1996, el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación está condicionado por la existencia de un requisito económico: la primera cantidad de pensión tiene que ser mayor que 1,5 veces el subsidio social (448 € mensual, para el 2016): v., por último, el art. 24, co. 7, D.L. 6.12.2011, n. 201, convertido en L. 22.12.2011, n. 214.

⁴⁰ Este límite estaba calculado en relación a la renta útil para la conservación del estado de desempleo, en el art. 4, co. 1, lett. a), D.Lgs. 21.04.2000, n. 181. Después de la abrogación de esta normativa (art. 34, co. 1, lett. g, D.Lgs. n. 150/2015), la renta de referencia es, hoy, aquella correspondiente a una cuota bruta igual o inferior a las deducciones, según corresponden por el art 13, d.P.R. 22.12.1986, n. 917: art. 10, co. 1, D.Lgs. n. 22/2015, come mod. del art. 34, co. 3, let. a), D.Lgs. n. 150/2015.

⁴¹ BOZZAO P., *L'assicurazione sociale per l'impiego (Aspi)*, cit., 440.

Se confirma por lo tanto, la posibilidad de optar por la capitalización de la prestación de seguridad social en vez del pago tradicional en forma periódica⁴²; se trata, en este caso, de una normativa promocional, que busca reconducir la presión sobre el mercado del trabajo subordinado, a través de la creación de condiciones específicas para que los nuevos sujetos puedan tener iniciativas de naturaleza empresarial o profesional. De este modo, la cuantía percibida pierde su connotación de típica prestación de seguridad social, y se configura como una contribución económica destinada a suplir los gastos iniciales de una actividad que el trabajador quiere desarrollar por cuenta propia⁴³. Este es el recurso incentivado en mayor medida por el legislador, y que ya ha encontrado de hecho una buena respuesta⁴⁴; tanto es así, que la posibilidad de recurrir a la anticipación de la prestación de la seguridad social, ya prevista para el Aspi, pierde ahora su carácter experimental, y deviene medida estructural que ya no depende de un *plafond* máximo de gasto.

4. UNIVERSALIDAD DE LAS TUTELAS: UN OBJETIVO (UNA VEZ MÁS) FALLIDO. LA DIS-COLL

Entre los principios establecidos por la Ley n. 183/2014 había reaparecido la universalización del ámbito de aplicación del Aspi, expresamente referida a la «extensión a los trabajadores con contrato de colaboración coordinada y continua, hasta la superación a través de la abrogación de los actuales instrumentos de apoyo a la renta, la posible modificación de las modalidades del abono de las contribuciones y la automaticidad de las prestaciones (establecida por el art. 2116 Código civil italiano), con la previsión, antes de la puesta en marcha, de un periodo, por lo menos bienal, de experimentación con recursos definidos» (art. 1, co. 2, lett. b), n. 3).

En las intenciones del legislador delegante el énfasis sobre la universalización tenía el específico objetivo de equiparar las tutelas para todos los trabajadores económicamente dependientes, y de extender la protección también a los autónomos en sentido más amplio para que se incluyeran los trabajadores autónomos “a progetto”⁴⁵, ya destinatarios de una específica *una tantum*⁴⁶. Para esta última tipología de trabajadores, tras un monitoreo, ya había surgido la necesidad de intensificar las tutelas a través de la extensión de la miniAspi, entrada en vigor con la L. 92/2012. El objetivo queda, una vez más⁴⁷, incumplido; por una importante desviación de los principios de la ley delegada y de su aplicación; para estos

⁴² Adoptado por la normativa en vigor para la indemnización de movilidad (art. 7, co. 5, legge n. 223/1991), esta posibilidad está ya reconocida en vía experimental para el Aspi: art. 2, co. 19, legge n. 92/2012; v. también el decreto ministerial 29 marzo 2013, n. 73380.

⁴³ Sobre el tema, similar, del adelanto de la indemnización de movilidad, cfr. *ex plurimis*, Cass. 2 ottobre 2014, n. 20826; Cass. 25 mayo 2010, n. 12746; Cass. 18 septiembre 2007, n. 19338; Cass. 21 julio 2004, n. 13562; Cass. 28 enero 2004, n. 1587; Cass. 10 septiembre 2003, n. 13272; Cass. 20 junio 2002, n. 9007.

⁴⁴ En 2014, el INPS tuvo que rechazar las numerosas solicitudes de adelanto, por el agotamiento de los recursos establecidos para el año: v. il Mess. INPS 30.01. 2015, n. 736.

⁴⁵ Estas son las “collaborazioni coordinate e continuative a progetto (co.co.pro)”, reguladas por el d.lgs. n. 276/2003 (art. 61 ss.) y, por una regulación desordenada y difícil de aplicar, derogadas por el d.lgs. n. 81/2015.

⁴⁶ Art. 2, co. 51 ss., L. n. 92/2012.

⁴⁷ V. el art. 1, co. 1, lett. d), L. n. 92/2012.

trabajadores el decreto n. 22/2015 introduce, de hecho, una indemnización distinta de la Nاسpi – por requisitos, duración y financiación– llamada *Dis-coll*⁴⁸.

Fijando la atención sobre las principales líneas de la nueva medida, se nota que presenta, sin duda, un área de aplicación subjetiva más amplia con respecto a la anteriormente vigente, al ser erogada de forma mensual a todos los colaboradores⁴⁹ inscritos en vía exclusiva a la Gestión separada del INPS⁵⁰, que hayan perdido de forma involuntaria su propia ocupación. Más benévolas son las condiciones requeridas para beneficiarse de esta tutela; diferente es la modalidad de determinación del importe, calculado anteriormente según el porcentaje (7%) del límite inferior anual imponible para los artesanos y comerciantes, multiplicado por el número inferior entre las mensualidades pagadas y aquellas no cubiertas en el año anterior; y ahora, en comparación con la retribución imponible para la seguridad social del año en el que se verifica la expiración del contrato y del año natural anterior, con aplicación de las mismas modalidades de cálculo previstas para la Nاسpi; la prestación se abona de forma mensual⁵¹, por un período no superior a los seis meses.

El límite de la Dis-Coll reside en su carácter experimental, por ser reconocida en relación a los nuevos casos de desempleo involuntario que se produzcan durante 2015, e interrumpe a la vez, hasta el 31 de diciembre, la efectividad de las disposiciones que regulaban la prestación *una tantum* capitalizada para los colaboradores “a progetto”⁵². La medida, por último, fue financiada de nuevo para los supuestos acontecidos en el 2016⁵³. Se trata de una ampliación oportuna, sobre todo después de la superación de la tipología contractual mencionada⁵⁴ y de la previsible atracción de estos trabajadores – allí donde no existan los requisitos para el reconocimiento del trabajo subordinado – en la reducida área de las colaboraciones coordinadas y continuas.

5. DE LA COMPENSACIÓN A LA SOLIDARIDAD: LA ASDI

El eje de la reforma está constituido por la introducción de un cheque universal para quien pierde el trabajo, el Asdi (cheque de desempleo). Como se ha dicho, a través de esta medida nuestro país cumple un primer paso hacia la adaptación de las soluciones jurídicas adoptadas en otros ordenamientos europeos, e introduce un segundo nivel de prestaciones de desempleo de carácter no (exclusivamente) contributivo. Por lo que se puede apreciar la Asdi puede tener una naturaleza mixta: por un lado, desempeña la función “asistencial”, al plantearse el objetivo de prestar un apoyo económico financiado por recursos públicos, previa verificación de la situación de necesidad del beneficiario y de su núcleo familiar; por otro lado, está dirigido al desempleado solo en presencia de restringidos requisitos subjetivos y objetivos.

⁴⁸ Para el análisis del instituto v. NATALINI F., *La riforma dell'Aspi nell'ambito del Jobs Act*, cit., spec. 239 ss. V. también la Circ. INPS 27.04.2015, n. 83.

⁴⁹ Están incluidos en el colectivo de los posibles beneficiarios los que hayan colaborado de manera coordinada y continua con las administraciones públicas.

⁵⁰ Están excluidos los administradores de la empresa, los jubilados y los titulares de registros para el Iva.

⁵¹ La indemnización se pagaba de una vez en el caso de importe inferior a los 1.000 euros; en pagos mensuales si el importe resultaba superior.

⁵² Art. 2, co. 51 ss., L. n. 92/2012.

⁵³ Aunque en un límite de *plafond* de recursos: art. 1, co. 310, L. n. 28.12.2015, n. 208 (ley de estabilidad 2016).

⁵⁴ Art. 52, co. 1, D.Lgs. 15.6.2015, n. 81.

La Asdi ha sido introducida de hecho, después de grandes precauciones del legislador delegante, determinadas por la necesidad de verificar con mucha atención la sostenibilidad económica del nuevo instituto. Estas cautelas plantean diversos interrogantes en torno a la prestación: su carácter experimental, limitado en principio a pocos meses del 2015 y, solo hace poco, extendido provisionalmente (art. 43, co. 5, D. Lgs. n. 148/2015); el límite de un determinado *plafond* de recursos, lo cual – privilegiando (una vez más) la lógica del refrán “El que más corre, mejor sitio coge” – hace que sea difícil la clasificación de esta posición como un real derecho subjetivo; el limitado ámbito subjetivo de aplicación puesto que la medida está dirigida solo a los beneficiarios de la Naspi (excluyendo, entonces, a los beneficiarios del Aspi, tanto como el completo ámbito de trabajo autónomo beneficiario de la Dis-Coll), y destinado prioritariamente a los desempleados que pertenecen a núcleos familiares con menores de edad y, por tanto, a los trabajadores en edad cercana a la jubilación; su limitada duración (seis meses); su valor reducido, calculado en base a la última prestación Naspi percibida y que no puede, de forma alguna, resultar superior al cheque social⁵⁵.

Como las otras prestaciones por desempleo, el Asdi está sujeto a un estricto régimen de condicionalidad, y su concesión está vinculada a la adhesión del beneficiario a un itinerario personalizado de inserción en el mercado laboral, elaborado por los servicios públicos de empleo. Una connotación proactiva, esta, que caracteriza también la Carta de compra experimental, prestación asistencial que tuvo su inicio en 2013 como instrumento para contrarrestar la pobreza absoluta, y prototipo del “Subsidio para la inclusión activa” (SIA)⁵⁶; medida, esta última, por la cual el Asdi deberá ser coordinada con mucha atención⁵⁷.

6. LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Limitándonos a algunas consideraciones de carácter general, destacamos un primer límite del nuevo sistema normativo, como se ha dicho antes, en sus reducidos espacios de intervención, debido a la necesaria contención del gasto estatal, en un contexto de incertidumbre por lo que concierne a la recuperación del ciclo económico: condición necesaria para lograr resultados significativos en términos de creación de nuevos puestos de trabajo. Es evidente, de hecho, que cada evaluación en términos de eficacia protectora de las nuevas prestaciones de desempleo puede ser efectuada solo a posteriori, ya que se relaciona estrechamente, por un lado, con la configuración que tendrán en los años siguientes el mercado del trabajo, la articulación tipológica de las relaciones laborales (subordinados y no, como consecuencia de la racionalización por causa del D. Lgs. n. 81/2015), y la evolución de los *trend* ocupacionales; y por otro lado, a la eficiencia de la asignación de los nuevos servicios de empleo, real banco de prueba en el que se basa todo el sistema legislativo del 2015.

Con respecto a este dudoso contexto, la instrumentación del seguro social se ha adelantado y confirmado sus típicas funciones. Se ajusta a las exigencias del mercado, diferenciando las tutelas para contrarrestar el riesgo de la falta de empleo (definitiva o temporal); pero al mismo tiempo mantiene su valor como medida de política económica,

⁵⁵ Se preven incrementos en presencia de cargas familiares.

⁵⁶ Art. 60, D.L. 9.2.2012, n. 5, conv. da L. 4.4.2012, n. 35; e art. 1, co. 216, L. 27.12.2013, n. 147.

⁵⁷ La disciplina necesaria para el comienzo del Aspi está contenida en el decreto ministerial 9.10.2015 y en la nota directriz 29.12.2015, prot. n. 33/6704.

apoyando y orientando las decisiones de los empleadores cuando justifiquen, por causas empresariales, la reducción o suspensión de la actividad laboral. Todo eso a través de una predisposición a una reglamentación que –al seguir una línea de continuidad con las innovaciones introducidas en 2012– se confirma sin dudas más racional y coherente con respecto al pasado, pero que funciona necesariamente dentro de las ya citadas limitaciones financieras impuestas por la situación económica global del país.

Se trata de un proceso todavía en curso, como demuestran las recientes reorganizaciones de la Naspi y la Asdi⁵⁸; la extensión de la duración del beneficio de la primera medida mitiga el peligro de cargar sobre ella las problemáticas relacionadas con la gestión de las crisis económicas y ocupacionales de los próximos años, cada vez más pesadas a causa de la revisión, de manera restrictiva, del recurso a la Cassa Integrazione Guadagni. Sin embargo, el efecto del progresivo *decalage* de la prestación en el tiempo perjudica el importe respecto a los desempleados a largo plazo para quienes, al alcanzar el tiempo máximo de tal beneficio, la medida resultará reducida a la mitad con respecto a lo inicial⁵⁹. La penalización se refleja en la determinación del *quantum* de la Asdi; de manera que los importes últimos corren el peligro de ser, para los sujetos más débiles en el mercado, bastante irrisorios. Hay que añadir, además, la reducción de la cotización reconocida durante el período de la Naspi y su exclusión en caso de beneficio de la Dis-Coll: lo que se traduce, de hecho, en la penalización de los tratamientos de pensiones futuras, sobre todo para las generaciones más jóvenes.

Si nos fijamos en el ámbito de aplicación subjetivo de los instrumentos de apoyo a la renta, la universalización sigue todavía muy lejana. Todos los trabajadores contratados a tiempo parcial de tipo vertical⁶⁰ (fijos discontinuos) quedan fuera del nuevo sistema de tutelas contra el desempleo involuntario⁶¹; y es una tipología contractual en aumento, especialmente por su aspecto involuntario⁶². La prórroga de la Dis-Coll, introducida por último (solo para el 2016) para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, carece de medidas de apoyo para el ámbito del trabajo autónomo “puro”, confluencia en la que el legislador intenta canalizar las oportunidades ocupacionales de los desempleados y decongestionar así el área del trabajo subordinado⁶³. Incluso, de ese primer ámbito, llegan peticiones para la implementación de medidas de apoyo a la renta, en caso de desempleo. Sintomática es la recién – y una vez más temporal– revitalización en el ámbito comercial, de la prestación reconocida a los inscritos en la “Gestión especial de comerciantes” (inserta en el INPS) en caso de cese de la actividad, para acompañar hasta la jubilación a aquellos que se

⁵⁸ Medida para la cual se dispone, para el 2016, de un ulterior destino de recursos: v. art 1, co. 387, lett b), n. 208/2015

⁵⁹ No será tan infrecuente que el desempleado se beneficie de importes muy modestos, al límite de la suficiencia establecida por el art. 38, co. 2, cost.

⁶⁰ Se entiende por “relación laboral a tiempo parcial de tipo vertical” aquella en la que se acuerde que el trabajo se realiza a tiempo completo pero restringido a períodos predeterminados en el transcurso de cada semana, mes o año.

⁶¹ Véase Corte cost. 24.3.2006, n. 121, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, 810, con nota de ALESSI C.; y el art. 13, co. 9, D.L. 14.3.2005, n. 35, conv. con mod. in L. 14.5.2005, n. 80. Sobre la limitada protección de los trabajadores a tiempo parcial, v. BOZZAO P., *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*, en *Diritti Lavori Mercati*, 2013, 187 ss.

⁶² V., por último, el informe Istat 15.09.2015, *El mercado del trabajo*, II semestre 2015.

⁶³ V. *supra*, par. 3.

retiren definitivamente del trabajo⁶⁴; así como la posibilidad de acceder a los fondos de seguridad social destinados a trabajadores autónomos para que ellos dispongan de ahorros adicionales, en caso de crisis laboral⁶⁵.

Para finalizar, cabría destacar que el articulado sistema de tutelas definido en 2015 se conforma, en términos generales, en el contexto de un desempleo de tipo estructural, como el que caracteriza al actual mercado del trabajo; y choca contra una situación de pobreza emergente, de la que deriva, principalmente⁶⁶. El sistema de protección se encuentra además, firmemente radicado en un sistema de *welfare* principalmente dirigido a los trabajadores subordinados que pierden un empleo; y deja afuera buena parte del trabajo autónomo, así como a los desempleados de larga duración y a los desocupados involuntariamente en los márgenes del mercado del trabajo⁶⁷. La crónica carencia de oportunidades de trabajo – y en particular, de trabajos de calidad – no puede ser paliada por instrumentos de apoyo a la renta tan selectivos, que tengan eficacia limitada tanto en el tiempo como en el importe – especialmente en el último periodo de disfrute.

Sería necesaria una reflexión general sobre el sistema del *welfare*, cada vez más justo e incluyente, centrado en políticas que tengan el objetivo de apoyar la laboriosidad de todos los que, en una situación de necesidad económica, quieren tener acceso al sistema productivo, pero están incapacitados por las condiciones objetivas del mercado del trabajo⁶⁸. Se notan algunas señales débiles en las iniciativas legislativas recientes (como la Asdi); pero se trata de medidas excesivamente selectivas por lo que concierne a beneficiarios, duración, importe y condiciones de acceso, y que requieren una atenta conexión con los programas de lucha contra la pobreza y la inclusión social activa, todavía en fase inicial⁶⁹, incluso después del importante esfuerzo promovido a nivel europeo, últimamente, de la mano de la Estrategia EU 2020⁷⁰. La esperanza radica en que no se pierda esta importante oportunidad y que se

⁶⁴ La medida ha sido introducida temporáneamente para un bienio (1996-1998: D.Lgs. 28.03.1996, n. 207); más veces reactivada para períodos breves, y por fin restablecida hasta el 31.12.2016 (art. 1, co. 490, L. 27.12.2013, n. 147).

⁶⁵ Art. 10-bis, co. 1, D.L. n. 76/2013, conv. in L. n. 99/2013.

⁶⁶ Véase, por último, el Informe Anual del Presidente del INPS, 2015, spec. 4 ss., en www.inps.it/docallegati/News/Documents/Relazione_Presidente_INPS_2015_Mail.pdf y la propuesta normativa presentada por el INPS el 5 noviembre 2015 (*Non per cassa, ma per equità*), donde se vislumbra la introducción de una red de protección social para los mayores de cincuenta años, en tanto grupo de edad afectado en mayor medida por la crisis económica de los últimos años.

⁶⁷ Con un sentido crítico v., BOZZAO P., *L'assicurazione sociale per l'impiego (Aspi)*, cit., spec. 429 ss. Esta deficiencia se enlaza con la falta de instrumentos universales para el apoyo a la renta, sobre el que se puede ver BOZZAO P., *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, 589 ss.

⁶⁸ Sobre el tema véase BOZZAO P., *Reddito di base e cittadinanza attiva nei nuovi scenari del welfare*, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2/2014, 325 ss.

⁶⁹ Desde el 2012 se suceden difíciles intentos por empezar, con una progresiva extensión a nivel nacional, de programas que tienen el objetivo de superar las condiciones de pobreza, de inserción y reinserción laboral: véase art. 1, co. 387, lett. a), L. n. 208/2015.

⁷⁰ Entre los objetivos de la estrategia está incluido aquel de la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Se trata de una importante novedad hacia la atención política a su más alto nivel en la Unión, como resulta confirmado en el Reglamento del Fondo Social, por el destino obligatorio de una cuota igual al 20% del total de los recursos a las políticas de inclusión social. En el ciclo de programación 2014-2020, más del 80% de los recursos establecidos en el Programa Operativo Nacional (Pon) Inclusión (cerca de unos 1,2 millones de euros) fueron dirigidos al apoyo de la extensión por todo el territorio nacional de la experimentación del Apoyo para la inclusión activa.

abandone cuanto antes esta primera fase experimental para construir un sistema de tutelas estable y de carácter realmente universal⁷¹.

⁷¹ El art. 1, co. 388, L. n. 208/2015, prevé “para los años siguientes al 2016” la reorganización de las prestaciones “de naturaleza asistencial o sometidas a la prueba de los medios”, con el fin de introducir una única, pero todavía indefinida, “medida nacional de reducción de la pobreza”.

La Incorporación a la Seguridad Social del Trabajo No Remunerado del Hogar: La Experiencia Ecuatoriana¹

Integration of unpaid care and work at home to the social security system: The ecuadorean experience

SUSANA BARCELÓN COBEDO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Resumen

El trabajo versa sobre la Ley ecuatoriana de inclusión en la Seguridad Social de las personas que se dedican de forma exclusiva al cuidado del hogar, utilizándola como pretexto para reflexionar sobre el fundamento de esta inclusión así como acerca de los caracteres de la misma en lo que se refiere a los sujetos protegidos, a la afiliación y a la cotización, a las contingencias y a las prestaciones que se dispensan. Debido a la singularidad de esta inclusión, bajo el perfil profesional, muchos elementos de las adscripciones clásicas han debido ser adaptados lo que hace que el trabajo se detenga en ellos y en su forma de aplicación concreta, destacando los elementos más complejos, conflictivos o polémicos.

Abstract

The work turns on the Ecuadorean Law of incorporation in the Social Security of the persons who devote themselves of exclusive form to the care of the home, using it as pretext to think about the foundation of this incorporation as well as it brings over of the characters of the same one regarding the protected subjects, to the affiliation and to the financing, to the protected contingencies and to the benefits.

Palabras clave

Seguridad Social, asimilación del trabajo de cuidado del hogar a una actividad profesional, sujetos protegidos, financiación, prestaciones

Keywords

Social Security, assimilation of the family care to a professional activity, protected subjects, financing, benefits.

1. INTRODUCCIÓN

Es una reivindicación frecuente que el trabajo no remunerado en el hogar familiar tenga algún tipo de reconocimiento social, económico, productivo y jurídico. El fundamento de esta reclamación parte de la indiscutible utilidad social de este tipo de tareas, siquiera sea por su función de contribuir a la reproducción de la fuerza de trabajo; pero con más razón por el significado que tal reconocimiento tiene desde la perspectiva de género en el sentido de dar visibilidad y valor al trabajo de cuidado y de atención al hogar y a los hijos. En este sentido abundan estudios en los que se ha intentado atribuir entidad económica a esa tarea de

¹ Quiero agradecer expresamente la ayuda prestada para la elaboración de este artículo de D. Fabián Vallejo Luzuriaga, Analista de Seguridad Social del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social de la República del Ecuador y miembro del grupo de trabajo del citado Ministerio que ha elaborado, bajo la dirección de la Ex Ministra Coordinadora D^a Cecilia Vaca Jones, el Libro “*Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no remunerado del hogar*”, Quito, 2016.

cuidado computando su trascendencia a los efectos del PIB; o los que reclaman la necesidad de que dicho trabajo (instrumento que también favorece la conciliación personal, familiar y laboral), tenga algún tipo de tratamiento jurídico, ya sea en el ámbito profesional, en el terreno más limitado de la Seguridad Social, otorgándole en este segundo plano alguna forma de tutela frente a todas, y especialmente algunas (por razón de la edad o de la incapacidad), de las contingencias protegidas y, en consecuencia, a las situaciones de necesidad resultantes. Así, desde un punto de vista estrictamente laboral, se ha propuesto, por ejemplo, la retribución de dicho trabajo como compensación económica, no necesariamente salarial, por el tiempo de dedicación a las tareas del hogar; o, desde la perspectiva de la Seguridad Social, entender dicho trabajo como título suficiente para que quienes lo desarrollan estén incluidas en el ámbito subjetivo de protección frente a los riesgos sociales. Y se utiliza el género femenino, como se hará frecuentemente a lo largo del trabajo, como una forma de dar presencia a una tarea que, como es conocido, ha sido, y continúa siendo desarrollada, de forma mayoritaria, por las mujeres.

Es evidente que si lo que se pretende es dar relevancia al trabajo no remunerado en el hogar familiar desde el punto de vista de la Seguridad Social, la única vía de acceso a las prestaciones del Sistema sea la profesional; en tanto que el trabajo es el título que atribuye el derecho a la protección frente a las contingencias (de corte profesional), establecidas en la ley.

De tratarse del nivel no contributivo de protección, el título habilitante del trabajo necesariamente queda desplazado por el de ciudadanía (o de residencia) unido a la carencia real de recursos; de forma que todos los ciudadanos, con independencia de su carrera profesional de seguro y si ésta no ha existido o ha sido insuficiente, quedarán automáticamente protegidos frente a la contingencia, consistente en la ausencia efectiva de recursos de subsistencia. Desde esta perspectiva, por tanto, es indiferente si la persona ha trabajado formalmente o no, y si ha realizado o no tareas de cuidado del hogar, en todo caso, quedará protegida por la Seguridad Social mediante las prestaciones no contributivas de cuantía uniforme que se otorgan cuando el sujeto se encuentra en una situación real de necesidad (en el caso español y dentro del sistema de Seguridad Social, cuando además tenga una edad mínima –65 años– o esté incapacitado de un cierto nivel –65 por 100–) y carece de cualquier otra protección frente a esas contingencias. Como puede apreciarse, desde la lógica no contributiva, el trabajo no remunerado al servicio del hogar familiar es irrelevante ya que esa dedicación para nada tiene importancia a los efectos de generar el derecho a las prestaciones. Bien es verdad, que estas prestaciones mínimas suelen ser el refugio final de las mujeres que se han dedicado al cuidado en el hogar y que no pueden tener acceso a las prestaciones contributivas porque no han trabajado y tampoco han podido generar el derecho a una pensión de viudedad que es, habitualmente, el último recurso prestacional de las mujeres que se han dedicado, incluso, de forma exclusiva, al cuidado del hogar. En cualquiera de estos escenarios, el trabajo no remunerado al servicio del hogar carece de relevancia para la Seguridad Social no contributiva, que concederá sus prestaciones con independencia de haber desarrollado o no algún tipo de trabajo o de que se haya prestado o no cuidado al hogar; de manera que se otorgará la protección a esas mujeres porque carecen de recursos al llegar a una cierta edad o están incapacitadas. O bien, pero este es ya el terreno de las prestaciones contributivas que es donde están adscritas las prestaciones por muerte y supervivencia, porque han obtenido el derecho en virtud de otras cotizaciones realizadas por la persona laboralmente activa del hogar familiar, habitualmente el hombre, al que han dedicado sus cuidados.

Así pues, como se ha dicho, desde la perspectiva de la Seguridad Social, la única vía para que el trabajo no remunerado del hogar tenga relevancia es la de considerarlo asimilado a una actividad productiva de las típicas que incluyen a quienes las hacen en el campo de aplicación del nivel profesional de la Seguridad Social, sea considerada esa actividad asalariada o autónoma. No es que esta técnica sea desconocida en el ámbito de la Seguridad Social ya que es posible encontrar múltiples ejemplos de actividades asimiladas a las laborales o profesionales que sólo en virtud de esa asimilación pueden considerarse trabajos productivos por cuenta ajena o propia. Es el caso de la inclusión en el campo subjetivo de aplicación del nivel profesional a colectivos tan variados como los de miembros del clero, pastores protestantes, rabinos e imanes; de los sujetos elegidos como cargos de representación electoral como diputados europeos, nacionales o autonómicos; de los cargos electos de las organizaciones empresariales y sindicales; de los concejales de los ayuntamientos; o, en fin, de los miembros de las congregaciones religiosas.

Partiendo de esta vía de adscripción, el trabajo no remunerado en el hogar debe por tanto asimilarse bien a una actividad asalariada o dependiente, bien a una autónoma. En el primer caso, este trabajo será tratado como si fuera un desempeño productivo al servicio de quienes se benefician de él, esencialmente, de quien es el hipotético empresario, esto es, el titular económico del hogar familiar. Por el contrario, si el enfoque es el del trabajo no asalariado, entonces se considerará que el cuidado del hogar es una especie de trabajo autónomo equiparado a una actividad profesional independiente que, como tal, queda incluido en el campo subjetivo de protección de la Seguridad Social. En todo caso, la equiparación del trabajo no remunerado al servicio del hogar con una actividad profesional, sea asalariada o autónoma, suscita muchos interrogantes: ¿cómo se define el trabajo no remunerado del hogar a los efectos de su inclusión en el sistema de Seguridad Social, según se parta de una asimilación al trabajo asalariado o autónomo? ¿cómo se identifican los sujetos protegidos? ¿qué rasgos debe reunir y qué requisitos cumplir el trabajo para esa inclusión? ¿cómo se realizan las cotizaciones, cómo es el reparto interno de la misma y quién debe soportar y en qué medida esa carga? ¿frente a qué contingencias se debe proteger a estas personas y con qué alcance? ¿qué efectos tienen todas estas peculiaridades en las prestaciones que se otorgan y en sus caracteres?

Esto es lo que se pretende abordar en este trabajo utilizando como pretexto práctico la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de 15 de abril de 2015, de la República del Ecuador, que ha modificado importantes artículos de la Ley de Seguridad Social (LSS), de 30 de noviembre de 2001, en concreto lo relativo al Seguro General Obligatorio (SGO) para dar inclusión en este Seguro, de forma muy novedosa, a las personas que se dedican al trabajo no remunerado en el hogar.

2. EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO NO REMUNERADO EN EL HOGAR A LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008.

La citada Ley ecuatoriana de 2015 da cumplimiento, siete años después de la aprobación del texto constitucional, a una expresa previsión de tutela, desde la perspectiva de la Seguridad Social, de las personas que se dedican, de forma no remunerada, al cuidado del hogar. En efecto, el art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el derecho a la Seguridad Social se reconoce a todos de forma universal para lo que mandata a

los correspondientes poderes públicos para que lo hagan efectivo, incluyendo, expresamente, entre los beneficiarios a quienes realizan trabajo no remunerado en los hogares. Por su parte, el art. 367 del mismo Texto Constitucional, además de afirmar el carácter público y universal del sistema de Seguridad Social, señala que esa protección se producirá en el marco del Seguro Universal Obligatorio y con la finalidad de atender a las contingencias que puedan materializarse; y más concretamente, en que esa tutela debe abarcar a las personas que realizan tareas de cuidado. Para concluir el mismo artículo que la financiación de dicha particular protección será con aportaciones de los afiliados y con contribuciones del Estado.

La Constitución ecuatoriana, pues, no se limita (algo que ya en sí mismo resulta relevante), a otorgar el derecho a la Seguridad Social a las personas que desarrollan un trabajo no remunerado en el hogar, sino que lo hace concretando algunas de las características de ese derecho y su forma de articularlo. De manera que de la Constitución se deriva que: a) la inclusión en la Seguridad Social de estas personas será a través del SGO, lo que claramente indica que tal inclusión debe ser merced a un título profesional, equiparando a éste el propio trabajo no remunerado del hogar; aunque es cierto que la Constitución no aclara si dicha inclusión profesional ha de ser a título de asalariadas o autónomas, dejando en consecuencia libertad al legislador para optar por una u otra alternativa; b) la protección debe darse frente a las contingencias que la propia Constitución señala, si bien aceptando que puede no ser frente a todas las citadas pero sí, respecto de las que significan la tutela de las situaciones de necesidad de mayor impacto para estas personas como son las de carácter permanente, en concreto, las que dan derecho a pensiones y no sólo subsidios; y, finalmente c) la protección debe financiarse repartiendo la carga entre afiliadas y Estado, dejando que sean regulaciones posteriores las que hayan de fijar el porcentaje respectivo; lo que implica que sea a cargo del presupuesto público no la financiación de las prestaciones sino directamente la propia cotización.

Hay que tener en cuenta que estas previsiones constitucionales constituyen ciertamente un condicionante para el legislador ordinario cuya tarea de intermediación normativa ha de respetar esas exigencias expresas contenidas en el Texto Constitucional. Algo que no puede decirse de muchas otras constituciones en las que no existe la obligación expresa de incluir a estas personas en el sistema de Seguridad Social, y donde la inclusión, de producirse, será en los términos en los que el legislador ordinario estime más pertinentes, dentro de un amplísimo margen de discrecionalidad. En este sentido, la legislación ecuatoriana da un paso, que merece ser destacado, hacia la introducción de específicas garantías constitucionales para la realización efectiva de los derechos sociales. De manera que la protección legal de las personas que se dedican al cuidado del hogar no es una opción libre del legislador sino una obligación o carga y, cuando dicha obligación se decide poner en práctica, no puede el legislador hacerlo de la forma que estime conveniente sino que en su tarea encuentra límites como son los de la forma de financiación así como los de la definición de las contingencias protegidas y las características de las prestaciones correspondientes.

3. LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA INCLUSIÓN DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Los sujetos protegidos: la determinación por la actividad.

Una de las cuestiones centrales en relación con la inclusión del trabajo no remunerado del hogar en la Seguridad Social es la propia definición del supuesto de hecho; lo que implica precisar tanto el concepto de hogar como de trabajo no remunerado a su servicio.

En esta línea y en cuanto al *concepto de trabajo del hogar o cuidado familiar*, la Ley no se ha preocupado por definirlo, en el entendido, quizás, de que se trata de un concepto común, extendido y socialmente definido con una cierta relativa precisión. Este sobreentendido de la Ley supone sin duda un cierto grado de imprecisión conceptual, aunque es verdad que la ausencia de definición (más allá de hablar de “cuidado”) de lo que se deba entender como trabajo no remunerado del hogar no imposibilita que pueda precisarse por referencia a las representaciones más comunes que se acogen bajo la expresión de “tareas del hogar”. De este modo, como tales deben considerarse todas las de ordenación, limpieza y mantenimiento del hogar; las de obtención y elaboración de alimentos; el cuidado de hijos, incluyendo formación e instrucción; el cuidado de otros familiares que conviven en el hogar con la interesada; y, en fin, todas las gestiones y actividades relativas al mantenimiento de un hogar familiar y cualesquiera otras semejantes. Un concepto, por tanto, amplio que permite que sea relativamente sencillo cumplir dicho presupuesto material ya que el desempeño de cualquiera de esas innumerables tareas permite sostener que la mujer se dedica a las tareas de cuidado del hogar. Al margen de que se suscite la cuestión (que no es irrelevante), de si esa dedicación ha de ser a todas o basta con que se concentre en algunas específicas; cuestión que debe ser respondida, razonablemente, en el sentido de entender que la referencia legal a la dedicación exclusiva ya presupone la dedicación, más o menos imprecisa o indeterminada, pero al conjunto de tareas que significan el cuidado del hogar y no sólo a alguna de ellas de forma aislada.

Otro elemento conceptual relevante para la identificación del sujeto protegido tiene que ver con la existencia misma, la extensión, dedicación y calidad de ese trabajo no remunerado y con la naturaleza, carácter o número de los destinatarios del cuidado. Lo que podría establecerse exigiendo exclusividad o dedicación prevalente; o fijando el número mínimo y el parentesco o vínculo de los miembros del hogar.

Pues bien, a estos efectos, la norma ecuatoriana define el trabajo no remunerado del hogar, a efectos de su inclusión en el SGO, como el que hace “*quien, desarrolla de manera exclusiva, tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica alguna y no desarrolla ningún de las actividades contempladas en los literales anteriores*” (art. 9, i), es decir, todo el repertorio de actividades profesionales retribuidas que son el fundamento ordinario de la afiliación al Seguro. Se decanta por tanto la Ley por el requisito de la exclusividad, lo que supone que selecciona para proteger tareas de cuidado de una mínima entidad tanto en lo que hace a su contenido (la multiplicidad de la que se hablaba antes) como en lo que se refiere a la dedicación personal (que no es compatible con otras actividades de tipo profesional ordinario). Por eso la Ley añade que esta persona no debe desarrollar ninguna actividad que le obligue o permita (según el grado de voluntariedad, que afecta esencialmente a los trabajadores autónomos) estar afiliado al Seguro General.

Es decir que las mujeres que se incorporan al Seguro son aquéllas que no desarrollan otra actividad que la exclusiva al cuidado del hogar, entendida en el sentido amplio antes dicho y que, por esta razón, no reúnen el requisito básico para estar incluidas, por su actividad productiva, en el ámbito de protección del SGO. Por eso la Ley no precisa nada en relación con la intensidad de la dedicación; es más, no exige intensidad alguna del cuidado, por lo que debe entenderse que cualquiera es válido, siempre que exista aunque sea mínimamente. Asimismo, debe concluirse que la exclusividad implica que quien hace esas tareas de cuidado no las comparte con ninguna otra persona; lo que implica que por cada hogar familiar sólo será posible aceptar una única afiliación, sin que sean tenidas en cuenta situaciones de tareas compartidas (aunque realmente puedan darse) ni se acepten, en consecuencia, afiliaciones dobles o múltiples por cada hogar que se cuida (sólo una persona podrá atribuirse esa tarea y, en consecuencia, a los efectos de la Seguridad Social, sólo una podrá afiliarse).

En cuanto a la *noción de hogar así como respecto de la relación de parentesco* que puede o debe existir entre quien se dedica al cuidado del hogar y los componentes de dicho hogar, y el número de los mismos, la norma identifica el hogar de forma indirecta como una unidad de convivencia de una serie de personas que, además, están unidas por vínculos de parentesco; se De manera que, para que se justifique la protección social, deben existir otros convivientes en el hogar a cargo de la persona que dispensa el cuidado, no siendo suficiente el autocuidado. Y, además, deben ser parientes o formar parte de la misma familia, aunque la Ley tampoco exige ningún vínculo concreto ya que las referencias a hijos y padres se hacen sólo a los efectos de las pensiones por muerte; de forma que cualquier pariente, en sentido amplio (lo que podría abarcar incluso la figura de los acogidos informales), da justificación al cuidado.

Bien es verdad que la Ley podría haber precisado más estableciendo, quizás, un número mínimo de componentes del hogar para que pueda darse la prestación de cuidado, así como el círculo de parentesco que determina al alcance mismo del cuidado. En cuanto a lo primero, parece suficiente sólo con dos componentes: quién cuida y quién es cuidado. Y en cuanto a lo segundo, la norma lo prevé de forma indirecta como puede apreciarse por el llamado Catastro de Información Social, que la misma norma crea (y que está operativo desde septiembre del año 2015), en el que constan los datos socioeconómicos de la unidad familiar a la que la mujer dedica sus esfuerzos de cuidado. A través de esta información, que ha de proporcionar la propia persona que solicita la afiliación como trabajadora no remunerada del hogar, se identifican los núcleos familiares donde se realiza de forma exclusiva esa tarea, sus componentes y los ingresos totales del núcleo de convivencia. Dada la flexibilidad de la regulación, parece que lo relevante es el hecho de la convivencia real y el nivel de ingresos de esa unidad familiar, así considerada sólo por la comunidad de vida y de ingresos, quedando en un segundo plano el vínculo de parentesco.

En conclusión, el sujeto protegido previsto en la norma y al que otorga el derecho a afiliarse y a reclamar en su momento la protección, es una persona, normalmente mujer, que se dedica, de forma exclusiva y sin compartir esta actividad con nadie de los miembros de la misma unidad de convivencia, al conjunto de las tareas tradicionales de cuidado del hogar en el que, sin contar a la cuidadora, hay al menos otra persona, y cuyos lazos más relevantes no son de parentesco, sino más bien los derivados del hecho en sí mismo de la convivencia en un mismo hogar y de la participación en común de los ingresos que aportan todos los

conviviente a esa unidad que es, esencialmente, económica más que familiar, aceptando que este último rasgo que se manifiesta a través del parentesco, esté presente de forma debilitada. En definitiva, es la identificación de la unidad de convivencia en el Catastro de Información Social, que hace la propia interesada, la que da legitimidad a la solicitud de afiliación de la persona que se dedica de forma no remunerada a las tareas del hogar.

Todas las previsiones descritas en cuanto a la definición del sujeto protegido y la actividad que desarrolla, al ser muy flexibles, repercuten, sin duda, en el posible número potencial de afiliados por esta singular vía al SGO. Especialmente si se tiene en cuenta que en el sistema de Seguridad Social ecuatoriano la afiliación del trabajo autónomo sigue siendo en gran medida voluntaria. Por lo que sería necesario precisar si quedan incluidas como protegidas todas las personas que formalmente no estén afiliadas admitiendo, incluso, que los trabajadores autónomos que voluntariamente deciden permanecer al margen de la Seguridad Social puedan encontrar protección alternativamente por la vía del trabajo no remunerado del hogar. Algo que, además, tiene mucho que ver con la frecuencia y extensión del trabajo informal concentrado, mayoritariamente, en el sector del trabajo autónomo o no dependiente; lo que puede favorecer que quienes deberían estar ya inscritos en el sistema de Seguridad Social mantengan esa elusión pudiendo, sin embargo, lograr alguna tipo de tutela al acogerse a la protección del trabajo no remunerado del hogar. La innovadora tutela social del trabajo del hogar puede acabar acogiendo a quienes, además de ese trabajo, desempeñan actividades directamente productivas que les proporcionan ingresos y les imponen la obligación, o la facultad, de obtener alguna tutela mediante su afiliación al Seguro correspondiente, pero que no lo hacen de forma voluntaria.

En consecuencia, no es intención de la Ley, derivar hacia la protección ordinaria del trabajo autónomo a quienes realizan este tipo de trabajo no declarado a los efectos de la Seguridad Social y que a la vez hacen trabajos de cuidado del hogar. Seguramente la dificultad de realizar esta labor de depuración y de control ha llevado a esta permisividad en cuanto a la aceptación de las solicitudes de afiliación que tendrá como consecuencia que, por ejemplo, cualquier asalariado no oficializado a los efectos de la Seguridad Social no encontrará obstáculos a su inclusión en el sistema de protección del trabajo no remunerado del hogar, si hace estas tareas; y lo mismo puede decirse de los autónomos que no quieran, pese a desempeñar este tipo de trabajo productivo, solicitar la afiliación al Seguro (en tanto que voluntario). Todo lo señalado, además de desincentivar la afiliación más adecuada como asalariado o autónomo, desvirtúa en cierta medida la finalidad de esta tutela del trabajo en el hogar ya que se acaba protegiendo a quienes deberían estar en el sistema directamente por su condición de asalariados o autónomos mediante una fórmula, es verdad que de tutela limitada, pero mucho menos costosa, tanto en sí misma como por el hecho de que está fuertemente subvencionada por el Estado.

En definitiva, la intención inicial de la Ley es la de proteger a una figura que, de forma un tanto estereotipada, puede dibujarse de la siguiente manera: mujer, con cargas y responsabilidades familiares, de edad media o alta, sin ingresos propios, sin otra ocupación que el cuidado del hogar, permaneciendo, y habiéndolo hecho siempre o durante mucho tiempo, al margen de cualquier otra ocupación o trabajo y, por tanto, carente de toda expectativa de protección por el sistema de Seguridad Social, salvo por lo que hace a los derechos derivados por muerte de su cónyuge, caso de tenerlo. Pero, finalmente, la lasitud de la determinación en cuanto a la actividad de cuidado hace que, salvo que se dispongan de

medios de control, muchos solicitantes de esta afiliación desarrollarán otras actividades productivas (legales o informales), al margen de si las ganancias que se derivan de ellas son escasas o abundantes. Es decir que, junto a la figura antes descrita, la Ley acaba aceptando en la práctica que hay otra también posible beneficiaria de la tutela: mujer, joven o de edad media, dedicada esencialmente al cuidado del hogar, pero que combina estas tareas con otras de tipo asalariado, frecuentemente a tiempo reducido, o de naturaleza autónoma y algo marginal. Lo que amplía, sin duda, el campo de las potenciales beneficiarias del nuevo sistema de tutela.

3.2. La asimilación de la tarea de cuidado del hogar a un trabajo autónomo.

Entre las dos opciones de encuadramiento en el sistema profesional de la Seguridad Social, ya sea como asimiladas a trabajadores dependientes o a autónomos, la Ley ecuatoriana ha optado por la segunda alternativa. Ello se desprende de los siguientes datos: a) de la reforma del art. 15 LSS, cuando hace referencia a la aportación de los afiliados, que coloca al trabajador no remunerado al servicio del hogar en el mismo listado que el trabajador autónomo, el profesional de libre ejercicio, el patrono o socio de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal y el menor trabajador independiente; es decir, todos ellos trabajadores no asalariados; b) del art. 73 LSS cuando, al hablar de afiliación y tras establecer la obligación empresarial en cuanto a los trabajadores asalariados, hace cargar sobre el propio cuidador la actividad de solicitar la afiliación, característica típica de los trabajadores autónomos; c) del mismo art. 73 LSS cuando señala que el empleador, la persona que realiza el trabajo del hogar no remunerado y el afiliado sin relación de dependencia son los directamente obligados al pago de los aportes o cotizaciones.

La alternativa por el trabajo autónomo parece la más correcta y menos compleja que la asimilación de dicho trabajo a uno asalariado que exigiría la existencia individualizada de un receptor de los cuidados sobre el que se descargaría la tarea de afiliar a la persona en cuestión y de colaborar en la financiación del sistema. Así pues, configurar el trabajo de cuidado como una forma de trabajo autónomo establece una relación directa y personal entre la cuidadora y el Estado, de forma que tanto la afiliación como la financiación (aunque sea en parte), corre a cargo del sujeto protegido. Lo que es lógico si se piensa que la inclusión del trabajo de cuidado del hogar en el sistema de Seguridad Social lo que busca es dar protección a esa persona que ha asumido en exclusiva la tarea de cuidado renunciando a la presencia profesional ordinaria en el SGO y, en consecuencia, carente de toda protección frente a riesgos futuros como son la vejez o la incapacidad; y no tanto porque esos riesgos supongan la pérdida de ingresos para la unidad familiar, sino porque esa tarea sin recompensa dineraria directa coloca a la persona que se ha dedicado a ese cuidado en una situación extremadamente debilitada cuando se materialicen las contingencias de vejez e incapacidad. Mucho más si se tiene en cuenta que la unidad de convivencia familiar a la que se ha cuidado puede no existir o haber la mujer dejado ya de formar parte de ella. Esta nueva forma de protección tutela más bien expectativas frente a eventuales situaciones de necesidad personal; por eso, resulta razonable su equiparación a un trabajo autónomo que, como tal permite a efectos de la Seguridad Social, que la interesada gestione dicha protección de forma directa, sin intervención de terceros.

3.3. La afiliación: voluntariedad y procedimiento. La afiliación como declaración y prueba de la actividad

Puesto que el trabajador no remunerado del hogar se inserta en la Seguridad Social ecuatoriana asimilado a un trabajador autónomo, lo hace en los mismos términos que éste, es decir, de forma voluntaria. Esa voluntariedad se pone de manifiesto en la solicitud de afiliación que puede hacerse en cualquier momento a elección de la interesada, al margen de que venga desempeñando las tareas de cuidado desde antes; y, por lo mismo, la voluntariedad puede revocarse también en cualquier momento, solicitando libremente la baja en el sistema. El desempeño del cuidado, por tanto, es requisito indispensable para solicitar la afiliación pero no obliga a hacerlo desde el momento en que comienza, ni tampoco limita la posibilidad de darse de baja sólo cuando esa tarea ha dejado de existir. La existencia del cuidado, pues, habilita a pedir la afiliación cuando la cuidadora lo considere pertinente, mientras que la continuidad del cuidado no impide la baja, que es también voluntaria.

En todo caso, es evidente que el cuidado del hogar debe existir ya que, de no ser así, faltaría el presupuesto indispensable para la afiliación. Cuestión distinta es la comprobación y prueba de su existencia. A estos efectos, dada la flexibilidad en la fijación del supuesto de hecho y que el instrumento central de formalización, esto es el Catastro de Información Social, se confeccione a partir de las declaraciones de las propias interesadas, es fácil deducir que el resultado final de la regulación legal es que se aceptará la afiliación de cualquier persona que declare que se dedica de forma exclusiva al cuidado del hogar previa la constatación de que existe un hogar que cuidar, de que en el mismo conviven dos o más personas unidas con algún tipo de vínculo familiar o asimilado, y de que la interesada se dedica de forma exclusiva a su cuidado (de conformidad con lo que resulte del Catastro de Información Social). Aspectos que, de cambiar, podrían suponer que quien cesa en el cuidado, quien abandona el hogar, o quien no tiene familiares que cuidar porque ya no conviven con él, quedará excluido del sistema de protección. Algo que se deriva del art. 73 de la Ley del Seguro pero cuya aplicación práctica se confía, casi exclusivamente, a la propia interesada a quien se le exige que mantenga actualizada la información relativa al lugar de trabajo (el hogar con las características señaladas) y a su situación socioeconómica. Aunque también se remita a las averiguaciones que pueda realizar en este sentido el ente gestor, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

No precisa tampoco la norma si la tarea de cuidado debe haberse desempeñado siempre y exclusivamente o durante un tiempo mínimo antes de solicitar la afiliación; o si, por el contrario, basta la actualidad del cuidado aunque se haya iniciado precisamente en el mismo momento en que se solicita. Parece, dada la mecánica de afiliación que diseña, que deba desprenderse lo segundo. Lo que tampoco es una mala opción legal ya que, basándose la protección en la mecánica del seguro, es la actividad de cuidado la que da derecho a la tutela desde el mismo momento en que se inicia y mientras dura. Por esta razón toda persona que desarrolle esta actividad tiene derecho a solicitar la afiliación y deber de darse de baja cuando esa actividad finaliza; sin que sea imprescindible que la dedicación al hogar sea la única desarrollada hasta ese momento o que deba desempeñarse ininterrumpidamente en el futuro.

En todo caso, y pese a los posibles deficiencias detectadas (si es que pueden ser calificadas en estos términos) no hay que olvidar que esta nueva protección se configura más como una oferta del sistema de Seguridad Social que como una imposición del mismo; lo

que supone aceptar un cierto margen de afiliación incorrecta sobre la base de que quien la solicitará responderá normalmente al doble perfil antes dibujado: una mujer que se dedica al cuidado del hogar, sin otros recursos propios que los que se derivan si acaso de algunas actividades marginales irrelevantes. Un colectivo más o menos indeterminado que no sólo no se quiere rechazar sino que, por el contrario, se intenta incentivar que solicite la afiliación, al mostrarse el sistema de Seguridad Social benevolente en lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones materiales que la justifican. Lo anterior ha dado como resultado que, a finales marzo de 2016 y sólo seis meses después de implantada prácticamente la nueva protección, se hayan registrado en el Catastro de Información Social 46.304 núcleos familiares con un total de 137.369 personas, habiéndose registrado para la afiliación por desempeño exclusivo del trabajo de cuidado, un total de 29.899 personas.

3.4. La financiación y las cotizaciones. Los ingresos de la unidad familiar y su cómputo

La afiliación implica de forma inmediata la obligación de realizar aportaciones para la financiación del sistema que, como se ha dicho, corren a cargo de la persona que se dedica al cuidado del hogar. Es lo que la LSS llama "*principio de hecho generador*". Esa aportación deberá pagarla la afiliada en el plazo de quince días posteriores al mes al que corresponda los aportes y, si tales cotizaciones no se ingresaran, podrán ser reclamadas por el IESS; si bien, en el caso del trabajo no remunerado del hogar, sin multas e intereses a cargo de la persona que realiza el trabajo de cuidado ni de los familiares que constituyen su unidad económica de convivencia (art. 73 LSS).

En cuanto a la cotización se calcula, conforme establece el art. 15 LSS, sobre la Base Presuntiva de Aportación (BPA) que la propia LSS define en su art. 13. La BPA es de aplicación a los trabajadores autónomos debido, como el mismo artículo señala, a la difícil determinación de los ingresos reales a efectos de la cotización de los afiliados sin relación de dependencia; que es, precisamente, la situación de la persona al cuidado del hogar que carece de ingresos propios y no recibe compensación económica por el desarrollo del cuidado. Como alternativa, la BPA es una cantidad estimada que se expresa en múltiplos o submúltiplos del sueldo o salario mínimo de aportación al SGO, y sobre la que se aplicarán los porcentajes pertinentes dando como resultado la cuota a pagar, a su vez, repartida entre Estado y afiliada. Es, en concreto, el IESS el que, anualmente, establecerá esa BPA "*teniendo en cuenta los resultados actuariales, la situación socioeconómica de la persona afiliada, el tipo de contingencias así como los índices de siniestralidad de cada riesgo protegido*" (art. 15 LSS).

En el caso concreto de las personas que se dedican al trabajo no remunerado del hogar, la misma LSS precisa la forma de calcular las aportaciones con reglas propias que utilizan como referente una BPA diferenciada en cuatro niveles según los ingresos de la unidad familiar que la interesada declare en el momento de solicitar la afiliación y su relación con el Salario Básico Unificado (SBU). A tal efecto, el SBU así como los salarios mínimos sectoriales se fijan anualmente en el Ecuador por el Consejo Nacional de Trabajo y Salarios que es un organismo de carácter tripartito (empleadores, trabajadores y Estado) dependiente del Ministerio de Trabajo; caso de no llegar a acuerdos, será el propio Ministerio el que fije el SBU. En ambos casos, dicha fijación se hará teniendo en cuenta el aumento de precios y la productividad general. En concreto, y para el año 2016, el SBU se ha fijado en

366 dólares USA, lo que representa aproximadamente un 72,7 por 100 de los ingresos medios nacionales ya que el salario medio de los trabajadores ecuatorianos es para el año 2015 de 503,57 dólares USA (549,72 dólares USA en el caso de los hombres y 425,93 dólares USA, para las mujeres).

Pues bien, teniendo en cuenta el SBU, las cuatro BPA, que corresponden a los cuatro niveles establecidos por la Ley de 2015 y añadidos a la LSS, se fijan en el 25 por 100, el 50 por 100, el 75 por 100 y el 100 por 100 del SBU. Y cada trabajadora no remunerada del hogar se adscribirá a una u otra BPA en función de cuáles sean los ingresos mensuales de la unidad familiar de convivencia a la que cuida en relación con el SBU. Así, el primer nivel está constituido por ingresos familiares inferiores al 50 por 100 del SBU; el segundo, por ingresos iguales o superiores al 50 por 100 pero inferiores al 100 por 100 del SBU; el tercero, por ingresos iguales o superiores al 100 por 100 pero inferiores al 150 por 100 del SBU; y, el cuarto y último, por ingresos iguales o superiores al 150 por 100 del BU, sin límite superior.

Es decir, que las unidades familiares con ingresos totales muy reducidos (menos de la mitad del SBU, es decir, menos de 183 dólares USA y muy por debajo de los ingresos medios, de 503,57 dólares USA) cotizarán por una cuantía que se calcula sobre la cuarta parte del SBU (91,5 dólares USA), esto es, la mitad del máximo de sus ingresos estimados. En cuanto a las demás unidades familiares, se incrementa la base de cálculo según suban sus ingresos, de manera que, en hogares con ingresos entre 183 y 366 dólares USA, la Base de Aportación será de 183 dólares USA, esto es, equivalente al mínimo de los ingresos estimados; mientras que si esa unidad familiar tiene ingresos mensuales entre 366 y 549 dólares USA, la Base de Aportación será de sólo 274,5 dólares USA, es decir, menos de los ingresos estimados, y si tiene ingresos mensuales superiores a 549 dólares USA, la Base de Aportación será del total del SBU, es decir, 366 dólares USA, por tanto, inferior en una cuantía apreciable a los ingresos computados de la unidad familiar.

Lo anterior supone que la carga de la cotización es más gravosa, proporcionalmente, en relación con las unidades familiares con menores ingresos, lo que es llamativo y sólo puede justificarse o por la diferencia entre los porcentajes aplicables a cada BPA, por la cuantía muy reducida de la cotización (particularmente en los hogares con menos recursos), o por la aportación diferenciada del Estado en cada cotización según los niveles de ingresos en los que se ubiquen las unidades familiares. En cuanto a los porcentajes de los que se deriva la cuota, no ha sido así ya que, cumpliendo el mandato de la Ley de 2015, se ha procedido a fijarlos por el IESS para cada una de las BPA siendo único y el mismo (el 13,25 por 100 de la Base de Aportación) para cualquier nivel. Por tanto, la redistribución y la mayor atención a los hogares con menos recursos tiene lugar mediante el subsidio estatal a la cotización que, éste sí, varía según los niveles de ingresos: 10,99 por 100, 7,95 por 100, 5,95 por 100 y 0 por 100, respectivamente; lo que significa que, del total de la cotización, la interesada sólo asume el 2,26 por 100 (2,05 dólares USA), el 5,30 por 100 (9,69 dólares USA), el 7,30 por 100 (20,03 dólares USA), y el 13,25 por 100 (48,49 dólares USA), mientras que el resto (10,05, 14,54, 16,33 y 0 dólares USA, respectivamente) corre a cargo del Estado. Una protección, por tanto, muy económica y asequible para las unidades familiares con bajos ingresos y más relevante en las de ingresos superiores.

En cualquier caso, y dado el papel central que juegan los ingresos de la unidad familiar de convivencia, lo clave es la forma de determinarlos. Así, a la hora de establecer qué ingresos se computan y de quién, el art. 11 LSS señala que, a los efectos de la cotización al SGO, se tendrán en cuenta, como materia gravada, “*todo ingreso susceptible de apreciación pecuniaria*” que se perciba por la unidad económica familiar. Se trata de una formulación muy amplia, que hubiese precisado de alguna concreción legal, conforme a la cual queda comprendido cualquier tipo de ingreso (del trabajo, de rentas de cualquier tipo) que obtenga cualquier miembro de la unidad económica familiar de convivencia. Cuestión distinta es la posibilidad real de controlar el número y entidad de esos ingresos, que exigirá una intensa actividad de supervisión más allá de la que puedan proporcionar los datos fiscales de los miembros de esa unidad familiar, caso de que existan; para lo que, de nuevo, el Catastro de Información Social parece central.

De todas formas, y dado que el procedimiento de determinación de los ingresos de la unidad familiar tiene lugar por la declaración inicial de la interesada, es razonable pensar que la entidad de los ingresos también quedará sujeto, en gran medida, a la voluntad del afiliado; voluntariedad, pues, que no es sino una manifestación más de que el objetivo final que se persigue es tratar de asegurar, en el sentido estricto de la palabra, unas determinadas contingencias teniendo el interesado un cierto margen de maniobra para elegir el nivel de cotización. Que es lo que sucede, dicho sea de paso, en España, en relación con la cotización de los trabajadores autónomos. Con independencia de las posibilidades de un control riguroso en los casos más extremos, el solicitante tendrá margen para elegir el nivel de cotización (pese a que debe estar predeterminado por los ingresos) y, en consecuencia, cotizará en función del nivel elegido.

Lo que, desde una perspectiva estricta de aseguramiento, podría justificarse si así fuera que la cotización es en su totalidad a cargo de la persona al cuidado del hogar; de forma que la elección de un nivel bajo de cotización tendrá como consecuencia prestaciones de peor calidad y cuantía. Pero no es así ya que, como se ha visto y está expresamente previsto en la Constitución y en la LSS, el asegurado, salvo en el nivel más alto de recursos (que, por lo mismo tenderá a ser eludido), sólo deberá abonar una parte de la cotización ya que el resto, y más mientras más bajo sea el nivel elegido, es a cargo del Estado. Una regulación, pues, de la que se derivará, salvo control riguroso, una tendencia de las interesadas a adscribirse al nivel más bajo de ingresos que ya les garantiza prestaciones, aunque mínimas, debido a su menor coste. Siendo así que sólo quienes tengan una mentalidad de seguro preferirán adscribirse a los niveles de aportación más altos considerando las cotizaciones como una inversión que habrá de traducirse en prestaciones más atractivas; lo que sucede sobre todo en el tercer nivel donde el subsidio del Estado tiene cierta importancia y la cotización a cargo de la asegurada no es insoportable en comparación con los ingresos de la unidad familiar que pueden llegar a ser hasta el 150 por 100 del SBU, es decir una cuantía similar a la que es el promedio estatal de los ingresos salariales.

Los ingresos familiares de la unidad económica familiar tienen, pues, importancia no sólo para ubicar al asegurado en uno u otro nivel de cotización; también, para establecer la cuantía de la aportación estatal a cada cotización y para determinar, como se verá, la propia cuantía de las prestaciones. Por lo que, aunque la norma legal no se extienda en ello, es evidente que una definición más precisa de lo que deben ser considerados ingresos familiares, de los que deben computarse y en qué forma y una identificación más concreta de

las personas cuyos ingresos se consideran, es imprescindible; como lo es la implantación de formas de control, inspección y comprobación de la realidad de los ingresos declarados. Por otra parte, computar en bruto todos los ingresos de la unidad familiar sin introducir coeficientes correctores en razón del número de integrantes puede llevar a resultados un tanto absurdos: por ejemplo, que sea más ventajoso ser una unidad familiar con pocos miembros en los que sólo una persona, además del cuidador, ingrese por su trabajo (será más fácil ubicarse en los niveles más bajos de la Base de Aportación) que si se trata de una unidad familiar con muchos miembros en la que algunos de ellos trabajen e ingresen recursos, ya que la mera suma llevará al asegurado a tener que cotizar conforme a Bases de Aportación más altas. Pudiendo sin embargo, ser la primera una unidad familiar con mayor grado de disponibilidad económica que la segunda, y, paradójicamente, cotizar menos que ésta.

Por otra parte, la ausencia de pago, o no estar al día en el abono de las cotizaciones, excluye la posibilidad de obtener prestaciones ya que la LSS requiere, como condición general del derecho a las mismas, el *“estar afiliados, en alta y al corriente de pago de sus obligaciones con el sistema de Seguridad Social al momento de producirse la contingencia”*. Una exigencia que, si rigurosa, puede excluir de la protección a personas que, pese a haber cotizado durante mucho tiempo de forma correcta, han dejado de abonar circunstancialmente sus cotizaciones justo en el tiempo en el que se realiza la contingencia (vejez, incapacidad, muerte).

Quizás fuera aconsejable articular algún sistema de puesta al día de las cotizaciones aun cuando ya se haya producido la contingencia. Es verdad que esto se asemeja mucho a lo que se califica como compra de prestaciones en el sentido de que el abono de cotizaciones sólo tiene lugar, retrasadamente, en el momento en que se materializa la contingencia y teniendo ya ésta presente. Pero aparece como la única forma de evitar la expulsión de la protección de quienes no están, de forma transitoria, al corriente en el pago de sus obligaciones de financiación. Aunque pudiera matizarse en el sentido de aceptar esa puesta al día sólo respecto de quienes han dejado de abonar las cotizaciones por un periodo máximo, que puede medirse en meses, anteriores al momento de materialización de la contingencia. De todas formas, y salvo por lo que hace a la contingencia de muerte, las otras dos siempre pueden acabar obteniéndose con sólo darse de alta y pagar las cotizaciones, actuales o debidas, antes de solicitar la prestación. Momento en el que, o bien queda a la decisión del interesado que, respecto de la vejez, podrá decidir el momento de pedirla ya que la edad estándar de jubilación no es tanto un límite de edad máximo sino un mínimo a partir del cual puede solicitarse la prestación; o bien, siendo la incapacidad una situación constituida sin referencia directa alguna a prestación laboral o profesional, puede demorarse la solicitud de la prestación al momento de ponerse al día con las prestaciones adeudadas. Un rasgo más de voluntariedad o de discrecionalidad del asegurado característico de esta tutela.

Puesto que la afiliación, y consiguiente cotización, de las personas dedicadas en exclusiva al cuidado del hogar tiene como finalidad proporcionar a estas personas prestaciones a las que no podrían acceder en ningún caso debido a su falta de una actividad productiva declarada, ello no hace imposible que quien acabe solicitando esas prestaciones no pueda agregar a sus tiempos de cotización otros realizados antes de dedicarse al cuidado en virtud de una actividad profesional, o hechas de forma intermitente debido a una dedicación de este tipo al hogar familiar. Esto es lo que permite el art. 15 LSS al hablar de la *“portabilidad de aportes”* al establecer que cualquiera de las aportaciones al sistema servirán para el cómputo acumulado

de los periodos de cotización para acceder a las prestaciones económicas del mismo en su conjunto; de forma que tanto las hechas en condición profesional se podrán agregar a las realizadas como persona al cuidado del hogar como a la inversa.

3.5. Las contingencias protegidas

El art. 10 de la LSS establece que “la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar estará protegida contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente y absoluta”. Es decir, las contingencias que pueden generar un derecho a pensiones, más concretamente de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad y orfandad, excluyendo las que son prestaciones económicas temporales tales como la incapacidad temporal o incluso la maternidad o la paternidad.

Es evidente que la protección es limitada y que la opción legal, muy razonable, se decanta por dar cobertura a las situaciones más permanentes y vulnerables de necesidad como son la vejez o la incapacidad de quien, por haberse dedicado al cuidado del hogar, no ha podido generar derecho alguno a prestaciones profesionales del sistema de Seguridad Social, encontrándose normalmente además, por estas circunstancias, en una situación de necesidad económica, difícil de afrontar dada la edad o la falta de capacidad de la que ha sido cuidadora. Puesto que es alguien que, por definición, no recibe contraprestación alguna de su tarea de cuidado, la norma estima que las situaciones transitorias no deben ser protegidas por el hecho de que no hay salario o ingreso alguno que se pierda y que haya que ser sustituido así como porque se trata de contingencias de duración limitada que pueden ser afrontadas por la propia persona o con la ayuda de los otros miembros de la unidad de convivencia a los que cuida. Las contingencias, en cambio, de vejez e incapacidad, por su permanencia y gravedad y porque imposibilitan no sólo la propia tarea de cuidado como cualquier otro trabajo, sí merecen ser protegidas, siendo, por tanto, el objetivo central de la tutela. Mucho más si se miran desde la perspectiva de garantizar, a quien alcanza la edad de jubilación o sufre una incapacidad, una fuente propia de ingresos en forma de pensión que no ha podido generar por no haber desarrollado, debido a su dedicación exclusiva al cuidado, otra actividad profesional; o si se consideran como una especie de recompensa al trabajo de cuidado desarrollado durante muchos años.

Esta justificación encuentra su excepción en la tutela frente a la contingencia de muerte; ya que en este caso, la beneficiaria no será lógicamente la cuidadora, que es la que fallece, sino otros miembros del núcleo familiar (cónyuge o pareja de hecho, hijos) a los que ha dedicado su trabajo no remunerado. Una ampliación que sólo se justifica (no sin dudas), en relación con la pensión de orfandad puesto que esto convierte en beneficiarios a quienes dependían de quien se dedicaba a su cuidado. Pero que en relación con la viudedad plantea mayores problemas; y ello porque, al reconocer esta prestación al cónyuge o pareja de hecho superviviente, se está proporcionando al superviviente una prestación que no viene a cubrir ninguna carencia económica ya que no hay salarios o ingresos que la unidad familiar de convivencia pierda por el fallecimiento de la cuidadora, beneficiando a quienes ha sido los beneficiarios del cuidado mismo. Posiblemente, haya sido la inercia normativa la que ha llevado a incluir también las prestaciones por muerte y supervivencia junto a las de vejez e incapacidad permanente en su condición común de pensiones. A lo que, también, puede haber contribuido un criterio de contributividad según el cual tales prestaciones se deben en la medida en que se ha cotizado por ellas; sin embargo, no se puede olvidar que la

contributividad de esta forma de protección puede modularse y que, además, falta uno de sus elementos definitorios cual es que la aportación corresponde hacerla íntegra a la causante. Lo que no sucede en cuanto que, como se ha visto, la financiación de este sistema corresponde en gran medida al Estado.

La norma prevé también que, de forma voluntaria, la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar pueda asegurarse para la cobertura de la contingencia de la cesantía. Tampoco aquí hay justificación, en razón de las características de la tarea de cuidado, para este tipo de tutela ya que, cumpliendo la cesantía un papel de garantía económica frente al fin del trabajo o la pérdida del empleo, es muy difícil de trasladar al ámbito del trabajo no remunerado. En realidad, la cesantía, a diferencia de una prestación típica de desempleo, funciona como una compensación económica por el fin de la actividad que procede de un fondo o seguro alimentado por el empresario en caso del trabajador asalariado. Sólo desde esta perspectiva puede entenderse esta posible protección frente a la cesantía, concibiendo el tiempo de dedicación al cuidado del hogar como un tiempo de acumulación de recursos que, más que afrontar pérdida de ingresos, cumple la función de recompensa de la actividad de cuidado desarrollada. Por eso la norma la oferta de forma voluntaria a los interesados. En este caso, es claro que, al ser una opción libre de quien, no obstante, se afilia al sistema para las otras prestaciones previstas, se configura como una especie de seguro público, corriendo a cargo del propio interesado, en exclusiva, la financiación de esta específica tutela contra la cesantía. Seguramente sea una alternativa bastante marginal; lo que se desprende del tenor literal de la norma que no la incluye como parte del conjunto estándar de prestaciones diseñado para estas personas y que está constituido por las pensiones descritas.

En cuanto a la definición de las contingencias, hay una remisión general a las que se contienen en la Ley de Seguridad Social; lo resulta lógico si se acepta que el cuidado del hogar está asimilado al trabajo y resulta protegido en los mismos términos que aquél si bien, con peculiaridades.

En concreto, y por lo que hace a la jubilación ordinaria, la regla general prevista en el art. 185 LSS es que la edad mínima pensionable se sitúe en 60 años con un mínimo de 360 impositores mensuales, o un mínimo de 480 aportaciones mensuales sin límite de edad. Sin embargo, en el caso del trabajo no remunerado del hogar esa edad no podrá ser nunca inferior a los 65 años; lo que implica que la jubilación no podrá pedirse, desde el desempeño como cuidadora del hogar, antes de los 65 años. Sin embargo, esta regla limitativa de la edad no habrá de impedir a quien cotice a dicho régimen de protección que pueda acceder a la jubilación a una edad anterior, siempre que la situación de partida en el momento de solicitar la pensión de jubilación sea la de activo por desempeñar un trabajo ordinario ya que, como se ha dicho, pueden computarse las cotizaciones hechas al régimen de protección del trabajo no remunerado del hogar y, en consecuencia, sumarse a otras de tipo profesional. Junto al requisito de la edad, la LSS exige que la asegurada reúna un mínimo de 240 aportaciones mensuales (20 años); lo que, de no existir disposiciones transitorias (que no están ni en la Ley de 2015 ni en la LSS), hará que las personas que se hayan dedicado, y sigan dedicándose, exclusivamente al cuidado del hogar, tengan que esperar ese tiempo desde la entrada en vigor de la Ley para poder obtener prestaciones (esto es, hasta el año 2035). Si esto es así, está claro que quienes tengan edades cercanas a los 65 años no encontrarán interesante afiliarse, salvo que arrastren cotizaciones por otros desempeños profesionales. Lo que, aparte de hacer que esta tutela sea algo futurible y que sólo podrá concretarse tras

muchos años de cotización, hace que este sistema sea, al menos los primeros años, más una forma de ingreso de cotizaciones como fundamento de una expectativa de protección que una tutela actual.

Respecto de las dos incapacidades previstas, total y absoluta, la norma remite implícitamente también a la regulación ordinaria de la incapacidad (art. 186 LSS) que, a estos efectos, resulta un tanto confuso particularmente a la hora de diferenciar entre la incapacidad permanente total y la absoluta. En efecto, el art. 186 LSS empieza hablando de jubilación por incapacidad total y permanente, para luego diferenciar dos incapacidades según ocurran durante el desempeño de la actividad o tras de ella a las que llama igualmente como incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, refiriéndose, en fin, a una incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo que queda protegida con una prestación asistencial si no se acredita el derecho a una jubilación por incapacidad permanente total. Como puede apreciarse, una regulación confusa que podría hacer llegar a la conclusión de que, en realidad, se trata de una misma incapacidad para todo tipo de trabajo que se denomina acumulativamente como total y absoluta.

Sin embargo, la LSS, en lo que se refiere al trabajo no remunerado del hogar, sí diferencia entre ambas incapacidades a efectos de las prestaciones, siendo mejores para la absoluta; lo que, siendo las exigencias de cotización iguales (6 aportaciones mensuales para las personas que tengan entre 15 y 25 años; 36 para quienes tengan entre 26 y 45 años; y 60 para los que tengan 46 años o más) parece llevar inevitablemente esa distinción al propio terreno de la incapacidad, dividiéndola en grados. En consecuencia, será el impacto de la incapacidad en la capacidad general de la persona y, en concreto, para el desempeño de la función de cuidado, lo que permitirá encuadrarla en un nivel u otro (total o absoluta), atribuyendo mejores pensiones, como es lógico, cuando se está en presencia de la segunda. Esto es así pese a que la definición de la incapacidad que se contiene en el art. 186 de la LSS, donde se establece que se considera inválido al asegurado *“que, por enfermedad o por alteración física o mental, se hallare incapacitado para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a su capacidad, fuerzas y formación teórica y práctica, una remuneración por lo menos equivalente a la mitad de la remuneración habitual que un trabajador sano y de condiciones análogas obtenga en la misma región”*, esté pensando más en un desempeño profesional ordinario que en la tarea de cuidado del hogar.

Por lo tanto, proyectar sobre la situación del trabajo no remunerado en el hogar el concepto de incapacidad laboral o profesional encuentra dificultades de aplicación al no incluir un referente conceptual de la incapacidad adaptado a la peculiar tarea de la cuidadora del hogar, cuya incapacidad mal puede medirse respecto de una actividad, la profesional típica, que no desarrolla. De forma que sería necesario establecer un concepto propio de incapacidad, diferenciando más nítidamente entre total y absoluta, que se relacione directamente con la tarea de cuidado y establezca en qué condiciones existirá una incapacidad de una u otra naturaleza. O, alternativamente aunque no ha sido ésta la opción legal, haber establecido un único concepto de incapacidad que hubiera tenido en cuenta la naturaleza y características del trabajo no remunerado que se hace y las circunstancias que provocan que no pueda seguir desarrollándose. En definitiva, la situación protegida remite a una incapacidad que inhabilita, más que para desempeñar cualquier tipo de trabajo, para seguir desarrollando eficazmente la tarea de cuidado familiar. Una incapacidad que, además de permanente, debe ser valorada, si absoluta o no, en razón no sólo de las habilidades y

capacidades profesionales sino de la capacidad general de la persona de realizar actos cotidianos de la vida, aunque sea en beneficio de sus familiares.

3.6. Las prestaciones, su cálculo y su régimen jurídico

La forma de cálculo de las prestaciones (esencialmente, pensiones) se regula de forma diferenciada en relación con las personas afiliadas al sistema en su condición de dedicadas al cuidado del hogar familiar y que, desde esta condición, las solicitan. Una regulación que no se aplica si las mismas personas solicitan estas pensiones pero desde la situación de activo y la correspondiente afiliación por esta causa, aunque acumulen a las cotizaciones hechas como profesional activo las hechas al sistema de protección del trabajo no remunerado del hogar.

Pues bien, para la pensión de jubilación, además de la edad (65 años), estar afiliada y en alta así como al corriente en el pago de las aportaciones, se requiere, como se ha dicho, un mínimo de 240 aportaciones mensuales. Cumplidos estos requisitos, la pensión mensual de jubilación difiere según los ingresos que obtenga la unidad familiar de convivencia. De manera que, si esos ingresos (que han servido, como se ha visto, como base de cálculo de las aportaciones) son inferiores al 50 por 100 del SBU, la pensión será del 90 por 100 de la base de cálculo (recuérdese, para el primer nivel, 91,5 dólares USA), es decir, 82,35 dólares, garantizándose un mínimo de 79 dólares. En la misma línea, cuando los ingresos sean iguales o superiores al 50 por 100 del SBU e inferiores al 100 por 100, el porcentaje será del 65 por 100 de la base de cálculo (183 dólares USA), esto es, 118,95 dólares USA, con un mínimo garantizado de 115 dólares. Si los ingresos son iguales o superiores al 100 por 100 del SBU pero menores del 150 por 100, el porcentaje será del 62,5 por 100 de la base de cálculo (274,5 dólares USA), esto es, 171,56 dólares USA, con un mínimo garantizado de 165 dólares; un porcentaje que podrá incrementarse en un 1,25 por 100 por cada año adicional de aportación a partir de 20 (recuérdese que la cotización mínima son 240 aportaciones mensuales, es decir, justamente los 20 años), con un máximo del 85 por 100 de la base de cálculo (esto es, 233,32 dólares USA). Finalmente, las mismas reglas que en este último caso rigen si los ingresos familiares son iguales o superiores al 150 por 100 de del SBU, donde la base de cálculo será de 366 dólares USA y el porcentaje será también del 62,5 por 100, con un mínimo garantizado de 221 dólares USA; porcentaje que podrá incrementarse de la misma manera hasta el 85 por 100 (esto es, 311,10 dólares USA), con un mínimo garantizado de 221 dólares.

El elemento contributivo se presenta, por tanto, atenuado, como es lógico si se tiene presente que el Estado contribuye de forma importante a la financiación de las aportaciones, de manera que, mientras más bajos sean los ingresos de la unidad familiar, mayor será el porcentaje aplicable a la base de cálculo: del 90 por 100 en el primer nivel al 62,5 por 100 de los dos últimos, pasando por el 65 por 100 del segundo. Se protege, en consecuencia, en razón de lo que se ha aportado pero corrigiendo este efecto por la influencia de los recursos de la unidad familiar, teniendo relevancia la finalidad de proteger en mayor medida las unidades familiares con menores ingresos y en peor situación económica. Sin embargo, y puesto que la base de cálculo para la determinación de las prestaciones está en función de las aportaciones realizadas, este mejor tratamiento de las unidades familiares con menores ingresos queda desdibujado ya que precisamente son estas unidades las que cotizarán por bases de aportación más bajas, recuperando en alguna medida la idea contributiva. Esto es

así en la medida en que la base de cálculo de la pensión de jubilación, como de cualquier otra pensión, es el resultado de tomar en consideración el promedio de todas las bases de aportación que se hayan registrado desde el año 2003, actualizadas con la inflación, pues así lo establece expresamente la LSS. Lo que permite computar también otras cotizaciones hechas por otras actividades profesionales, situaciones en las que tiene mayor virtualidad la garantía de mínimos.

Por lo que se refiere a las pensiones de incapacidad, y al margen de las aportaciones mínimas necesarias, la contributividad hace acto de presencia aunque matizada por la naturaleza de la contingencia puesto que, dado el carácter mucho más imprevisible de la incapacidad y el hecho de que pueda afectar a cualquier persona al margen de la edad, la exigencia general de las 60 aportaciones (cinco años) se ve reducida si la edad de la incapacitada es menor debido a la imposibilidad o mayor dificultad de reunir esas cotizaciones cuando la edad es menor. Una exigencia que, de nuevo, remite al futuro la efectividad de la protección al no preverse normas transitorias.

Al margen de lo anterior, la cuantía de las pensiones es, en el caso de la incapacidad permanente absoluta, igual a la de la pensión de jubilación, salvo la posibilidad de incrementar los porcentajes de cotización por aportaciones superiores a los 20 años, regla que aquí carece de sentido. En cuanto a la incapacidad permanente total, partiendo de los mismos cuatro niveles de determinación de la cuantía de las prestaciones, los porcentajes aplicables a la base de cálculo serán, respectivamente, del 80 por 100 (con un mínimo garantizado de 70 dólares), del 60 por 100 (con un mínimo de 106 dólares), del 55 por 100 (con un mínimo de 146 dólares) y del 55 por 100 (con un mínimo de 194 dólares). La cuantía, pues, de la pensión de incapacidad, además de medirse por el grado de la misma (total o absoluta), se fija en razón de los ingresos familiares, siendo más alta proporcionalmente que las que corresponden a los hogares con ingresos más elevados. En todo caso, la ley permite a quien pueda tener derecho, de forma simultánea, a las pensiones de incapacidad y jubilación optar por una de ellas a su libre elección.

Por lo que se refiere a las pensiones de viudedad y orfandad, además de exigir vínculo conyugal o el registro legal como pareja de hecho, la ley dispone que será necesario acreditar al menos dos años de vida marital o, alternativamente, la existencia de hijos en común. Un requisito razonable como manifestación no sólo de la existencia de la unidad de convivencia como de la realidad y posibilidad del cuidado mismo. Pero que abre el interrogante de qué deba entenderse por hijos en común, si sólo de los que lo son de los dos componentes de la unidad familiar o si pueden computarse hijos de cada uno de los miembros del matrimonio o pareja de hecho pero aportados a la unidad familiar de convivencia. En todo caso, la ley, reforzando la idea contributiva, exige el mismo número de cotizaciones que para la incapacidad según la edad de la persona fallecida; y establece, según los habituales cuatro niveles, las mismas cuantías prestacionales que para la incapacidad permanente total, sólo que la base de cálculo será, en el supuesto de que el fallecido sea pensionista de jubilación o de incapacidad, la cuantía misma de la última pensión percibida. Una situación que, cuando menos, puede suscitar perplejidad ya que, si bien una pensionista de jubilación puede ser perfectamente cuidadora del hogar, es algo más dudoso que lo pueda ser alguien en situación de incapacidad, y mucho menos si absoluta. De nuevo, quizás, la inercia normativa, al tener como referente la pensión ordinaria de viudedad u orfandad, ha llevado a incluir en esta tutela especial este tipo de previsión.

4. OBSERVACIONES FINALES

La protección social de las personas que desempeñan trabajo no remunerado del hogar que se acaba de describir constituye un meritorio intento de cumplir el mandato constitucional a la vez de innovar en el terreno del campo subjetivo de protección de lo contributivo merced a una asimilación de ese trabajo con cualquiera actividad productiva, con lo que ello supone de reconocimiento social de esa tarea de cuidado. Pero se trata de una tutela cuya articulación no se muestra sencilla, esencialmente, porque en realidad no se trata del desarrollo de una actividad profesional más o menos estandarizada, que es el referente de todas las normas que regulan los distintos aspectos de las prestaciones contributivas (por más que se asimile esa tarea a la de un trabajador autónomo). Lo evidencian las numerosas cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo del trabajo que requieren una cuidadosa adaptación, no siempre fácil, de lo regulado en relación con las personas profesionalmente activas y con las prestaciones que se prevén para ellas. Aspectos como la determinación de los sujetos a proteger, las reglas de afiliación y cotización y las características de las prestaciones han obligado a un esfuerzo de acomodación que no siempre ha sido completo ni ha resuelto todos los interrogantes técnicos que se suscitan.

De todas formas, la iniciativa puesta en marcha en el Ecuador debe valorarse de forma positiva como un primer y novedoso intento de incluir a estas personas, habitualmente al margen de la tutela social directa, en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. Y, como toda innovación, lleva en sí la carga de ser, con todas sus ventajas e inconvenientes, pionera en el esfuerzo de traer a la realidad normativa un fenómeno social extendido como es el de la dependencia económica de las mujeres que se ocupan de formar exclusiva el hogar de las personas a las que dispensan sus cuidado. Protegerlas social y económicamente en las situaciones más graves de necesidad es un logro del Estado Social, que es como define la Constitución a la República del Ecuador, que debe ser muy favorablemente acogido.

La Actualización de Pensiones en Alemania. Un Estudio desde la Perspectiva del Derecho Español

The Updating of Pensions in Germany. A Study from the Point of View of Spanish Law

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

PROFESOR DOCTOR CONTRATADO INDEFINIDO
E.U. DE RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS
CENTRO ADSCRITO, UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

Sobre la base de nuestra raquítica subida de las pensiones, en un 0,25 por ciento para el corriente año 2016, este trabajo analiza los fundamentos jurídicos (estructurales y coyunturales) conducentes a que en Alemania, en este mismo año 2016, las pensiones contributivas hayan subido 42,5 euros mensuales, en los Estados federados del Oeste, y 59,5 euros mensuales, en los Estados federados del Este.

Abstract

On the basis of our meager increase of the pensions, up to a 0,25 per cent for the current year 2016, this work analyses the legal (structure and conjuncture) foundations leading in Germany, in this same year 2016, to an increase of the contributory pensions up to 42,5 euros per month, in the West Länder, and up to 59,5 euros per month, in the East Länder.

Palabras clave

Pensiones, Revalorización, Derecho comparado, Alemania, España

Keywords

Pensions, Updating, Comparative Law, Germany, Spain

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

1. Como es sabido, la Ley 23/2013, de 23 diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social¹, produjo un doble impacto en nuestro ordenamiento jurídico de seguridad social. En primer lugar, un impacto diferido en el tiempo, pues «el factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 1 de enero de 2019»². En segundo lugar, un impacto inmediato, relativo al índice de revalorización de las pensiones, pues –sobre la base de que «la presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”»³, cosa que ocurrió el 27 diciembre 2013– dicho nuevo índice se aplicó «a partir del día 1 de enero de 2014»⁴, sustituyendo al que se aplicaba desde 1997⁵. A este último efecto, la Ley 23/2013 procedió a

¹ Fundamental sobre ella, véase J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis 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*, Tecnos (Madrid, 2014), págs. 11 y ss.

² Disposición final quinta, apartado 2.

³ *Ibidem*, apartado 1.

⁴ Cfr. Preámbulo, apartado III, párrafo quinto.

⁵ Al respecto, véase S. GONZÁLEZ ORTEGA, «El nuevo régimen de revalorización de las pensiones», *Relaciones laborales*, núm. 5 (2014), págs. 153 y ss.

modificar nuestra tercera Ley general de Seguridad Social de 1994, por aquel entonces vigente, dando nueva redacción a su artículo 48 (rotulado «Revalorización»), reemplazando el viejo índice de revalorización (basado en «su actualización de acuerdo con el índice de precios de consumo previsto»)⁶ por otro nuevo índice, determinado según una compleja «expresión matemática», que dicho artículo 48 reproducía. Tras la promulgación de nuestra cuarta y actualmente vigente Ley general de Seguridad Social de 2015, el recién citado artículo 48 ha pasado a ubicarse en el artículo 58 del nuevo texto refundido, mientras que –al margen de dicho texto refundido– la disposición final única del Real Decreto Legislativo que lo aprueba (por tanto, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre), después de indicar que «el presente real decreto legislativo y el texto refundido que aprueba entrarán en vigor el 2 de enero de 2016»⁷, matiza que «el factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del texto refundido, únicamente se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 1 de enero de 2019»⁸.

2. Sobre la base de que «las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»⁹, desde el 1 enero 2014 y hasta el momento presente se han materializado hasta tres revalorizaciones anuales periódicas de las pensiones, a través de las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo directo de la Ley presupuestaria estatal. Se trata del Real Decreto 1045/2013, de 27 diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014; del Real Decreto 1107/2014, de 26 diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014; y del Real Decreto 1170/2015, de 29 diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016. Son tres normas decepcionantes, pues –sobre la base, según la Ley general de Seguridad Social enmendada en 2013, de que «en ningún caso el resultado obtenido [por la aplicación de la fórmula matemática de la revalorización] podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el período anual anterior a diciembre del año t, más 0,50 por ciento»¹⁰– resulta que dichos tres Reales Decretos se limitan a aplicar el incremento mínimo. En efecto, los tres contienen una disposición clónica, a cuyo tenor «las pensiones comprendidas en el apartado 1 del artículo anterior, causadas con anterioridad al 1 de enero de 2014 [o de 2015, o de 2016, respectivamente] y no concurrentes con otras, se revalorizarán el 0,25 por ciento»¹¹. Como ahora mismo se comprobará, esta situación contrasta radicalmente con el estado de cosas existente en Alemania.

3. Este estado de cosas lo resume, creo que a la perfección, una noticia fechada el 20 abril 2016 y publicada en el sitio en Internet del Ministerio federal alemán de Trabajo y de

⁶ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), págs. 230 y ss.

⁷ Párrafo primero.

⁸ Párrafo tercero.

⁹ Artículo 58, apartado 1 (antiguo artículo 48, apartado 1) de la Ley general de Seguridad Social.

¹⁰ Artículo 58, apartado 2, párrafo último.

¹¹ Cfr. sus respectivos artículos 3, apartado 1.

Seguridad Social (*Bundesministerium für Arbeit und Soziales*)¹², en la que se afirma lo siguiente: «La subida de pensiones más fuerte desde hace dos décadas: un 4,25 por ciento más en el Oeste, y un 5,95 por ciento más en el Este». La noticia continúa reproduciendo unas declaraciones de la actual titular de dicho Ministerio federal, la socialista Sra. Andrea NAHLES, en los siguientes términos literales: «La actualización de pensiones de este año es la subida más fuerte desde hace 23 años. La buena situación del mercado de trabajo [*die gute Lage auf dem Arbeitsmarkt*], el crecimiento de la economía [*das Wachstum der Wirtschaft*] y los salarios en alza [*die steigenden Löhne*] –no últimamente por el salario mínimo [introducido con efectos de 1 enero 2015]– vienen a favorecer directamente, en consecuencia, también a las y los pensionistas. Esto es justo. Se protege la pensión contributiva [*Die umlagefinanzierte Rente bewährt sich*]. Es y se mantiene como el pilar central de nuestro sistema de seguro de vejez. Esto es una buena noticia, precisamente en tiempos de intereses más bajos [*in Zeiten niedriger Zinsen*]. El incremento no tiene ninguna repercusión en la tarifa de cotización al seguro de pensiones [*hat keine Auswirkung auf den Beitragssatz zur Rentenversicherung*], y ésta se mantiene estable para los años venideros en el 18,7 por ciento»¹³. La noticia continúa explicando cuáles son los fundamentos jurídicos en que se basa este incremento, tan contrastante con el raquíutico que venimos teniendo en España (a pesar del crecimiento económico significativo y sostenido en nuestro país, al menos estos dos últimos años). De estos fundamentos económicos trataremos a continuación. Lo haremos distinguiendo, de un lado, el marco legal estructural rector de la actualización de pensiones en Alemania, y de otro lado, el marco reglamentario coyuntural en el que se encarna dicha actualización, año tras año.

2. EL MARCO LEGAL ESTRUCTURAL

4. En Alemania, el marco legal estructural regulador de la revalorización de las pensiones se encuentra contenido, dentro del Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), en su Libro Sexto («Seguro legal de pensiones [*Gesetzliche Rentenversicherung*]), promulgado en su día por Ley de 18 diciembre 1989 y últimamente modificado por Ley de 21 diciembre 2015¹⁴. Se trata de un Libro gigantesco, que consta de más de trescientos párrafos agrupados en seis Capítulos, de los cuales sólo interesa considerar –a nuestros peculiares efectos– su Capítulo Segundo (rotulado «Prestaciones [*Leistungen*]). Dentro de él, sólo interesa considerar los siete párrafos que conforman el Título Segundo de la Subparte Tercera de su Parte Segunda, que son los párrafos 64 a 69 (el párrafo 68 se encuentra desdoblado en dos preceptos distintos), resultando ser el rólulo –que lo dice todo– de dicho Título Segundo el de «Cálculo y actualización de pensiones

¹² Ubicado en www.bmas.de.

¹³ Sobre la Ley alemana reguladora del salario mínimo, a que el texto entrecomillado alude implícitamente, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41 (2015), págs. 439 y ss. También, desde la perspectiva estricta del Derecho de la seguridad social, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El impacto de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo general sobre el Código alemán de Seguridad Social. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3 (2015), págs. 175 y ss.

¹⁴ Contextualizándolo, véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), págs. 197 y ss.

[*Berechnung und Anpassung der Renten*]]¹⁵. Si comparado este conjunto de párrafos con el artículo 58 de nuestra Ley general de Seguridad Social, resulta evidente que las normas alemanas han sido redactadas por juristas (en consecuencia, hombres de letras), mientras que el precepto español, y especialmente, su apartado 2, sólo puede haber sido redactado por matemáticos o similares (en consecuencia, hombres de ciencias). Baste indicar para probarlo que el precepto clave alemán, justamente el primero de dicho Título Segundo (rotulado «Fórmula de las pensiones para el importe mensual de la pensión [*Rentenformel für Monatsbetrag der Rente*]]»), trata de la fórmula matemática básica –siempre a nuestros concretos efectos–, pero redactada en términos legibles y comprensibles para todos (incluidos los hombres de letras), afirmándose en ese precepto clave que el importe mensual de la pensión, bien inicial, bien revalorizado, es el resultado de multiplicar tres factores; y en términos literales, «el importe mensual de la pensión [*der Monatsbetrag der Rente*] se desprende de ... los puntos retributivos personales, calculados teniendo en cuenta el factor de entrada, ... el factor de clase de pensión y ... el valor actual de las pensiones, multiplicados entre sí [*miteinander vervielfältigt werden*] por su valor al comenzar las pensiones»¹⁶.

5. Sobre la base –de acuerdo con matemáticas elementales– de que el orden de los factores no altera el producto, empezaré relatando a qué se refiere el segundo de los factores de multiplicación recién mencionados, pues permite determinar el ámbito objetivo de aplicación de todo el conjunto de preceptos a que nos referimos (y yo diría incluso, que de todo el Libro Sexto del Código alemán de Seguridad Social)¹⁷. Se trata del elemento relativo al «factor de clase de pensión [*Rentenartfaktor*]]¹⁸, regulado en el párrafo 67, según el cual –en lo esencial– este factor asciende a «1,0» en los casos de «pensiones por causa de edad [*wegen Alters*]]¹⁹ y de «pensiones por causa de disminución laboral total [*wegen voller Erwerbsminderung*]]²⁰; a «0,55», como regla, en el caso de «pensiones completas para viudas [*großen Witwenrenten*] y pensiones completas para viudos»²¹; a «0,5», en los casos de «pensiones por causa de disminución laboral parcial [*wegen teilweiser Erwerbsminderung*]]²²; a «0,2», en el caso de «pensiones de orfandad absoluta [*Vollwaisenrenten*]]²³; y a «0,1», en el caso de «pensiones de orfandad simple [*Halbwaisenrenten*]]²⁴. Por su parte, el primero de los multiplicadores de la fórmula se refiere a «los puntos retributivos personales, calculados teniendo en cuenta el factor de entrada», teniendo en cuenta que tales puntos (de algún modo equivalentes a nuestros años de cotización) aparecen regulados en el párrafo 66, precisamente con ese rótulo («Puntos

¹⁵ Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013), págs. 333 y ss.

¹⁶ Párrafo 64.

¹⁷ Sobre el ámbito personal del seguro legal alemán de pensiones, véase A. KOKEMOOR, *Sozialrecht*, 6ª ed., Vahlen (Múnich, 2014), págs. 81 y ss.

¹⁸ Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., cit., pág. 340.

¹⁹ Núm. 1.

²⁰ Núm. 3.

²¹ Núm. 6.

²² Núm. 2.

²³ Núm. 8.

²⁴ Núm. 1.

retributivos personales [*Persönliche Entgeltpunkte*])²⁵, a cuyo tenor devengan puntos hasta diez situaciones de hecho distintas, entre las cuales destacan los «períodos de cotización [*Beitragszeiten*])²⁶, los «complementos en los puntos retributivos por un salario derivado de un empleo marginal [*Zuschläge an Entgeltpunkten für Arbeitsentgelt aus geringfügiger Beschäftigung*])²⁷ (esto es, los popularmente llamados «*minijobs*»), y por último –sobre la base de que los pensionistas alemanes siguen cotizando, a efectos de determinadas contingencias contributivas (por ejemplo, dependencia)²⁸–, los «complementos en los puntos retributivos derivados de cotizaciones tras el comienzo de una pensión por causa de edad [*Zuschläge an Entgeltpunkten aus Beiträgen nach Beginn einer Rente wegen Alters*])²⁹. En fin, el tercer factor –sin duda, el más complejo y, al mismo tiempo, también el más decisivo (y esperado)– es el «valor actual de las pensiones», respecto del que el párrafo 68 (precisamente con ese rótulo, esto es, «*Aktueller Rentenwert*») ³⁰ afirma lo siguiente: 1) «el valor actual de las pensiones es el importe que corresponde a la pensión mensual por causa de edad del seguro general de pensiones, cuando por un año natural se han pagado cotizaciones basadas en la retribución promediada»³¹; 2) «el 30 junio 2005 el valor actual de la pensión asciende a 26,13 euros»³²; y 3) «se modifica el 1 julio de cada año», teniendo en cuenta, a su vez, otros tres factores, a saber: a) «salarios brutos y retribuciones brutas [*Bruttolöhne und -gehälter*] correspondientes a los trabajadores», b) «tarifa de cotización [*Beitragsatzes*] del seguro general de pensiones», y c) «factor de sostenibilidad [*Nachhaltigkeitsfaktor*]». Estos otros tres factores se describen luego minuciosamente en los apartados 2 a 7 del propio precepto (incorporando incluso la fórmula matemática relativa al factor de sostenibilidad, aunque el legislador alemán tiene la delicadeza de describirnos en pocas palabras la esencia de dicha fórmula, afirmando que «el factor de sostenibilidad se calcula mediante la multiplicación por un parámetro alfa del resultado de restar al valor uno el de dividir el cociente de pensionistas en el año natural en curso entre el del año natural transcurrido, incrementándose con la suma del valor 1») ³³, con la consecuencia de que el resultado de todos estos cálculos, que permite conocer el «valor actual de las pensiones», se hace público el 1 julio de cada año, a través de la correspondiente norma reglamentaria coyuntural, de que hablaremos luego.

6. Complementa esta regulación, para tranquilidad de los pensionistas alemanes, el párrafo 68a (rotulado «Cláusula de protección [*Schutzklausel*])³⁴. Su finalidad es impedir, por causa de la aplicación ciega de los factores y operaciones matemáticas a que acabamos

²⁵ Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., cit., págs. 336 y ss.

²⁶ Apartado 1, núm. 1.

²⁷ *Ibidem*, núm. 6.

²⁸ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), págs. 70-71.

²⁹ Apartado 1, núm. 8.

³⁰ Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., cit., págs. 341 y ss.

³¹ Apartado 1, inciso primero.

³² *Ibidem*, inciso segundo.

³³ Apartado 4, inciso primero.

³⁴ Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., cit., págs. 347 y ss.

de hacer referencia, que se produzca una bajada (o si se quiere, revalorización negativa) de la cuantía de las pensiones (lo que en España, aparentemente, no sería posible)³⁵. Al respecto, el párrafo en cuestión afirma –en lo esencial– lo siguiente: 1) «no se minora el vigente valor actual de las pensiones cuando el valor actual de las pensiones calculado al amparo del párrafo 68 sea más reducido que el valor vigente actual de las pensiones»³⁶; 2) «la porción de la minoración desechada (necesidad de compensación [*Ausgleichsbedarf*]) se compensará con incrementos del valor actual de las pensiones»³⁷, teniendo en cuenta que «la compensación no produce una minoración del vigente valor actual de las pensiones»³⁸; y 3) «en los años en los que haya que aplicar ...[esta cláusula de protección], se calculará la necesidad de compensación mediante la división del valor actual de las pensiones calculado al amparo del párrafo 68 por el valor vigente actual de las pensiones (factor de compensación [*Ausgleichsfaktor*])»³⁹, teniendo en cuenta que «el valor de la necesidad de compensación se modifica multiplicando el valor determinado en el año anterior por el factor de compensación del año en curso»⁴⁰. Todos estos extremos aparecen después cuantificados en la normativa reglamentaria coyuntural a que nos referiremos luego. Sí podemos anticipar la importancia que este párrafo 68a otorga al ordinal «1,0000» –al que se refiere expresamente hasta en tres ocasiones–, resultando ser su afirmación capital la relativa a que «si el valor actual de las pensiones calculado al amparo del párrafo 68 es mayor que el vigente valor actual de las pensiones y el valor de la necesidad de compensación determinada en el año anterior es menor que 1,0000, el nuevo valor actual de las pensiones se calculará, frente a lo dispuesto en el párrafo 68, mediante la multiplicación del vigente valor actual de las pensiones por la mitad del factor de actualización»⁴¹.

3. EL MARCO REGLAMENTARIO COYUNTURAL

7. Los preceptos agrupados en el Título Segundo del Libro Sexto del Código alemán de Seguridad Social, que vengo comentando, concluyen con el párrafo 69 (rotulado «Habilitación Reglamentaria [*Verordnungsermächtigung*])»⁴², en el que se afirma –entre otras cosas– que «el Gobierno federal tiene que determinar, por medio de Reglamento [*durch Rechtsverordnung*] con el consentimiento de la Cámara Alta [*mit Zustimmung des Bundesrates*], el valor actual de las pensiones aplicable el 1 julio del año correspondiente, y la necesidad de compensación hasta el 30 junio del año correspondiente»⁴³, completando así

³⁵ Téngase en cuenta, a estos efectos, el tenor del citado párrafo último del apartado 2 del artículo 58 de la Ley general de Seguridad Social («*en ningún caso* el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ...»)

³⁶ Apartado 1, inciso primero.

³⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁸ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁹ Apartado 2, inciso primero.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴¹ Apartado 3, inciso primero.

⁴² Al respecto, véase R. KREIKEBOHM (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., cit., pág. 350.

⁴³ Apartado 1. El precepto continúa afirmando que «el Gobierno federal, por medio de Reglamento con el consentimiento de la Cámara Alta, tiene que determinar al finalizar cada año ... para el año natural en curso, el salario promedio redondeado en euros, en el anexo 1, que se corresponda con la evolución de los salarios brutos y las retribuciones brutas de los trabajadores correspondientes ...[y] para el siguiente año natural, el salario promedio provisional redondeado en euros que resulte, cuando el salario promedio para el año natural en curso se modifique el doble del porcentaje en que el salario promedio del año natural en curso se ha modificado frente (...)

sentido de los parágrafos precedentes a él, a que acabo de hacer referencia. Con su esperada puntualidad y escurpulosidad prusianas, el Gobierno federal y la Cámara Alta vienen cumpliendo sus deberes al respecto, lo que culmina con la publicación del correspondiente Reglamento coyuntural anual en el Boletín Federal Oficial (*Bundesgesetzblatt*)⁴⁴. Hubo, sin embargo, una excepción, pues la actualización de pensiones contributivas alemanas correspondiente al año 2008 se desvió –formalmente hablando– de este *iter* procedimental. En efecto, cuando ya era evidente que la crisis económica de las hipotecas basura iba a acabar repercutiendo en todo el mundo («la crisis financiera e inmobiliaria originada en los Estados Unidos a partir del año 2007, repercutió principalmente en Alemania, en un primer momento, en el sector bancario»)⁴⁵, se promulgó en Alemania la Ley sobre actualización de las pensiones de 2008 (*Gesetz zur Rentenanpassung 2008*), que es una Ley «madre», con una Ley «hija» suya⁴⁶. Esta última aparecía contenida en el artículo 2 de la primera, rotulado «Ley sobre la determinación del valor actual de las pensiones a partir de 1 julio 2008 (Ley de determinación del valor de las pensiones de 2008 – RWBestG 2008)», teniendo en cuenta que esta larga expresión contiene la denominación larga de la Ley («*Gesetz über die Bestimmung der aktuellen Rentenwerte ab 1. Juli 2008*»), la denominación breve de la propia Ley («*Rentenwertbestimmungsgesetz 2008*») y, por último, su abreviatura oficial («*RWBestG 2008*»)⁴⁷. La estructura de esta Ley, concebida alrededor de sólo cinco parágrafos, es idéntica a la de los Reglamentos usuales anuales, en materia de actualización de pensiones. Estos últimos se dictaron luego sin mayores sobresaltos, en los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015⁴⁸.

8. En el citado portal en Internet del Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social, aparece ya publicado el Reglamento coyuntural de actualización de pensiones aprobado por el Gobierno federal alemán, correspondiente al año 2016 (su denominación larga es «*Verordnung zur Bestimmung der Rentenwerte in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Alterssicherung der Landwirte zum 1. Juli 2016*», su denominación breve es «*Rentenwertbestimmungsverordnung 2016*», y su abreviatura oficial

al salario promedio del año natural anterior», teniendo en cuenta que «la determinación debe producirse hasta el 31 diciembre del año correspondiente».

⁴⁴ Sobre publicidad de las normas allí, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La publicidad del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 42 (2008), págs. 183 y ss.

⁴⁵ Véase H. BRECHT-HEITZMANN, «Medidas jurídicas laborales y de seguridad social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN], *Tribuna Social*, núm. 230 (2010), pág. 13. También, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Capítulo 27. El impacto de la crisis económica sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Alemania y en Austria», en J.I. GARCÍA NINET (Director) y P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO (Coordinadora), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 841 y ss.

⁴⁶ Sobre dichos conceptos, véase A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), pág. 3.

⁴⁷ Sobre la utilidad de estas abreviaturas oficiales, a efectos no sólo de la localización de las fuentes jurídicas normativas alemanas, sino también de su cita, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 28 y ss.

⁴⁸ Todos ellos aparecen almacenados en el sitio oficial de difusión en Internet del Derecho alemán, ubicado en www.gesetze-im-internet.de.

es «*RWBestV 2016*»). Su estructura es idéntica a la de los Reglamentos coyunturales de años anteriores, articulándose alrededor de sólo seis preceptos. De entre ellos, los preceptos clave son, de un lado, su parágrafo 1 (rotulado «Establecimiento del valor actual de las pensiones [en el Oeste] y del valor actual de las pensiones (Este) [*Festsetzung des aktuellen Rentenwerts und des aktuellen Rentenwerts (Ost)*])», en el que se afirma que «el valor actual de las pensiones asciende, a partir de 1 julio 2016, a 30,45 euros»⁴⁹, y que «el valor actual de las pensiones (Este) asciende, a partir de 1 julio 2016, a 28,66 euros»⁵⁰; y de otro lado, su parágrafo 3 (rotulado «Necesidad de compensación [en el Oeste] y necesidad de compensación (Este) [*Ausgleichsbedarf und Ausgleichsbedarf (Ost)*])», en el que se afirma que «la necesidad de compensación [en el Oeste] asciende, a partir de 1 julio 2016, a 1,0000»⁵¹, y que «la necesidad de compensación (Este) asciende, a partir de 1 julio 2016, a 1,0000»⁵². Sólo falta en este Reglamento, si comparado con los de los años precedentes, la «fórmula final [*Schlussformel*]» (en realidad, una disposición final), en la que ritualísticamente se afirma que «la Cámara Alta ha consentido [*Der Bundesrat hat zugestimmt*]». Una vez obtenido este consentimiento, el Reglamento se publicará en el citado Boletín Oficial Federal, cosa que sucederá –si se mantienen, como resulta totalmente previsible, los precedentes– a mediados del próximo mes de junio.

9. La noticia fechada el 20 abril 2016, a que aludíamos más arriba⁵³, concluye indicando –con la finalidad de poner en claro, para el ciudadano y pensionista corriente, el galimatías de cuentas, fórmulas y abstracciones a que acabamos de hacer referencia– que «sobre la base de los datos obrantes, se deriva un incremento del valor actual de las pensiones [en el Oeste] de los presentes 29,21 euros a 30,45 euros, así como un incremento del valor actual de las pensiones (Este) de los presentes 27,05 euros a 28,66 euros», que «esto conlleva una actualización de las pensiones del 4,25 por ciento en los viejos Estados federados y del 5,95 por ciento en los nuevos Estados federados», y que «en consecuencia, el valor actual de las pensiones asciende ahora en los nuevos Estados federados a un 94,1 por ciento de su valor en el Oeste (hasta el momento presente, un 92,6 por ciento)». Concluiré con sólo dos afirmaciones, que se desprenden con relativa claridad de este texto. De un lado, la de que la digestión de los «nuevos» Estados federados de la vieja República Democrática de Alemania (esto es, Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia) ha revelado ser una digestión pesadísima, a pesar de los muchos años transcurridos desde la caída del muro de Berlín, aunque parece que el final de dicho proceso fisiológico está más cerca⁵⁴. De otro lado –sobre la base, según el dicho popular, de que las comparaciones son siempre odiosas–, la relativa a que aquí resulta especialmente odioso comparar la subida de las pensiones de que se beneficiarán para el corriente año 2016 (y la mitad del 2017) los pensionistas contributivos alemanes (esto es, para una pensión de 1.000 euros mensuales, una actualización o subida de 42,5 euros mensuales en el Oeste, y de 59,5 euros mensuales en el Este, correspondientes a los recién citados porcentajes de subida del

⁴⁹ Apartado 1.

⁵⁰ Apartado 2.

⁵¹ Apartado 1.

⁵² Apartado 2.

⁵³ Núm. 3.

⁵⁴ Sobre «Besonderheiten der Rentenversicherung in den neuen Bundesländern», véase B. BARON VON MAYDELL, F. RULAND y U. BECKER (Editores), *Sozialrechtshandbuch*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2012), págs. 912 y ss.

«4,25 por ciento» y del «5,95 por ciento», respectivamente), con la que se impone a nuestros pensionistas durante todo el año 2016 (recuérdese, la subida de un raquíctico 0,25 por ciento). Dejo en el aire el valor que para los juristas merecen las comparaciones, remitiendo a la lectura de la disposición adicional tercera de nuestro clásico, más que meramente viejo, Código Civil de 1889⁵⁵.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARUFE VARELA, A., Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007).
- ARUFE VARELA, A., La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana, Netbiblo (A Coruña, 2008).
- ARUFE VARELA, A., «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008).
- BARON VON MAYDELL, B., RULAND, F. y BECKER, U. (Editores), *Sozialrechtshandbuch*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2012).
- BRECHT-HEITZMANN, H., «Medidas jurídicas laborales y de seguridad social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN], *Tribuna Social*, núm. 230 (2010).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El nuevo régimen de revalorización de las pensiones», *Relaciones laborales*, núm. 5 (2014).
- KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 6ª ed., Vahlen (Múnich, 2014).
- KREIKEBOHM, R. (Editor), SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2013).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La publicidad del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 42 (2008).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41 (2015).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El impacto de la nueva Ley alemana reguladora del salario mínimo general sobre el Código alemán de Seguridad Social. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3 (2015).

⁵⁵ Desempolvándola, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), pág. 15.

- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015).
- 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 USA, Labor and Social Security Law, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «Capítulo 27. El impacto de la crisis económica sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Alemania y en Austria», en J.I. GARCÍA NINET (Director) y P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO (Coordinadora), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier (Barcelona, 2014).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013).
- MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis 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, Tecnos (Madrid, 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. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES.- PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS [COM (2016) 128, 8-3-16]

Dentro del Programa de trabajo de la Comisión Europea para 2016 se incluye la revisión de la Directiva 96/71/CE con dos objetivos fundamentales: hacer frente a las prácticas desleales que se producen en este ámbito y promover el principio de que un mismo trabajo en un mismo lugar debe remunerarse de la misma manera.

La Directiva 96/71/CE regula tres tipos de desplazamientos:

1. La prestación directa de servicios por una empresa en el marco de un contrato de servicios
2. El desplazamiento en el contexto de un establecimiento o una empresa que pertenezca al mismo grupo (desplazamiento intragrupo)
3. El desplazamiento mediante la cesión de un trabajador por una Empresa de Trabajo Temporal establecida en otro Estado miembro.

La Directiva de 1996 introduce el marco reglamentario de la UE para alcanzar un equilibrio entre tres objetivos fundamentales:

- promover y facilitar la prestación transfronteriza de servicios
- proteger a los trabajadores desplazados
- garantizar una competencia leal entre los competidores extranjeros y locales

Para ello, incluye un núcleo de condiciones de trabajo y empleo en el Estado miembro de acogida que deben observar obligatoriamente los prestadores de servicios extranjeros: períodos máximos de trabajo; períodos mínimos de descanso; cuantías del salario mínimo; duración mínima de las vacaciones anuales; las condiciones de suministro de mano de obra, salud, seguridad e higiene; protección de las mujeres embarazadas; igualdad de trato.

Por otro lado, la Directiva 2014/67/CE sobre la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE prevé instrumentos nuevos y reforzados para combatir y sancionar cualquier abuso, elusión o fraude. La fecha límite de transposición de esta Directiva es el 18 de junio de 2016, y hasta el momento sólo la han llevado a cabo Francia, Alemania, Bélgica y Austria.

Pese a todo, se ha ido poniendo de manifiesto prácticas abusivas y fraudulentas en muchos sectores, particularmente en el sector de transporte por carretera. Así, es frecuente la existencia de filiales ficticias, por parte de empresas de transporte residentes en los países occidentales, para favorecerse de los menores costes fiscales y laborales, principalmente en países del este y sin los estrictos controles de la Inspección del Transporte (empresas españolas de este sector tienen constituidas “empresas buzón” en países como Rumanía, Bulgaria o Portugal, o se crean falsas cooperativas de transporte).

La Propuesta de revisión se centra en el marco establecido en la Directiva 96/71/CE, sin afectar a la Directiva sobre la garantía de cumplimiento, si bien ambas son complementarias entre sí y se refuerzan mutuamente. Esta Propuesta constituye la base de las iniciativas a favor del sector del transporte por carretera, dentro del Programa de trabajo de la Comisión para 2016. También puede actuar asimismo en este ámbito de forma positiva la Plataforma Europea para la prevención y disuasión de trabajo no declarado.

La base jurídica en la que se apoya la Propuesta de revisión es el art. 53, ap.1 y art. 62 TFUE. La Propuesta de revisión respeta el principio de proporcionalidad en el sentido establecido por jurisprudencia reiterada del TJUE: las restricciones a la libre prestación de servicios sólo pueden aceptarse si se justifican por razones imperiosas de interés general, relacionadas con la protección de los trabajadores y que deben ser proporcionadas y necesarias.

La Propuesta de revisión no armoniza los costes de la mano de obra en Europa, se limita a garantizar condiciones adaptadas al coste de la vida y al nivel de vida del Estado miembro de acogida durante el tiempo que dure la cesión de los trabajadores desplazados.

El artículo 1 de la propuesta introduce varias modificaciones en la Directiva 96/71/CE:

1º.- El apartado 1 añade un nuevo artículo 2 bis a la Directiva, en el que se aborda la legislación laboral aplicable a los trabajadores desplazados cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de veinticuatro meses. Esto se entiende sin perjuicio de la posible duración de una prestación temporal de servicios. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la distinción entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios con carácter temporal debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta no solo la duración sino también la frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación.

El apartado 1 del nuevo artículo 2 bis es aplicable cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de veinticuatro meses. En ambos casos, el Estado miembro de acogida debe considerarse el país en el que se realiza el trabajo habitualmente. En aplicación de las normas del Reglamento de Roma I [Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.7.2008)], la legislación laboral del Estado miembro de acogida se aplicará al contrato de trabajo de los trabajadores desplazados en caso de que las partes no hubieran decidido un régimen jurídico diferente. En caso de haber hecho una elección diferente, el resultado de la misma no puede ser el de privar al empleado de la protección a la que tiene derecho en virtud de disposiciones que no pueden derogarse por acuerdo al amparo de la legislación del Estado miembro de acogida.

A fin de evitar la elusión de la norma establecida en el apartado 1, el apartado 2 aclara que, en caso de sustitución de un trabajador para realizar la misma tarea, el cálculo de la duración del desplazamiento debe tener en cuenta la duración acumulada del desplazamiento de los trabajadores afectados. La norma del apartado 1 se aplicará siempre que la duración acumulada sea superior a veinticuatro meses, aunque, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad, únicamente a los trabajadores desplazados durante al menos seis meses.

2º.- El apartado 2 introduce varias modificaciones en el artículo 3 de la Directiva:

-La letra a) sustituye al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva. El texto nuevo introduce tres cambios principales:

– Suprime la referencia a las «actividades contempladas en el anexo» en el segundo guion. Esto significa que los convenios colectivos de aplicación general a tenor del artículo 3, apartado 8, deberán aplicarse a los trabajadores desplazados en todos los sectores de la economía, independientemente de que las actividades en cuestión figuren o no en el anexo de la Directiva (en el que solo se incluyen actualmente las actividades en el sector de la construcción). Compete a los Estados miembros establecer normas sobre remuneración de conformidad con su legislación y sus prácticas.

– Sustituye la referencia a las «cuantías de salario mínimo» por una referencia a la «remuneración». Esta modificación implica que el régimen de remuneración aplicable a los trabajadores locales en virtud de la ley o de los convenios colectivos de aplicación general en el sentido del artículo 3, apartado 8, también es aplicable a los trabajadores desplazados.

– Añade un nuevo párrafo que impone a los Estados miembros la obligación de publicar en el sitio web a que se hace referencia en el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE información sobre los elementos de la remuneración aplicables a los trabajadores desplazados.

-La letra b) añade un nuevo apartado relativo a las cadenas de subcontratación. Esta nueva norma otorga a los Estados miembros la facultad de obligar a las empresas a subcontratar solo con empresas que concedan a los trabajadores determinadas condiciones de remuneración aplicables al contratista, incluidas las derivadas de los convenios colectivos no aplicables universalmente. Esto solo es posible sobre una base proporcional y no discriminatoria y, por ende, requeriría la imposición de las mismas obligaciones a todos los subcontratistas nacionales.

-La letra c) añade un nuevo apartado que establece las condiciones aplicables a los trabajadores contemplados en el artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva, a saber, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal establecida en un Estado miembro distinto del Estado miembro de establecimiento de la empresa usuaria. Este nuevo apartado corresponde al artículo 3, apartado 9, de la Directiva. En él se especifica que las condiciones aplicables a las empresas transfronterizas que ceden trabajadores deben ser las mismas que se aplican, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE, a las empresas nacionales que ceden trabajadores. Contrariamente a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 9, de la Directiva, esto constituye ahora una obligación legal impuesta a los Estados miembros.

3º.- El apartado 3 modifica el anexo de la Directiva a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 3, apartado 1.

2. “PREVENCIÓN 10.ES”.- RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ENCOMIENDA AL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, DURANTE EL AÑO 2016, LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENOMINADO “PREVENCIÓN 10.ES” (BOE 15-2-2016)

En el marco de la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social, se desarrolló y puso en marcha el servicio de titularidad de la Seguridad Social denominado “Prevención 10.es”.

En 2014 comenzaron los trabajos de adaptación de la plataforma “Prevención 25.es” para que, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pudiera ser utilizada por los nuevos potenciales usuarios de la misma, las empresas de hasta 25 trabajadores en las que el empresario, de acuerdo con lo establecido legalmente, pueda asumir personalmente la prevención en su empresa; quedando esta utilidad integrada en el servicio “Prevención 10.es”

El servicio que se dispensa a través de esta herramienta tiene como objetivos fundamentales:

- reducir las cargas administrativas respecto de las obligaciones de información que impone la LPRL;

- ayudar a las pequeñas empresas y trabajadores autónomos al mejor cumplimiento de sus obligaciones preventivas, reduciendo sus costes y simplificando su forma de cumplimiento;

- facilitar a las empresas que lo requieran la asunción de la actividad preventiva en los casos permitidos por la ley o, en su caso, la presencia de trabajadores designados.

Esta Resolución encomienda al INSHT la prestación de asistencia a las empresas de hasta 25 trabajadores que cumplen las condiciones para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva, por medio de internet principalmente, para que pueda realizar:

- el plan de prevención,

- la evaluación de los riesgos,

- la planificación de la actividad preventiva.

El servicio también comprende la asistencia a los trabajadores autónomos para facilitarles instrumentos y asesoramiento para mejorar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales.

3. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA.- RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2016, DEL INSS, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 1-3-2016)

Esta Resolución tiene por objeto regular, de acuerdo con lo previsto en el art. 130 LGSS, la tramitación electrónica automatizada de los procedimientos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que se relacionan, cuya gestión corresponde al INSS:

-solicitudes de prestaciones por maternidad y por paternidad;

-solicitudes de prestaciones de jubilación;

-solicitudes de prestaciones por muerte y supervivencia;

-el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud;

-otros procedimientos que puedan dar lugar a la adopción de resoluciones de forma automatizada relacionados con cualquiera de dichas prestaciones, incluidas las de modificación, suspensión o extinción del derecho a las mismas.

Esta tramitación electrónica automatizada sólo será posible cuando el procedimiento no exija la aportación física de documentos por parte del interesado.

En la Resolución se identifican las aplicaciones informáticas:

-PROGESPRESS-CARPA-ALFA: para la tramitación y cálculo de las prestaciones económicas contributivas de jubilación, muerte y supervivencia y auxilio por defunción.

-INCA: para la gestión de los subsidios de maternidad y paternidad.

-BADAS: para el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

-ASIA: para la gestión y control del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en aplicación de los reglamentos comunitarios.

En la Resolución se regulan los procesos de iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos; el órgano responsable a efectos de impugnación; y los órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad. Asimismo, en Anexo se regulan específicamente las condiciones que han de concurrir para que sean objeto de tramitación automatizada (supuestos incluidos y excluidos) los expedientes de las prestaciones por maternidad y por paternidad.

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA.- RESOLUCIÓN DE 6 DE ABRIL DE 2016, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL SISTEMA DE FIRMA ELECTRÓNICA MEDIANTE CAPTURA DE FIRMA DIGITALIZADA CON DATOS BIOMÉTRICOS PARA RELACIONARSE PRESENCIALMENTE CON EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (BOE 25-4-2016)

El Servicio Público de Empleo Estatal viene haciendo un uso extensivo de las nuevas tecnologías en sus procedimientos para el reconocimiento de prestaciones por desempleo (como los procedimientos electrónicos para el reconocimiento automático de las prestaciones por desempleo, o el proyecto de Oficina sin Papel, que persigue la digitalización integral del proceso de reconocimiento de prestaciones por desempleo llevado a cabo en la red de oficinas de prestaciones).

Este proceso de solicitud de reconocimiento de prestaciones en oficina, a pesar de que acaba incorporando toda la documentación electrónica en un gestor documental, sigue iniciándose con un impreso en soporte papel firmado por el solicitante, que es preciso digitalizar posteriormente con las debidas garantías. No obstante, la disponibilidad en el mercado de dispositivos electrónicos que permiten la captura de la firma digitalizada del solicitante, junto con sus datos biométricos (coordenadas espaciales, velocidad y presión del trazo), posibilita guardar en la actualidad evidencias suficientes que permitan un análisis grafológico con garantías equivalentes a la firma manuscrita, en caso de ser necesario.

Por todo ello, el Servicio Público de Empleo Estatal propone la utilización de este sistema de firma electrónica para la supresión del soporte papel en las solicitudes de ciudadanos en relación a prestaciones por desempleo, utilizando alternativamente un formulario de solicitud en documento electrónico, que incorporará el grafo de firma del solicitante junto con datos biométricos capturados en el momento de la firma.

El objeto de esta resolución es la aprobación de un sistema de firma electrónica con el contenido exigido en el artículo 11.3 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, relativo a la denominación y descripción general del sistema de firma que se aprueba, órgano u organismo público responsable de su aplicación y garantías de su funcionamiento.

Por ello, y de acuerdo con la habilitación contenida en el artículo 11.1 del citado Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, previo informe de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y de la Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se aprueba el sistema de firma electrónica mediante captura de firma digitalizada con datos biométricos para relacionarse presencialmente con el Servicio Público de Empleo Estatal. En el Anexo de esta resolución se establece la descripción y garantías específicas de funcionamiento.

-Los ciudadanos podrán utilizar este sistema para relacionarse presencialmente con el Servicio Público de Empleo Estatal, ante funcionario identificado, a fin de aportar, consultar, confirmar o modificar todo tipo de documentos remitidos o puestos a disposición por este Organismo, en los términos y condiciones que, en su caso, se puedan establecer en la normativa específicamente aplicable al trámite concreto o procedimiento.

-En virtud del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, este sistema de firma ofrecerá las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los trámites y actuaciones para los que se autorice la utilización de aquellos.

-El Servicio Público de Empleo Estatal garantizará el funcionamiento de este sistema de firma conforme a los criterios de seguridad, integridad, confidencialidad y autenticidad previstos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, y su normativa de desarrollo.

-No se admitirá el sistema de firma descrito en la presente resolución para acceder a una consulta general del estado de tramitación de todos sus procedimientos por parte de los interesados.

-El órgano responsable de la aplicación del sistema de firma mediante captura de firma digitalizada con datos biométricos será la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

-El tratamiento de datos personales que resulte de la utilización del sistema de firma regulado en la presente resolución, cumplirá y se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y su normativa de desarrollo. El uso por los ciudadanos del sistema de firma electrónica regulado en la presente norma implicará que el Servicio Público de Empleo Estatal pueda tratar los datos personales consignados a los efectos de la verificación de la firma.

5. PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO.- RD-LEY 1/2016, DE 15 DE ABRIL, POR EL QUE SE PRORROGA EL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO (BOE 16-4-2016).

El Programa de Activación para el Empleo es un Programa extraordinario y específico dirigido a los trabajadores desempleados con mayor dificultad de inserción: trabajadores desempleados de larga duración, que se encuentran en una situación de especial necesidad, con cargas familiares, y que realizan una búsqueda activa de empleo. El Programa se puso en marcha en 2014 (RDL 16/2014, de 19 de diciembre), fruto del acuerdo con los sindicatos.

El programa comprende la realización de políticas activas de empleo con la finalidad de aumentar las oportunidades de retorno al mercado laboral de los beneficiarios, las cuales se gestionan por los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, y se acompaña de una prestación económica de desempleo por importe del 80% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente, que se gestiona por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El plazo para solicitar el acceso a este Programa vencía el 15 de abril de 2016. Se realizó, junto con los interlocutores sociales y las comunidades autónomas, una valoración del mismo, concluyéndose que ha sido eficaz. Por ello, a través de este RDL se prorroga el Programa y se introducen algunas modificaciones:

-Se modifica la letra b) del art. 2-1 del RDL 16/2014, debiendo ahora el trabajador estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a

fecha 1 de abril de 2016, para facilitar así el cumplimiento de este requisito a las personas en situación de desempleo más reciente.

-Se modifica el plazo en el que se puede presentar la solicitud de incorporación al Programa, evitando la solución de continuidad con el actualmente vigente y extendiéndolo un año más, hasta el 15 de abril de 2017.

-Se permite la incorporación al Programa de personas que reúnan en el nuevo período de solicitud todos los requisitos de acceso excepto el relativo a la inscripción como demandante de empleo a fecha de 1 de abril de 2016, siempre que se encontrasen inscritas a fecha de 1 de diciembre de 2014 [Disp. Transit. Única].

-Se mantiene el Programa de Recualificación Profesional de las personas desempleadas que agoten su protección por desempleo, regulado por el RDL 1/2011, de 11 de febrero, basado en acciones de política de empleo y en la percepción de una ayuda de acompañamiento. La Disp. Final 2ª permite la prórroga automática de dicho Programa mientras la tasa de desempleo sea superior al 18% según la última Encuesta de Población Activa.

6. FUNCIÓN PÚBLICA.- LEY 2/2016, DE 11 DE MAYO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 6/1985, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, EN MATERIA DE VALORACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD A EFECTOS DE MÉRITOS (BOE 28-5-2016)

En la Exposición de Motivos de esta Ley se destaca la importancia de la gestión de personal y, en concreto, de los procesos selectivos de promoción interna y los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo, como instrumento para la planificación de recursos humanos y que materializa el derecho a la carrera profesional de los empleados de la Junta de Andalucía.

En los procesos de promoción interna y provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía la antigüedad ha sido objeto del principal debate en los recientes procesos judiciales, habiéndose producido soluciones judiciales contradictorias sobre el tratamiento que debe darse a los servicios prestados por el personal funcionario interino.

Como se señala en la Exposición de Motivos, a raíz de la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 29 de octubre de 2012, la Junta de Andalucía, que de forma voluntaria había adecuado su actuación a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuvo que proceder a anular las actuaciones practicadas en los procedimientos de provisión de puestos que por entonces se encontraban en curso (la citada Sentencia consideró que, al tratarse de situaciones no comparables, existían razones objetivas que justificaban la aplicación de criterios de antigüedad diferentes a los interinos). Esto supuso el inicio por parte de la Comisión Europea del Proyecto Piloto 5241/13/EMPL, sobre igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público español, en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Este Proyecto, que se considera como trámite de instrucción previo a la apertura de un procedimiento de infracción del art. 258 TFUE, ha llevado a la UE a la

convicción de que los argumentos utilizados por el TSJ de Andalucía no son compatibles con la Directiva 1999/70.

La Comisión Europea remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores la Carta de Emplazamiento de Infracción, considerando inaceptables los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas al tratar de evidenciar diferencias objetivas entre los funcionarios que han tenido contratos de duración determinada y el personal fijo. Considera asimismo que España ha incumplido las obligaciones que le corresponden con arreglo a la cláusula 4 de la Directiva.

Para desbloquear la situación, el Gobierno andaluz aprobó el Decreto –Ley 4/2015, de 27 de agosto, pero no contó con la convalidación del Pleno del Parlamento, siendo finalmente derogado.

Consecuencia de todo ello es la aprobación de esta Ley que modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, con el objetivo de valorar los servicios prestados como personal funcionario interino y que se produzca una equiparación con el personal funcionario de carrera. Para ello:

-se añade un apartado 3 al art. 26, estableciendo que para valorar la antigüedad en la Administración a efectos de méritos en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo se computarán los servicios prestados como personal funcionario de carrera e interino.

-se añade un apartado 4 al art. 37, estableciendo que para valorar la antigüedad en la Administración a efectos de méritos en los procedimientos de promoción interna se computarán los servicios prestados como personal funcionario de carrera e interino.

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)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STC núm. 7/2016 de 21 de enero de 2016 (BOE núm. 45, de 22 de febrero de 2016)

Conflicto positivo de competencia 5107-2013. Planteado por la Generalitat de Cataluña respecto de la resolución de 13 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2013.

Competencias en materia de seguridad social: atribución al Estado de funciones ejecutivas que vulnera las competencias autonómicas sobre coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales.

STS de 21 de enero de 2016, Rec. 2126/2014 (RJ 2016\534)

Ejecución de sentencia. Intereses de demora en recargo de prestaciones y por el periodo de tramitación de los recursos de suplicación y casación. No ha lugar, porque el ingreso del capital coste efectuado con carácter previo al recurso tiene por objeto el abono del recargo con carácter provisional y durante la tramitación del mismo, de forma que el posible perjuicio del beneficiario por no serle satisfecho el recargo no puede imputarse a la empresa, sino que debe atribuirse a la entidad gestora y a la pasividad procesal del propio trabajador, que podía haber solicitado la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 737/2014 (RJ 2016\762)

RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: el INSS no es responsable subsidiario, en caso de insolvencia del empresario, por no existir responsabilidad directa y principal de la empresa pese al descubierto de cotizaciones, al corresponder la deuda a la falta de cotización respecto de toda la plantilla de la empresa, sin especificar el alcance en el período anterior al hecho causante y por tanto su transcendencia.

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

STS de 4 de diciembre de 2015, Rec. 30/2015 (RJ 2015\6224)

Conflicto colectivo. Grupo ArcelorMittal España, S.A. interpretación del Acuerdo Marco suscrito el 17/06/13 para "variabilizar" una parte de la retribución fija reduciendo los salarios en el 8% para 2013 y en el 8,5% para 2014 y 2015.

En la sentencia anotada la parte sindical actora interesa que se declare el derecho de los trabajadores afectados a que no se les aplique la reducción del 8% de sus retribuciones pactada en los acuerdos de diciembre de 2012 y abril de 2013 sobre las prestaciones por desempleo, incapacidad temporal, paternidad o maternidad o cualesquiera otras prestaciones de seguridad social, incluyendo el desempleo, aplicando la "variabilización" del 8% exclusivamente sobre las retribuciones salariales aplicadas por la empresa con exclusión de los conceptos pactados, condenando a la demandada [Arcelormittal España SA] a estar y pasar por esta declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad, incluyendo el abono de las cantidades indebidamente descontadas por este concepto. Dicha pretensión fue desestimada por la Sala de origen, siendo dicho parecer compartido por el TS. Razona al respecto que el fallo combatido se sustenta en la insuficiencia probatoria de la parte actora, y no puede articularse un motivo de casación por infracción jurídica sin antes intentar rebatir los elementos de hecho, lo que no es el caso. Por otro lado, a lo que viene obligada la empresa es a complementar las prestaciones recibidas de la Seguridad Social o por desempleo, no con una cantidad determinada, sino con la cantidad necesaria para alcanzar el importe que el trabajador recibiría estando en activo, de acuerdo con las vicisitudes derivadas de esa "variabilización".

STS de 18 de marzo de 2016, Rec. 2636/2013 (RJ 2016\863)

Incidente concursal de reconocimiento y pago de crédito contra la masa (TGSS). Doctrina jurisprudencial sobre orden de pagos de créditos de la TGSS y comunicación de insuficiencia de activo. Excepciones.

Reconocimiento y pago de crédito contra la masa (TGSS) estimada parcialmente en la instancia, con pago por orden de vencimiento en tanto no se hiciera la comunicación de insuficiencia de activo (176 bis 2 LC). Se estima el recurso de casación: las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la reseñada comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago y no solo a los créditos contra la masa posteriores a dicha comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad. Esta comunicación constituye el presupuesto legal, contenido en el art. 176 bis.2 LC, para que opere el orden de prelación de pago previsto en dicho precepto. Si, al tiempo de presentarse la demanda, no se había realizado aquella comunicación, no cabe oponerle aquel orden de prelación de pago, distinto del vencimiento, como consecuencia de la comunicación que la

administración concursal realizó con posterioridad, una vez se le dio traslado de la demanda de la TGSS. Esta excepción se justifica en la necesidad de evitar el abuso por la administración concursal de no formular declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor reclame judicialmente el pago. En este caso se realiza después de la sentencia reconociendo los créditos contra la masa. Se estima la demanda: criterio del vencimiento.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 10 de diciembre de 2015, Rec. 763/2014

Indemnización de daños y perjuicios por IPA derivada de EP (asbestosis). Inexistencia de contradicción, porque la recurrida aplica analógicamente el baremo de la LRCSCVM y la de contraste prescinde de aplicarlo orientativamente.

STS de 18 de diciembre de 2015, Rec. 2720/2014 (RJ 2015\6415)

Recargo. Prescripción. "Dies a quo". Cómputo. Efectos prescripción. El "dies a quo" coincide con aquél en que se hace firme la primera resolución judicial o administrativa que reconoce la existencia de una contingencia profesional como causante de una prestación. Prescrito el derecho no renace con ocasión del posterior reconocimiento de otro grado de incapacidad permanente. Voto particular.

STS de 22 de enero de 2016, Rec. 2039/2014 (RJ 2016\536)

Incapacidad temporal: extinción por no acudir al reconocimiento médico. Incomparecencia injustificada y demora también injustificada de recoger el aviso de correos que contenía la citación. Reitera doctrina STS/4ª 29 septiembre 2009 (rcud. 879/2009) y 6 de marzo 2012 (rcud. 1727/2011), así como STS/4ª 13 noviembre 2013 (rcud. 2780/2012) -sentencia de contraste-.

STS de 9 de febrero de 2016, Rec. 1987/2014 (JUR 2016\42902)

Seguridad social. Revisión de actos administrativos del INSS de reconocimiento de derechos. Falta de contradicción

En la demanda rectora de las actuaciones el INSS insta la nulidad de sus resoluciones en las que concedía una prestación de incapacidad permanente, requería al beneficiario a fin de que optase entre dicha prestación y la de jubilación y tenía por realizada la opción por la prestación de IPA. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la recurrida en casación unificadora estima el recurso del INSS, declara la nulidad de las resoluciones y condena a los herederos del beneficiario a reintegrar la suma de 184.731,02 €; En el recurso de casación unificadora se debate si es causa de anulabilidad de un acto administrativo la circunstancia de que el derecho estaba prescrito en el momento de presentarse la solicitud de prestación, sin que el INSS aplicara la prescripción en el momento de reconocer la misma. La Sala de suplicación entiende que el INSS puede solicitar la revisión de tal reconocimiento al ser claro que el derecho a la prestación estaba prescrito -

art. 43.1 LGSS- en el momento de solicitarse. Y la Sala IV desestima el recurso por falta de contradicción, dado que son distintas las prestaciones en cuestión, las actuaciones del INSS en relación a su reconocimiento y las normas aplicables.

STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 829/2014 (JUR 2016\60217)

Reintegro de prestaciones indebidas. Incapacidad temporal en fraude de ley. Contratado como peón agrícola con su padre en tres jornadas, dos inmediatamente próximas a intervención quirúrgica y la tercera el día en que se inició la situación de IT presuntamente incapacitante temporal. Falta de contradicción.

STS de 17 de febrero de 2016, Rec. 2931/2014 (RJ 2016\792)

Incapacidad Permanente de Conductor autónomo a quien no le renuevan licencias especiales. CRITERIOS.- Una cosa es discutir cuál sea la profesión habitual (STS 12 febrero 2003, rec. 861/2002) y otra la incidencia de lesiones y privación de permisos en supuesto en que el autónomo posee vehículos menos pesados y empleados. Aplicación de doctrina consolidada sobre ausencia contenido casacional en calificación incapacidades. FALLO.- No hay contradicción. Desestima recurso, conforme a Ministerio Fiscal.

STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 3271/2014 (RJ 2016\1048)

Proceso de seguridad social. Incapacidad permanente absoluta de técnico de control de operación por ictus isquémico parietal. Falta de legitimación pasiva de las empresas demandadas excepcionada por la Administración de la Seguridad Social: el acogimiento de tal excepción no comporta en este caso las consecuencias anulatorias de lo actuado porque se ha evidenciado que la presencia en juicio de dicha parte ha carecido de trascendencia real en la resolución recurrida.

STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 1914/2014 (RJ 2016\945)

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: no procede su reconocimiento a trabajador jubilado desde hace años cuando las lesiones residuales que padece no alcanzan ese grado incapacitante, por el hecho de que en la empresa no se acreditase que existiesen puestos de trabajo de su categoría que no estuviesen sujetos a ese riesgo profesional.

Alega el Alto Tribunal que:

“Examinado el escrito de formalización del recurso se advierte de una parte en el análisis de la contradicción la mención de tres motivos con la cita de tres sentencias, la ya aludida para el primer motivo, de 13 de noviembre de 2013 , sin expresar en que consiste el segundo motivo, la S.T.S. de 18 de enero de 2007 (R. 2827/2009) y la S.T.S. de 21 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8713) (R. 465/1996) sin que tampoco se manifieste el objeto del tercer motivo.

Por último, la cita y denuncia de infracción legal se realiza en un solo apartado lo que confirma la percepción de que la providencia de 29 de septiembre de 2014 no fue correctamente atendida pues se mantuvo la cita de tres sentencias de contraste con el fin de

mantener más de una opción en el caso de que si selecciona tan solo una de ellas pudiera fracasar prosperar de este modo el recurso por falta de contradicción, llevando a cabo una descomposición artificial de la contradicción, en forma tan evidente que ni siquiera se efectuó una articulación separada de los motivos de censura jurídica.

"La parte recurrente, descomponiendo artificialmente el significado unitario de la controversia, ha tratado de introducir varios temas de contradicción para poder designar otras tantas sentencias de contraste a estos efectos. Este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión (como la jurisdicción, la caducidad o el problema de fondo), que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario, como tiene reiteradamente establecido esta Sala en sentencias de 5 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2076) (R. 2407/1997), 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 7474) (R. 4207/1999), 25 de octubre de 2002 (RJ 2003, 1906) (R. 2096/2000), 20 de julio de 2004 (R. 540/2003), 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 2849) (R. 4715/2003), 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3701) (R. 5793/2003), 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 3823) (R. 2870/2005), 9 de febrero y 5 de mayo de 2009 (R. 4115/07 y 761/2008), 8 de julio de 2010 (RJ 2010, 6792) (R. 3137/2009), 7 de julio (RJ 2011, 6269) y 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6563) (R. 1347/2010 y 3324/2009)".

Como ya advertíamos existe esa descomposición artificial cuando siendo una sola la razón de disparidad en lo resuelto se intenta plantear la cuestión controvertida en motivos separados y con distintos referentes de la contradicción.

Dada la situación, compete al tribunal la elección entre las tres sentencias que mantiene el recurso, seleccionar la de contraste, elección que deberá recaer en la dictada el 13 de Noviembre de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por ser la más moderna, dando así recto cumplimiento a la providencia de esta Sala datada el 29 de septiembre de 2014.

En la sentencia de comparación se confirma la decisión de instancia reconociendo el grado de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional a un trabajador de la misma empresa que el demandante en la recurrida, también prejubilado con efectos el 5-12-2008 en virtud de expediente de regulación de empleo, con solicitud de invalidez posterior a aquella fecha, el 27-4-2011. En vía administrativa no se consideró incapacitante el alcance de su dolencia sin que se haya combatido su etiología profesional.

En suplicación se mantuvo inalterado el relato fáctico en el que se describe el siguiente cuadro de secuelas: *"Placas pleurales bilaterales afectando a pleura diafragmática de predominio derecho. Algunas pequeñas calcificaciones en relación con exposición al asbesto. No hay signos de fibrosis pulmonar (TAC torácico de febrero 08, febrero 09 y agosto 10)".*

En cuanto a la sentencia recurrida (JUR 2014, 188525), la descripción de secuelas se corresponde con el siguiente cuadro: *"En TAC torácica sin contraste realizada en fecha*

3/02/09 presentaba elongación de tróficos supraaórticos, imagen ganglionar paratraqueal inferior derecha de 13 x 9 mm, imágenes ganglionares hiliares bilaterales, placas pleurales calcificadas en pleura parietal posterior basal bilateral así como diafragmática derecha, en relación a enfermedad pleural por exposición al asbesto y engrosamiento pleural focal axilar anterior izquierdo con calcificaciones."

Prescindiendo de las diferencias en torno a la profesión y secuelas existe contradicción entre ambas sentencias. Así en la recurrida se niega la declaración por considerar que las secuelas no cuentan con la entidad suficiente para constituir un grado incapacitante. Por el contrario, en la sentencia comparada se está partiendo de que las secuelas no cuentan con entidad suficiente para continuar en el ejercicio de la profesión en la construcción naval, sino que es la posibilidad de agravación que pudiera llegar a un nivel incapacitante, lo que determina, el reconocimiento de una incapacidad Permanente total.

Existe una igualdad sustancial entre las circunstancias de edad y situación profesional de ambos trabajadores sin que exista gran disimilitud entre las secuelas físicas que les afectan, por lo que es de apreciar la contradicción entre ambas resoluciones al haber llegado a distinta conclusión a la hora de reconocer la incapacidad ya lo que la sentencia que la declara no lo hace con base en la falta de aptitud física sino atendiendo a otras consideraciones.

En la sentencia recurrida se ha denegado la prestación porque las secuelas padecidas, cuya etiología profesional no discute, no presentan en la fecha de la reclamación un nivel incapacitante. Cuestión distinta es, como razona la sentencia que de hallarse en activo y en el caso de no poder acceder en su empresa a un cambio de puesto de trabajo hubiera que declarar la situación de incapacidad al objeto de evitar el progresivo deterioro de su salud. La sentencia referencial acoge por el contrario la incompatibilidad entre secuelas, por incipientes que sean y ambiente de riesgo, aunque de facto no exista debido a la prejubilación, como causa determinante de la incapacidad".

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 22 de enero de 2016, Rec. 1931/2014 (RJ 2016\719)

Recurso de Casación por Unificación de Doctrina. Prestación por maternidad. Trabajadora despedida con declaración de despido nulo. Prestación por maternidad. Trabajadora despedida con declaración de despido nulo. Establecida la responsabilidad de la empresa en el pago de la prestación, el INSS está obligado a anticipar el pago. Se desestima el recurso del INSS. Reitera doctrina: sentencias más recientes de 03-06-2014 (rcud. 2259/2013) y 13-11-2014 (rcud. 2684/2013).

6.3. Jubilación

STJUE de 3 de marzo de 2016, Asunto C-12/14. Caso Comisión Europea contra República de Malta (JUR 2016\56306)

Incumplimiento de Estado — Seguridad social — Reglamento (CEE) n.º 1408/71 — Artículo 46 ter — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 54 — Pensiones de vejez — Normas antiacumulación — Personas que perciben una pensión de vejez con arreglo al

régimen nacional y una pensión de funcionario con arreglo al régimen de otro Estado miembro — Reducción del importe de la pensión de vejez.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar a la Comisión Europea a cargar con las costas.
- 3) La República de Austria y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargarán con sus propias costas.

STS de 30 de diciembre de 2015, Rec. 1702/2014 (RJ 2015\6235)

Prolongación de la edad de jubilación. Policía nacional en segunda actividad. Prórroga en el servicio activo una vez alcanzados los 65 años para acabar de completar los quince años de servicio para causar pensión. Aplicabilidad del art. 28.2.a) de TRLCP.

La sentencia de instancia justifica su pronunciamiento estimatorio con estos dos razonamientos que seguidamente se exponen.

I.- Declara la aplicabilidad al Cuerpo Nacional de Policía del régimen de prórroga en el servicio activo regulado en el artículo 28.2.a) Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (RCL 1987, 1305 y 1691):

«El apartado 3 del artículo 67 del Estatuto Básico dispone la jubilación forzosa al cumplir los sesenta y cinco años de edad admitiendo a renglón seguido una posibilidad de "prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad" "en los términos de las leyes de Función Pública que se dicte en desarrollo", pero excluyendo de todo ello a "los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación", que es lo que sucede con los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía, cuyo estatuto se regula en la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986, 788), citada, que, en el apartado 3 del artículo 16 dispone simple y llanamente que "La jubilación forzosa se producirá al cumplir el funcionario sesenta y cinco años", sin perjuicio de que, a tenor del apartado 2 del mismo artículo 16, se aplique como derecho supletorio la legislación vigente de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Por tanto, ante la existencia de esa norma específica que no admite ninguna excepción, resulta clara la imposibilidad de prórroga de la permanencia en el servicio en virtud del Estatuto Básico (en este sentido, Sentencias de esta Sala, Sección 1.ª, de 28 de enero (JUR 2004, 132472) y de 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 166147), y del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7868), alegada por el Abogado del Estado).

Sin embargo, la pretensión del actor no se funda en esa norma general de la función pública, sino en la existente en el ámbito de los derechos pasivos, por lo que cabe plantearse la sustantividad de la misma y su aplicabilidad a los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía.

A este respecto, la regulación de la prolongación en el servicio activo que hace el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas, responde a una finalidad propia y tiene presupuestos también propios, pues, en concreto, persigue cubrir el concreto periodo de carencia que falta para causar derecho a pensión, es decir, facilitar el acceso a la protección social que supone la pensión, y requiere tener reconocidos doce años de servicios efectivos y no haber alcanzado los quince que se exigen para obtener ese derecho a pensión; además, así como la concesión de la prórroga sobre la base del artículo 67 del Estatuto puede someterse a distintos condicionantes, el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas consagra un auténtico derecho a favor del funcionario que deberá reconocerse si se reúnen las condiciones legalmente previstas.

Por otro lado, el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas se refiere al cumplimiento de "la edad para su jubilación o retiro forzoso", que será la que, en cada caso corresponda y que, en el presente, que no puede ser otra sino la establecida en la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986, 788), que es con respecto a la que, si procede, opera la prórroga regulada en el citado artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas.

Por consiguiente, así como la prolongación de la edad de jubilación prevista en el artículo 67.3 del Estatuto Básico no es aplicable a los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía, pues contraría la específica regulación del artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1986, nada impide el ejercicio del derecho a prórroga del artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas, que toma como presupuesto la edad de jubilación de aquel artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1986 y se proyecta sobre una materia, la de clases pasivas, cuya normativa no tiene carácter supletorio respecto de las estatutarias propias de aquel cuerpo, sino que es de aplicación directa.

En suma, no se está ante una situación de confluencia de regulaciones en las que la norma específica desplaza a la general, sino ante la concurrencia de normas reguladoras de ámbitos diferentes, que rigen cada uno de ellos, como sucede en el de clases pasivas con la Ley propia, del que para nada se ocupa el régimen estatutario de la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986, 788)».

II.- Y afirma, así mismo, que el demandante reunía los requisitos temporales para acceder a la prórroga solicitada y no era obstáculo para ello su situación de "segunda actividad":

«Admitida la aplicabilidad de la prórroga en el servicio activo prevista en el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas del Estado a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía ha de examinarse si, en el supuesto de autos, se cumplen los requisitos establecidos en dicho precepto para su concesión. Partiendo del dato de que, en el momento de la jubilación del recurrente, contaba con unos servicios reconocidos a efectos de derechos pasivos de 14 años, 1 mes y 22 días, es evidente que concurren las condiciones temporales exigidas -12 años de servicios efectivos mínimos y no haber completado 15-. El problema se plantea porque, como resalta el Abogado del Estado, la prórroga lo es para continuar "en el servicio activo" y el actor se encuentra en la situación de "segunda actividad".

La situación de segunda actividad se regula en la Ley 26/1994, de 29 de septiembre (RCL 1994, 2705), cuyo artículo 1 la configura como "una situación administrativa especial de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que

tiene por objeto fundamental garantizar una adecuada aptitud psicofísica mientras permanezcan en activo, asegurando la eficacia en el servicio", en la que, en general, según el artículo 2, "se permanecerá hasta el pase a la jubilación a otra situación que no podrá ser la de servicio activo", enunciándose, en el artículo 3, como causas de pase a dicha situación el cumplimiento de las edades previstas, la solicitud del interesado y la insuficiencia de aptitudes psicofísicas.

El artículo 11 de la misma Ley 26/1994 (RCL 1994, 2705) reseña "peculiaridades retributivas", aunque sólo para cuando se pasa a la situación por razón de edad, no por las otras dos causas, así

"1. El personal que pase a la situación de segunda actividad por razón de edad sin haber completado el mínimo de años de servicio, que se establezca en la legislación vigente sobre clases pasivas del Estado para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación, sólo percibirá en dicha situación la cantidad que corresponda de sus retribuciones básicas, en función del tiempo efectivo de servicios prestados, según se establezca reglamentariamente.

2. Cuando, superado el tiempo mínimo de servicios señalados anteriormente, no se hubieren completado veinte años de servicio efectivo, al cumplir la edad de pase a aquella situación se percibirán en su totalidad las retribuciones básicas. Las retribuciones complementarias que correspondan a esta situación sufrirán una reducción en función del tiempo que reste para cumplir los veinte años de servicios efectivos, de acuerdo con la Escala que reglamentariamente se establezca", de las que se hace eco el artículo 19 del Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre (RCL 1995, 2782) , de desarrollo y aplicación de la Ley 26/1994 (RCL 1994, 2705) .

Conjugando estos preceptos con el repetido artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas , se llega a la conclusión de que la referencia al "servicio activo" que se contiene en esta norma no ha de interpretarse como equivalente, en lo que aquí interesa, a la "situación de servicio activo" , que es lo que parece pretender el representante de la Administración, sino a la vigencia de la relación de servicios, frente al cese en la misma que supone la jubilación, de ahí la posibilidad de prórroga que, en consecuencia, cabe en la situación de segunda actividad, ya que dicha situación, conforme al artículo 1 de la Ley 26/1994 , supone la permanencia en activo.

Por lo demás, la posibilidad de la percepción de una pensión de jubilación al margen de la que corresponde por clases pasivas, además de ser una mera hipótesis carente de base fáctica que la asevere, no figura como requisito para la concesión de la prórroga, sin perjuicio de los efectos que puedan producirse en su caso y en su momento».

STS de 9 de febrero de 2016, Rec. 3934/2014 (RJ 2016\902)

SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS [SESPA]. Jubilación forzosa de médico a los 65 años y denegación de la prolongación de su permanencia en servicio activo por aplicación de lo previsto en el del Plan de Ordenación de Recursos Humanos. El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho absoluto o incondicionado a la prolongación en el servicio activo más allá de la edad de 65 años.

STS de 22 de febrero de 2016, Rec. 1624/2014 (RJ 2016)574)

Jubilación forzosa de un trabajador del HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA al cumplir la edad de 70 años según art. 38 CC del Hospital para los años 2009-2011. Falta de relación con objetivos de política de empleo. Despido improcedente.

La sentencia comentada niega que pueda imponerse la jubilación forzosa a un trabajador del HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA al cumplir la edad de 70 años en aplicación del art. 38 CC del Hospital para los años 2009-2011. En sintonía con lo dicho para supuesto similar, se considera que el precepto convencional aplicable no cumple el requisito previsto en la DA 10 ET en la redacción dada por la Ley 14/2005, que obligaba a vincular la medida de jubilación forzosa con objetivos coherentes de la política de empleo. Se reproduce, al efecto, sentencia precedente en la materia, que a su vez contiene extensa doctrina sobre el modo de interpretación correcta de la regla legal. Añadiendo que cabe incorporar edad de jubilación forzosa superior a los 65 años, pero que este convenio no vincula la jubilación forzosa a objetivos coherentes con la política de empleo, pues no establece ningún compromiso determinado en relación con dicha política, consignando de forma genérica y abstracta la finalidad que dice perseguir con el establecimiento de una edad forzosa de jubilación. Sin que el que exista una Comisión de Seguimiento -cuyas funciones y competencias no aparecen contempladas en la norma- y una obligación de la empleadora de información a la Asociación Profesional del Comité de Delegados Médicos, conlleva que se fijen objetivos concretos de política de empleo.

STS de 2 marzo de 2016, Rec. 1857/2014

Recurso de casación contra sentencia que anuló una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se dejaba sin efecto la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de quien, tras obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación por el Régimen General, se mantiene en el ejercicio de la profesión de abogado. La decisión de la Sala de instancia de no entender aplicable al caso la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, amparada en la circunstancia de que el interesado no ejercitó la opción que dicho precepto establece entre el Régimen Especial y la Mutualidad de la Abogacía, infringe lo dispuesto en esa disposición y en las normas que regulan las altas y bajas en el régimen de la Seguridad Social. La petición de alta en el RETA, formulada por el interesado después de la vigencia de aquella disposición adicional y su mantenimiento, complementario, en la Mutualidad de la Abogacía, equivale a la opción a la que el precepto legal se refiere.

STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 2938/2014

Jubilación contributiva.- 1ª cuestión: Incompatibilidad con actividad habitual que genera inclusión en el RETA: cuestión nueva y no contradicción.- 2ª Cuestión: Fecha inicio cómputo plazo prescripción reintegro prestaciones de pago periódico indebidamente percibidas: interpretación art. 45.3 LGSS: "desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución": plazo prescripción cuatro años comenzó a correr en fecha emisión acta Inspección Trabajo (02-03-2010) si bien como la reclamación por el INSS de lo percibido indebidamente se dilató hasta el día en que al beneficiario se le notifica inicio expediente

reintegro (26-07-2011), debe entenderse prescrita acción reclamación cobro indebido correspondiente al período transcurrido entre el 02-03-2006 y el 26-07-2007.

STS de 9 de febrero 2016, Rec. 260/2015 (RJ 2016\1469)

Acceso a la jubilación parcial de trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud, producida con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo y comunicado al INSS. Denegación porque el hecho causante se produjo después del plazo establecido en la Disposición Transitoria 2ª del RDL 8/2010.

STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 3249/2014 (RJ 2016\1464)

Jubilación. Carencia mínima. Reconocimiento en el Régimen Especial de Trabajadores autónomos por insuficiencia de cotizaciones en el Régimen General o se computa para el acceso a la pensión el periodo cotizado durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, aunque sirva para el cálculo del porcentaje y la base reguladora.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS de 9 de diciembre de 2015, Rec. 3191/2014 (RJ 2015\6399)

Indemnización de daños y perjuicios por fallecimiento del trabajador derivado de una enfermedad profesional. Reclamación por los herederos del trabajador. Prescripción de la acción: *dies a quo*: desde que la acción pueda ejercitarse lo que implica que cuando existe firmeza respecto del origen profesional de la contingencia y hayan quedado determinadas la totalidad de las prestaciones.

STS de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2882/2014 (RJ 2015\6213)

DEBATE: Pensión de viudedad para pareja de hecho no formalizada: se deniega. DOCTRINA: 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. Aplica y reitera doctrina de las SSTS [Pleno] de 22 septiembre 2014. SENTIDO DEL FALLO: revoca la STSJ Madrid de 27 mayo 2014 (rec. 4133/2012).

STS de 12 de febrero de 2016, Rec. 2397/2014 (RJ 2016\1029)

PENSIÓN DE VIUEDAD: concesión a cónyuge supérstite separada del causante que percibe contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella, pensión que, con independencia de su denominación, satisface la misma finalidad que la pensión compensatoria.

STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 2300/2014 (RJ 2016\722)

RCUD. Prestación de Viudedad: Cónyuges separados o divorciados. Requisito de pensión compensatoria. Excepción de la Disp. Trans. 18ª LGSS. El periodo inferior a diez

años se ha de computar desde la fecha de la separación judicial, aun cuando hubiera recaído sentencia de divorcio con posterioridad.

STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 33/2014 (RJ 2016\944)

Pensión de viudedad. Cónyuges separados judicialmente que se reconcilian y reanudan la convivencia, sin comunicar al juzgado dicha situación. La actora, a quien anteriormente se le denegó la pensión de viudedad por no tener en el momento del hecho causante derecho a pensión compensatoria, solicita nuevamente la pensión pero desde la situación de pareja de hecho, que también se le deniega en la sentencia ahora recurrida por incompatibilidad de tal situación con la subsistencia del vínculo matrimonial entre los cónyuges. Se desestima su recurso de casación unificadora - se reitera doctrina de nuestras sentencias de 14/6/10 (rcud. 2975/09), reproducida en la de 20/7/10 (rcud. 3715/09), 17/11/10 (rcud. 911/10) y 25/6/13 (rcud. 2518/12), doctrina que resumen las de 30/9/14 (rcud. 2516/13) y últimamente la de 20/7/15 (rcud. 3078/14).

STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 3271/2014 (RJ 2016\1058)

DEBATE: Pensión de viudedad para pareja de hecho y sin formalizar. PECULIARIDADES.- Hijo común, empadronamiento conjunto y Libro de Familia. DOCTRINA: 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). FALLO.- Revoca STSJ Madrid, conforme a Ministerio Fiscal y reiterada doctrina de la Sala Cuarta.

STS de 25 de febrero de 2016, Rec. 846/2014 (JUR 2016\60661)

Enfermedad profesional. Recargo de prestación de viudedad (50%) por falta de medidas de seguridad impuesto a empresa sucesora de aquélla en la que el trabajador fallecido prestó sus servicios: procede. Reitera doctrina con cita de sentencia de Pleno y de las que la siguen.

STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 3356/2014 (RJ 2016\1120)

PENSIÓN DE VIUEDAD DE PAREJA DE HECHO: denegación por no acreditarse la existencia de la misma, ni mediante su inscripción en el registro específico ni a través de documento público en el que figure su constitución.

6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.6. Desempleo

STS de 16 de diciembre de 2015, Rec. 439/2015 (RJ 2015\6212)

TEMA.- reposición de prestaciones por desempleo en crisis arrastradas. SUPUESTO.- A) Hay ERTES en 2010 y 2011, siendo extinguido el contrato mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil el 2 enero 2013. B) La Ley 35/2010 exige, para la reposición,

que el contrato se extinga hasta 31 diciembre 2012. **CRITERIO.**- La interpretación finalista y constitucional de la norma conduce a que se tenga por extinguido dentro de plazo (acababa el 31 de diciembre 2012) el contrato al que le pone término Auto del Juzgado de lo Mercantil dictado el primer día hábil posterior (2 enero). **FALLO.**- Confirma STSJ Cataluña 7291/2014, de 4 noviembre, aunque por distintos fundamentos.

STS de 3 de febrero de 2016, Rec. 2576/2014 (RJ 2016\614)

Subsidio de desempleo para mayores de 52 años y rentas computables a efectos de generar o no el derecho a su percibo. Suspensión y no extinción del subsidio. Rectifica doctrina.

Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Incidencia del rescate del plan de pensiones en relación con la superación de rentas que determinan para el SPEE la extinción de la prestación. Se recurre en casación unificadora por el SPEE la sentencia que declaró no procedente la extinción del subsidio y declaró que únicamente debía suspenderse su percepción durante un año. La Sala IV, tras apreciar la existencia de contradicción entre sentencias, establece que, al plantearse el litigio en el ámbito del derecho administrativo sancionador, al haberse sancionado con la extinción del subsidio la falta de comunicación por la actora de los ingresos obtenidos al rescatar el fondo de pensiones, las normas aplicables no pueden interpretarse analógicamente. Lo relevante para la Sala es determinar la plusvalía obtenida por la actora. Y, a la luz de recogido en los arts 4 y 8 del RDLeg 1/02 y no constando ni la modalidad del plan de pensiones rescatado, ni el carácter de la ganancia obtenida, no puede concluirse que la actora cometiera infracción alguna. Se rectifica con ello la doctrina sentada en la STS 18/4/07 -R. 210206- y en las que en ella se citan. Por todo ello, se confirma la sentencia impugnada.

STS de 19 de febrero de 2016, Rec. 3035/2014 (RJ 2016\1050)

Subsidio por desempleo. Percibo de 16.162 euros como rendimientos de tres planes de ahorro por parte de la beneficiaria del subsidio por desempleo que no comunicó al SPEE. La falta de comunicación de esos ingresos determina la aplicación de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS que tipifican la ausencia de información sobre datos relevantes en el ámbito del percibo de la prestación como falta grave, a la que anuda la sanción de pérdida del derecho al subsidio. No se aprecia una eventual vulneración constitucional de los preceptos de la LISOS por ausencia de proporcionalidad. Votos particulares.

STS de 24 de febrero de 2016, Rec. 762/2015 (RJ 2016\810)

Desempleo. Reposición de las prestaciones percibidas en expedientes de suspensión anteriores a la extinción del contrato, atendiendo a los límites temporales impuestos por la L. 3/2012 de 6 de julio.

STJUE de 7 de abril de 2016, Asunto C-284/15. Caso M

Procedimiento prejudicial — Artículos 45 TFUE y 48 TFUE — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 15, apartado 2 — Reglamento (CEE) n.º 1408/71 — Artículo 67, apartado 3 — Seguridad social — Prestación por desempleo destinada a complementar los ingresos obtenidos por un trabajo a tiempo parcial

— Concesión de dicha prestación — Cumplimiento de períodos de empleo — Totalización de los períodos de seguro o de empleo — Cómputo de períodos de empleo o de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1) El artículo 67, apartado 3, del Reglamento (CEE) n.º 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, modificado y actualizado por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en la redacción que le dio el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro se niegue a totalizar los períodos de empleo necesarios para que se reconozca el derecho a una prestación por desempleo destinada a complementar los ingresos obtenidos por un trabajo a tiempo parcial, si el desempeño de dicho trabajo no ha venido precedido de ningún período de seguro o de empleo en ese Estado miembro.

2) El análisis de la segunda cuestión prejudicial planteada no ha puesto de manifiesto dato alguno que pueda afectar a la validez del artículo 67, apartado 3, del Reglamento n.º 1408/71, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 592/2008.

STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 1006/2015 (RJ 2016\1207)

DESEMPLEO. NIVEL CONTRIBUTIVO. SALIDAS AL EXTRANJERO POR PERÍODOS ANUALES SUPERIORES A 15 DÍAS PERO INFERIORES A 90. Sanción de extinción, con devolución de lo percibido, en aplicación del art. 25.3 LISOS, por no comunicar la salida del territorio español. Supuesto anterior al RD-L 11/2013. Procede la suspensión de la prestación, no la extinción. Se estima en tal sentido el recurso del demandante. Reitera doctrina con los argumentos empleados por la sentencia del pleno de la sala de fecha 21-4-2015, rcud 3266/13, reiterados, entre otras, por las de 26-5-2015, rcud 1982/14, 29-6-2015, rcud 2896/14 y 21-12-2015, rcud 817/15.

Afirma el Alto Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero:

“Pues bien, en la precitada sentencia (TS 21-4-2015 (RJ 2015, 2178)), aunque insistimos en que la reafirmación de nuestra precedente doctrina (que citamos con profusión) era la aplicable a supuestos acaecidos, como el de estos autos, con anterioridad a la promulgación del RDL 11/2013 (RCL 2013, 1211) , "por lo que [dijimos] carece de sentido examinar la discordancia entre aquella y éste, o las consecuencias de la declaración parcial de inconstitucionalidad albergada en la STC 27/2015, de 19 de febrero de 2015 (RTC 2015, 27) " (FJ 3º.1), dejamos suficientemente claro que aquella doctrina jurisprudencial, que se inició en la sentencia del Pleno de fecha 18-10-2012 (RJ 2012, 10707) (la aquí referencial citada), ya tuvo en cuenta, además de la puramente prestacional, la perspectiva sancionadora y, precisamente por ello, "y por razones de igualdad en la aplicación de la norma y de seguridad jurídica" (FJ 3º.2), adujimos, obligados entonces -como aquí- por la argumentación de la sentencia allí recurrida, varias consideraciones adicionales que nos parece también oportuno reiterar ahora, como también hicimos en otras de nuestras

precitadas resoluciones (TS 26-5-2015 (RJ 2015, 3646) y 29-6-2015 (RJ 2015, 4301) . RR. 1982/14 y 2896/14), para reafirmar nuestra posición doctrinal y para justificar -también aquí- la estimación del recurso del beneficiario, todo ello sin perjuicio de la que en su día proceda cuando resulte de aplicación la normativa vigente a partir del RD- Ley 11/2013 (RCL 2013, 1211) , momento en el que, probablemente, la Sala habrá de replantearse la cuestión:

" A) La necesidad de eliminar incoherencias normativas.

Siempre por referencia al momento en que se producen los hechos litigiosos (mediados de 2009), nos encontramos con que la misma conducta es contemplada por un bloque normativo (el sancionador) como causa de extinción de la prestación, mientras que para otro conjunto de normas (prestacionales) se trata de circunstancia que conduce a la suspensión (con arreglo, precisamente a nuestra jurisprudencia).

Esa situación de discordancia, cuando no abierta contradicción, pugna con las exigencias que el propio concepto de ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE (RCL 1978, 2836)) comporta. La complejidad del panorama normativo, sus dificultades interpretativas o su inestabilidad pueden explicar el resultado; pero ello en modo alguno implica que pueda dejar de exigirse la nota de coherencia que cuadra al referido concepto. "Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten" (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre (RTC 1999, 233) ; 150/1990, de 4 de octubre (RTC 1990, 150) ; 222/2006, de 6 de julio (RTC 2006, 222)). De este modo, el intérprete ha de obviar la incoherencia que pueda presentar el ordenamiento buscando la interpretación más acorde a la Constitución y, claro está, sin desbordar sus propias atribuciones.

Pues bien, entendemos que la superposición normativa reseñada quedaba bien resuelta por nuestra jurisprudencia, partidaria de atender a la perspectiva prestacional y no a la sancionadora. De ese modo se salvaba también la proporcionalidad de las consecuencias asignadas al incumplimiento del deber de comunicar la salida al extranjero pues cuadra mal con él que tuviese el mismo trato una ausencia de 16 que de 89 días. No olvidemos que el artículo 41 de la Constitución postula la protección de las situaciones de necesidad y que pide que ello se haga "especialmente en caso de desempleo", marcando así un canon interpretativo que, en la medida en que concuerda con la legalidad ordinaria, debe aplicarse.

La coherencia también conduce a pensar que si la ausencia de comunicación del viaje desemboca en la suspensión de la prestación (descartándose la extinción de la misma), mal podría sostenerse que se llegase al resultado opuesto (extinción de la prestación, devolución de todo lo percibido) por la vía de las sanciones.

B) La evitación de consecuencias alternativas.

Razonamiento complementario al anterior se extrae de la contemplación del principio de seguridad jurídica, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución (RCL

1978, 2836) . *Dicho principio viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad* (SSTC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27) , FJ 10 ; 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982, 71) , FJ 4 ; 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126) , FJ 7 ; 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227) , FJ 10 ; 65/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 65) , FJ 6 ; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; 173/1996, de 31 de octubre (RTC 1996, 173) , FJ 3 ; y 225/1998, de 25 de noviembre , FJ 2). *Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados* (STC 15/1986, de 31 de enero (RTC 1986, 15) , FJ 1), *como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho* (STC 36/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 36) , FJ 5), *como la claridad del legislador y no la confusión normativa* (STC 46/1990, de 15 de marzo (RTC 1990, 46) , FJ 4). *En suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica* (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142) , FJ 4 ; y 212/1996, de 19 de diciembre (RTC 1996, 212) , FJ 15).

También la interpretación que venimos patrocinando quiere alinearse con la mejor defensa posible de las exigencias expuestas. Porque si aparecen como posibles dos consecuencias, no cabe duda de que ofrece mucha mayor seguridad estar a aquella que aparezca contemplada (tácitamente, según nuestra jurisprudencia) en el bloque regulador de las propias prestaciones que se disfrutan. Razones de contigüidad topográfica, facilidad de conocimiento y dinámica prestacional así parecen avalarlo.

C) Proscripción indirecta de discriminaciones y especialidad.

Que la misma Entidad Gestora pudiera poner en marcha dos tipos de actuaciones bien heterogéneas frente a una misma conducta abona la existencia de discriminaciones objetivas en la aplicación de las leyes. Quiere decirse que el deficiente diseño legal comportaba la posibilidad de sancionar en un caso y suspender la prestación en otro.

No se trata de que el SPEE pretendiera tratar de modo diverso a unas y a otras personas en función de factores de discriminación (nacionalidad, raza, sexo, etc.) sino de que el mismo organismo tenía a su disposición posibilidades heterogéneas de actuar ante una misma situación. Basta estudiar las sentencias que esta Sala ha dictado, algunas ya mencionadas, para comprobar que en unos casos la ausencia sin comunicar desembocó en la imposición de una sanción y en otros en la extinción de la prestación como medida de gestión; en ocasiones se actuaba sobre la base de la LISOS (RCL 2000, 1804 y 2136) y en otras sobre la LGSS (RCL 1994, 1825) o su desarrollo reglamentario.

Descartando la posibilidad de imponer una sanción a lo que el ordenamiento contempla como causa de suspensión de la prestación se consigue, de manera indirecta, abortar la existencia de tratamiento distinto a casos iguales.

Adicionalmente, también cabe hablar de la mayor especialidad que poseen las normas sobre prestaciones de desempleo que las sancionadoras sobre todo tipo de prestaciones de Seguridad Social.

D) Principio de proporcionalidad.

Tal y como nuestra sentencia de contraste apunta, las circunstancias de cada caso deben influir en las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen los deberes de información y documentación. Las previsiones de la LISOS no permiten matiz alguno, porque desembocan en la extinción del derecho; lo mismo da que se omita comunicar una circunstancia que genera la extinción que la de otro hecho que solo arrastre la suspensión.

Escapa a nuestra competencia la inaplicación de una norma con rango de Ley, sin perjuicio de que optásemos por trasladar la cuestión al Tribunal Constitucional (art. 163 CE). Pero sí está a nuestro alcance resolver la concurrencia normativa de referencia del modo expuesto y comprobar que la modulación de consecuencias desfavorables para quien se traslada al extranjero siendo beneficiario de prestaciones por desempleo acaba siendo coherente con el referido principio de proporcionalidad ".

STS de 14 de marzo de 2016, Rec. 712/2015 (RJ 2016\1466)

Subsidio por desempleo. Ausencia de España inferior a 90 días, sin previa comunicación y anterior al RD-L 11/2013. Sanción administrativa conforme a LISOS y al margen de la dinámica prestacional. Se aplica la doctrina de SSTs 18-octubre-2012 (rcud. 4325/2011), 23-octubre-2012 (rcud. 3229/2011), 24-octubre-2012 (rcud. 4478/2011) y otras muchas posteriores, especialmente la de Pleno de 21 de abril de 2015 (rcud.3266/2013), con relación a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. Se reafirma la validez de esa jurisprudencia pues ya tuvo en cuenta la existencia de una infracción administrativa y su eventual sanción, ampliándose su argumentación.

6.7. Prestaciones Sanitarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

STJUE de 25 de febrero de 2016, Asunto C-299/14. Caso Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García Nieto y Otros (TJCE 2016\2)

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 — Exclusión de los nacionales de un Estado miembro durante los tres primeros meses de residencia en el Estado miembro de acogida.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) 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, en su versión modificada 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 la percepción de determinadas «prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del citado Reglamento nº 883/2004, y que constituyen asimismo 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 una situación como la contemplada en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”.

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 7 de diciembre de 2015, Rec. 352/2014 (RJ 2015\6209)

Complemento de IT previsto en Convenio colectivo. ADIF. Procedencia: La empresa no acreditó que el régimen de mejora de las prestaciones de IT, sea más costoso que el establecido en el RDL 20/2012, y la aplicación del régimen convencional está condicionado a la no superación de unos límites de absentismo dada su heterogeneidad. No cabe su supresión unilateral por parte de la empresa, sobre la que recae la carga de probar que supera los límites legales.

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

STJUE de 19 de abril de 2016, Asunto C-441/14. Caso DI

Procedimiento prejudicial — Política social — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Directiva 2000/78/CE — Principio de no discriminación por razón de la edad — Normativa nacional opuesta a una Directiva — Posibilidad de que un particular reclame la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión — Litigio entre particulares — Ponderación de los distintos derechos y principios — Principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima — Función del juez nacional.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El principio general de no discriminación por razón de la edad, tal como lo concreta la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, también en un litigio entre particulares, se opone a una normativa nacional, como la debatida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse.

2) El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

AGÍS DASILVA, M., BLASCO LAHOZ, J.F. (Eds.): *Legislación básica de Seguridad Social*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 991 páginas.

GARCÍA NINET, I., GARCÍA VIÑA, J., VICENTE PALACIO, A. (Dir.): *Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2016, 396 páginas.

VV.AA. *Memento Experto cotización y sistema de liquidación directa (SLD/SILTRA)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 322 páginas.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona, Atelier, 2016, 376 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 973 páginas.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Paraná, Juruá, 2016, 169 páginas.

DEL ÁGUILA CAZORLA, O.: *Trabajadores autónomos y Seguridad Social. Teoría y práctica*, Paraná, Juruá, 2016, 185 páginas.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 349 páginas.

LÓPEZ INSUA, B.M.: *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015, 184 páginas.

MAS GARCÍA, E.: *Las prestaciones de Seguridad Social a favor de familiares*, Madrid, Aranzadi, 2016, 355 páginas.

MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño profesional: mejoras y límites del “nuevo baremo”*, Albacete, Bomarzo, 2016, 126 páginas.

PALOMO BALDA, E.: *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 205 páginas.

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, 2ª ed. rev., Albacete, Bomarzo, 2016, 213 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.): *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015, 424 páginas.

4. RECENSIONES

Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 230 páginas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social motivados, entre otras razones, por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios legislativos importantes. Espoleados por la actual situación de crisis económica, que ha afectado de lleno a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado algunas medidas

urgentes en el marco de la política comunitaria sobre Envejecimiento activo que pretenden contribuir a la prolongación de la vida profesional. Las consecuencias más directas de estas orientaciones y recomendaciones de promoción e incentivo de envejecimiento activo comunitarias han dado ya sus frutos en España, aunque no en el sentido esperado de progreso y mejora del sistema de pensiones. En efecto, nuestro país ha sido tierra fértil para el proceso de modificación del ordenamiento social si bien todos sus esfuerzos normativos se han dirigido básicamente a garantizar la «sostenibilidad del sistema de pensiones», sobre todo ante el miedo de “hundimiento del barco” que amenaza las arcas financieras de la Seguridad Social.

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo, entre otras causas debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación anticipada y parcial. En consecuencia, a ojos del legislador español no resulta pues tan descabellada la idea de endurecer: los requisitos de acceso, el régimen jurídico, los porcentajes de reducción de jornada, la edad, la duración del contrato de relevo...etcétera, cuyo empleo inadecuado está desvirtuando y desnaturalizando al esquema institucional de la jubilación parcial, de sus derechos y sus obligaciones.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social está situado hoy por hoy en el punto de mira doctrinal, lo que ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. Determinar el sentido y alcance del reconocimiento de las reformas en materia de jubilación, así como su debida protección a nivel internacional, europeo y muy especialmente en España son los principales objetivos del interesantísimo libro que se publica por la editorial Tirant Lo Blanch en 2015 sobre: “*El dilema de las pensiones en España*”. La obra tiene por autora a la prestigiosa Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos, Rocío Gallego Losada, conocida no sólo por su excelente labor docente, sino también por su brillante faceta investigadora.

Se trata de una monografía de gran transcendencia e impacto, única en el mercado jurídico en cuanto al rigor y calidad de sus contenidos se refiere. Actualmente son pocos los trabajos que se puedan hallar entre la amplia gama de revistas, libros o artículos especializados, que analicen de una forma tan exhaustiva y brillante todas y cada una de las medidas que las instituciones internacionales han acordado para optimizar la protección de los derechos fundamentales. Lejos de realizar una mera visión global, la profesora Gallego Losada revisa exhaustivamente con especial atención el equilibrio que debe existir entre la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones y los peligros que las reformas puedan suponer para los derechos de los pensionistas y cotizantes. En definitiva, el dilema al que se enfrenta la concepción de las pensiones públicas en nuestro país. Se mantiene en todo momento un alto nivel de exigencia, esfuerzo y a lo largo de toda la obra. Esta apreciación se evidencia aún más en el amplio y cuidado material bibliográfico, documental y científico seleccionado. Y es que la profesionalidad que caracteriza a la doctora Rocío Gallego Losada se hace visible desde las primeras páginas de esta jugosa edición.

La monografía aparece sistematizada de forma evolutiva, esto es, se comienza por lo más general para a continuación adentrarse en el examen particular y/o específico de los problemas y retos que presenta el sistema de pensiones en España. Concretamente aparecen cuatro grandes apartados, algunos de los cuales se dividen a su vez en puntos más específicos. Todo ello con la intención de facilitarle al lector un conocimiento perfectamente estratificado de la materia.

La estructura general que sigue este manuscrito es la siguiente: 1. Capítulo I. "La arquitectura del sistema de pensiones públicas"; 2. Capítulo II. "El sistema de reparto, problemas y retos"; 3. Capítulo III. "La transformación del régimen jurídico de la pensión de jubilación. Las reformas de 2011 y 2013; y finalmente, 4. Capítulo IV. "Concluso: el dilema de la pensión pública de jubilación".

La obra aquí descrita constituye, en definitiva, una aportación fundamental para el mundo del derecho en general y para la rama del derecho laboral en particular. Y es que como bien defiende su autora, las pensiones de jubilación son motivo creciente de preocupación en España. Además del imparable proceso de envejecimiento de la población española, la grave crisis económica precipitó la necesidad de reformar de una manera resuelta el sistema de pensiones en España. Las sucesivas reformas que se han venido aplicando desde el año 2011 actúan casi exclusivamente sobre el gasto del sistema de manera que, aunque en términos nominales las prestaciones en el futuro serán mayores, en términos de capacidad adquisitiva serán más bajas al repartir entre más pensionistas. Corre el sistema de pensiones de la Seguridad Social un grave peligro de verse afectado por perniciosos desequilibrios en la ordenación de este complejo sector, siempre controvertido por su dimensión, tanto en la cobertura de las prestaciones como en su financiación. De ahí que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española sea la revisión del Pacto de Toledo. Y es que, con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad y otorgarles así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que «supuestamente» tratan de compensar estos dos factores –envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas-. Sin embargo y pese a la existencia de un amplio abanico de buenas intenciones, la realidad ha demostrado que cuando toca sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza suele inclinarse en el sentido de «promover el envejecimiento activo», en vez de «garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones» que tanto defiende la Unión Europea. Así pues, el legislador español entiende que dada la grave situación de crisis financiera debe prevalecer lo dispuesto por el Libro Blanco de la Comisión Europea: «Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles» (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012) y el Libro Verde, quedando olvidadas las directrices para las políticas de empleo que deberían llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo.

El rigor y la exhaustividad con la que se afrontan todos los temas estudiados, se acompaña del buen sentido del que hace gala la profesora Gallego Losada, cuyas opiniones siempre críticas nos invitan a reflexionar sobre la construcción de una futura y mejor sistema de pensiones. Por todas estas razones: "*El dilema de las pensiones en España*" se incorpora al catálogo de referentes bibliográficos imprescindibles para las mejores y más ambiciosas bibliotecas jurídicas.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Factores determinantes de los cambios en las instituciones del mercado de trabajo en Europa¹

Determinant factors of the changes in the labour market institutions in Europe

ANA I. VIÑAS APAOLAZA

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, UNIVERSIDAD EUROPEA

LAURA PÉREZ ORTIZ

DEPARTAMENTO DE ESTRUCTURA ECONÓMICA Y ECONOMÍA DEL DESARROLLO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

MARÍA ISABEL HEREDERO DE PABLOS

DEPARTAMENTO DE ESTRUCTURA ECONÓMICA Y ECONOMÍA DEL DESARROLLO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

SANTOS MIGUEL RUESGA BENITO

DEPARTAMENTO DE ESTRUCTURA ECONÓMICA Y ECONOMÍA DEL DESARROLLO, UNIVERSIDAD

Resumen

El artículo se centra en las causas de las transformaciones que han mostrado las instituciones del mercado de trabajo (IML) en la Unión Europea de los 15 de 2007 a 2014. En particular, se analizan los factores determinantes de estas transformaciones, utilizando un modelo de corte transversal, en el que se trata de comprobar qué variables han afectado durante la Gran Recesión a las IML (medidas a través de un índice sintético construido a tal efecto). Las hipótesis de partida plantean que los cambios están asociados, por un lado, al comportamiento del ciclo económico y a las políticas económicas aplicadas en Europa en el contexto de la crisis y, por otro, a la estructura productiva de los sectores económicos.

Abstract

This paper focuses on the causes of the transformations in the labour market institutions (LMIs) within the EU-15 from 2007 to 2014. Particularly, the determinants of these changes are analyzed by using a cross section model. It seeks to contrast the variables that, during the Great Recession, have affected to the LMIs (measured through an elaborated index built to that objective). The hypothesis argue that the changes are, on the one hand, linked to the economic cycle and the economic policies implemented in Europe in the context of the crisis and, on the other hand, to the productive structure of economic sectors.

Palabras clave

instituciones del mercado laboral; reforma laboral; mercado de trabajo; Unión Europea 15; Gran Recesión

Keywords

labour market institutions; labour market reforms; labour market; 15 European Union; Great Recession

Clasificación JEL: J01, J08, J50, E24.

¹ El presente artículo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación, 2013-2016.

1. INTRODUCCIÓN

En el periodo de crisis económica, denominado la Gran Recesión, se han sucedido diversos cambios en la economía y en las políticas socioeconómicas. Este artículo se centra en las causas de las transformaciones que han mostrado las instituciones del mercado de trabajo (IML) en la Unión Europea de los 15 (UE15) durante la etapa 2007 a 2014.

Una parte de tales transformaciones viene impulsada por la coyuntura económica, observable a través del comportamiento de las variables del ciclo. La crisis económica ha tenido efectos sobre el mercado laboral y sobre sus instituciones, bien a través de la propia dinámica de la economía, bien como resultado de las políticas económicas aplicadas en Europa en esta fase recesiva.

Por otra parte, y con un trasfondo más relevante, el origen de los cambios está relacionado con la estructura productiva de los países. La importancia de los diferentes sectores de actividad en la producción, así como los rasgos tecnológicos y la estructura del tejido empresarial, determinan distintas transformaciones en las IML de cada país. Por ello se pretende comprobar que las formas de ajuste y adaptación de las IML están asociadas al ciclo económico y a la estructura de los sectores económicos.

En esta perspectiva, el artículo se inserta en un debate teórico y empírico, y de política económica de singular actualidad. En concreto, en la literatura económica se registra un debate sobre la incidencia de las IML en la dinámica del mercado de trabajo y, por otro lado, a raíz de la Gran Recesión y las propuestas de ajuste propugnadas por la Comisión Europea, se genera también una discusión de política económica sobre el papel de las IML.

Tales debates inciden especialmente en las estructuras institucionales de los mercados laborales nacionales, centrándose en las diversas modalidades en materia de protección al empleo, prestación por desempleo, políticas activas o estructura de la negociación colectiva. La aportación más significativa de este trabajo es que va más allá de las explicaciones más convencionales sobre cambios en las IML, y se concreta en el significativo papel de la estructura productiva y sus modificaciones en esos cambios. Sin negar la importancia de otros elementos en la definición de las transformaciones, se determina empíricamente la relevancia del modelo productivo característico de cada economía nacional a la hora de explicar la evolución cambiante de dichas instituciones². Es, sin duda, una conclusión singular, poco desarrollada hasta la fecha en la literatura académica, teórica y aplicada, que trata de interpretar la dinámica de los mercados laborales.

Se intenta contrastar, en primer lugar, si entre 2007 y 2014 los efectos de la Gran Recesión, en términos de las principales variables macroeconómicas y del mercado de trabajo, y de las políticas fiscales y de reformas aplicadas en Europa bajo el criterio de austeridad, guardan relación con los cambios sucedidos en las IML. Especialmente, y en

² Resulta interesante señalar cómo, desde otra perspectiva analítica, tratando de explicar los movimientos de la curva de Beveridge en la economía española, analizando los determinantes que pueden afectar a la “eficiencia” del mercado de trabajo durante la Gran Recesión, se llega a conclusiones similares, destacando la importancia de la estructura productiva y sus cambios en el comportamiento más o menos eficiente del mercado laboral (Ruesga, Silva, y Pérez, 2015).

segundo lugar, se trata de verificar si las diferentes transformaciones de las IML se explican según la estructura productiva de los países, y si se observan cambios y diferencias significativas en función de este determinante. La hipótesis 1 señalaría una relación entre el ciclo económico y las IML; mientras la hipótesis 2 plantea un nexo entre la estructura económica y las IML.

Para contrastar estos supuestos se realiza, seguidamente, un encuadre teórico, mediante la revisión de la literatura académica internacional sobre las causas de los cambios en las IML. En el punto 3, se configura un marco de análisis descriptivo del entorno macroeconómico, donde se recoge la evidencia de la crisis económica en Europa y el impacto que las políticas de ajuste fiscal y las consiguientes reformas están teniendo sobre los países, en los planos macroeconómico y laboral. Por otro lado, el mismo apartado analiza los diferentes modelos productivos de los países de la UE15, atendiendo a su estructura económica y a características singulares de la misma, como la intensidad tecnológica y el tamaño empresarial en los distintos sectores de actividad.

En el epígrafe 4, se realiza un breve recorrido de los cambios en las IML objeto de estudio: protección del empleo, prestaciones por desempleo, políticas activas de empleo y estructura de la negociación colectiva.

Se desarrolla, en el apartado 5, un modelo empírico en dos pasos, para comprobar las hipótesis planteadas. En el primero, necesario desde el punto de vista operativo, se lleva a cabo la creación de un índice que agrupa la diversa información sobre las IML consideradas. En el segundo se aplica un modelo de corte transversal en los años 2007 y 2012, circunscrito a los países de la UE15, que permite confrontar las dos hipótesis de la investigación. Como variable dependiente se emplea un índice representativo de las IML, creado a tal efecto, en tanto que las explicativas se construyen a partir de variables macroeconómicas, de mercado de trabajo y de la estructura económica.

En el último apartado se presentan los resultados extraídos del modelo analítico elaborado, resumiendo las principales conclusiones halladas.

2. ENFOQUES TEÓRICOS QUE TRATAN DE EXPLICAR LOS CAMBIOS EN LAS IML

En estos tiempos de crisis económica y cambios en las orientaciones de las políticas, ha habido un afán reformador que ha sacudido a Europa. La oleada conservadora (basada en el enfoque más ortodoxo de la teoría económica) propone que hay rigideces, derivadas de la existencia de IML, que impiden el buen funcionamiento de los mercados y, por tanto, limitan las ganancias de competitividad que los países necesitan para salir de la recesión. Bajo esta perspectiva, estas ganancias de competitividad se lograrán mediante reducciones de los costes laborales unitarios, que se consideran excesivamente altos o que no permiten adaptar la oferta a las circunstancias cambiantes de la demanda agregada.

Las corrientes teóricas que propugnan la desregulación y la flexibilización de las IML han impuesto su visión como forma de recuperar la situación previa a la crisis económica. Se observa su influencia en las recomendaciones de la Comisión Europea a los países para que retornen a sendas de crecimiento en sus mercados laborales (Comisión Europea, 2010a y

2014a); en la intervención de la *troika*³, apuntando las políticas y reformas que los países solicitantes de ayuda financiera deben llevar a cabo; o en la pérdida de poder de los sindicatos en el ámbito de las relaciones laborales (Bernaciak et al., 2014:11 y ss.).

Las reformas que se propugnan desde las instancias europeas se encaminan hacia la desregulación y la consiguiente flexibilización de las relaciones laborales, así como al debilitamiento de una de las partes en esta relación: la de los trabajadores. Ello provoca, en última instancia, un cambio en el reparto de las rentas del trabajo⁴.

Estos son los mecanismos que, teóricamente, lograrían la mejora de la competitividad y la recuperación de los niveles de actividad económica previa a la crisis.

Esta visión de los principales organismos internacionales, bajo la corriente teórica dominante, continúa la senda ya establecida desde los años ochenta del siglo pasado. Por entonces, se asentó este enfoque que enfatiza las hipotéticas rigideces de las IML como impedimento para el buen funcionamiento del mercado laboral y de la economía en general (Avdagic y Salardi, 2013:739). Los análisis de la OCDE (1994) y diversos estudios académicos Scarpetta (1996), Siebert (1997), Elmeskov et al. (1998), Nickell y Layard (1999) argumentan una relación estrecha entre el elevado nivel de regulación de las IML y la negativa evolución del desempleo. Auspician, así, la desregulación de las relaciones laborales, también denominadas en este contexto reformas estructurales, como política cuasi exclusiva, o al menos preeminente, de lucha contra el desempleo.

Sin embargo, estudios posteriores (la propia OCDE, 2006; Baccaro y Rei, 2007; Amable et al., 2007; Freeman, 2008; Stockhammer y Klär, 2011), encuentran que dicha relación, entre las IML y el desempleo, no es ni tan simple ni tan clara. Como señalan Avdagic y Salardi (2013:763), en los análisis empíricos depende del número y tipo de países incluidos, de las instituciones laborales, del intervalo temporal considerado, de las interacciones entre las instituciones... (Howell et al., 2007). En definitiva, no hay una confirmación clara ni una refutación contundente de dicha relación.

Por su parte, el enfoque institucionalista del mercado de trabajo se apoya en la bondad de las IML⁵ para explicar la mejora de la productividad, al tiempo que enfatiza su papel de moderadoras sociales en las crisis económicas (Visser, 2013a). Efectivamente, la actuación de los denominados estabilizadores automáticos al inicio de la crisis, aunque no de modo suficiente, contribuyó a paliar una crisis social aún de mayor calado que la registrada, particularmente en gran parte de Europa.

Conviene rescatar el discurso teórico de los mercados segmentados de Doeringer y Piore (1983:310-312). Con la existencia de un mercado primario, donde el tipo de demanda

³ En el marco de crisis europea se trata de las decisiones conjuntas adoptadas por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional.

⁴ Una buena parte de la literatura académica sobre el incremento de las desigualdades en la distribución de la renta que caracteriza el desarrollo económico mundial en las últimas décadas incide en esta conclusión. Véase Piketty (2014), Galbraigh (2012) y Stiglitz (2012), entre otros.

⁵ Se entiende, bajo este enfoque, que las IML impulsan la reducción de incertidumbre y, por tanto, disminuyen los costes de transacción para las empresas.

agregada es estable, las empresas son altamente productivas, grandes, competitivas,... Las empresas que operan en este segmento demandan trabajo estable muy cualificado y admiten fuertes regulaciones internas en un contexto de elevadas tasas de afiliación sindical (Neffa, 2008). Las empresas que operan en el mercado secundario se enfrentan a un nivel elevado de volatilidad de la demanda, un mercado muy ajustado a precios y muy dependiente del ciclo y donde predomina un tejido empresarial de reducidas dimensiones, que reclutan trabajo de baja cualificación, fácilmente sustituible. La elevada volatilidad del empleo en este mercado es la antesala del desempleo.

La variedad de estudios, cuantitativos y cualitativos, que se han acercado al análisis de las IML y sus efectos sobre el desempleo, los salarios o la productividad, entre otros aspectos, se enfrenta a un problema adicional que limita el alcance de las investigaciones empíricas (Betcherman, 2012): la dificultad para lograr una adecuada medición de dichas instituciones, que se trata de salvar acudiendo al uso de indicadores sintéticos de carácter ordinal⁶. Sin embargo, soportan múltiples críticas por la subjetividad que conllevan en sus estimaciones. La existencia de indicadores estables, que permitan medir de manera homogénea la multiplicidad de variables incluidas en el análisis de las IML, y sean de general aceptación, es todavía una asignatura pendiente en la literatura científica en esta materia.

En conclusión, el debate sobre el papel de las instituciones laborales y su relación con los resultados del mercado de trabajo sigue abierto hoy en día y por ello, se enfatiza en la importancia de la estructura productiva como elemento fundamental para entender por qué el mercado de trabajo evoluciona en uno u otro sentido. Ello podría ser el elemento central para investigar qué determina, en última instancia, que haya países donde la tasa de paro se haya disparado (España o Italia) mientras en otros, no sólo no ha crecido, sino que se ha logrado reducir (Alemania), en el mismo contexto de recesión.

Y, se concluye, que una las respuestas más relevantes a este interrogante se encuentra en las diferencias que hay en la estructura productiva, el entramado empresarial y la aportación e inversión en tecnología, entre los países europeos.

3. EL ENTORNO MACROECONÓMICO DE LAS IML EN LA UE15

El periodo de siglo XXI transcurrido permite observar el funcionamiento de un ciclo económico casi completo en Europa. Arranca en los primeros años del siglo con crecimientos del PIB moderados en la mayor parte de Europa (2% de media para la UE15). Tras la crisis de la burbuja tecnológica de 2001, se alcanzaban a mitad de la primera década del siglo crecimientos superiores al 4%. Desde 2008 se expande una profunda recesión, que en 2009 afectaba ya al conjunto de los quince, sin excepción alguna. A partir de 2010 se abren diferencias en el comportamiento económico en el interior de la Unión. Parecería que tras 2009, se retomaría la senda del crecimiento; y así fue en 2010, pero se trataba de un fenómeno que no llegó a consolidarse, debido a la recaída de la mayoría de economías europeas en 2012-2013 y al estancamiento de los países habitualmente motores del

⁶ Como es el caso del construido por la OCDE para evaluar la rigidez en la protección del empleo o los índices de centralización y coordinación de la negociación colectiva, elaborados por Visser (2013b).

crecimiento europeo (Alemania y Francia). Todo ello acompañado por la extensión de una fuerte crisis (de la deuda) especialmente en los países del sur de Europa, que afectaría de forma negativa a las expectativas de crecimiento. Y ya, 2014, representa la vuelta casi generalizada a un moderado crecimiento.

3.1. Las políticas de ajuste

Los datos económicos señalan una evolución inestable en Europa; y, a diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, se observa un estancamiento generalizado en la región. Para algunos autores (Papadakis y Ghellab, 2014), es una consecuencia de la debilidad de las políticas europeas en la lucha contra la recesión, cuyas medidas han afectado negativamente al conjunto y con especial virulencia a los países del sur de Europa e Irlanda.

Además de la propia dinámica del ciclo económico y los fenómenos globales sucedidos, resaltan, entre las causas de este comportamiento, dos con sello europeo (García y Ruesga, 2014:29-54 y 249-275):

- La aplicación de políticas fiscales restrictivas, de reducción del gasto público y austeridad, en el marco de las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento Europeo (PEC). Una decisión que ha implicado, en algunos países, la disminución de recursos públicos destinados a políticas de empleo y el deterioro de algunas IML.
- La decisión adoptada por los líderes europeos de ejecutar reformas estructurales, con modificaciones de la regulación del mercado de trabajo y de las relaciones laborales, con consecuencias negativas sobre el empleo y las IML.

Al inicio de la etapa de recesión, las medidas nacionales de política fiscal expansiva, enmarcadas en el Plan Europeo de Recuperación Económica (Comisión Europea, 2008), coordinado en el seno de la Unión, derivan en un auge del gasto público. Y, aunque estas políticas tienen un efecto negativo sobre el déficit público, también se trasladan a una mejora de la actividad económica en el año 2010.

Sin embargo, en nombre del estricto cumplimiento del PEC promovido por los líderes europeos, hay un punto de inflexión en las políticas fiscales para el conjunto de la UE. La mayor parte de los países se ven obligados a restringir, con recortes y medidas de austeridad, su gasto público. Y este freno a las políticas de expansión de la demanda agregada se traduce en un estancamiento de la actividad y el empleo, y en algunos países, en una recaída que se prolonga hasta el final del periodo contemplado.

Detrás de estos resultados negativos en Europa se encuentran las consecuencias de transformar las políticas fiscales contracíclicas en políticas contractivas, con el único objetivo de lograr la reducción del déficit público. Así, las llamadas políticas de estabilidad económica tuvieron un impacto predecible sobre la actividad económica, frenando el PIB y el empleo, pero sin poder alcanzar su objetivo de déficit público.

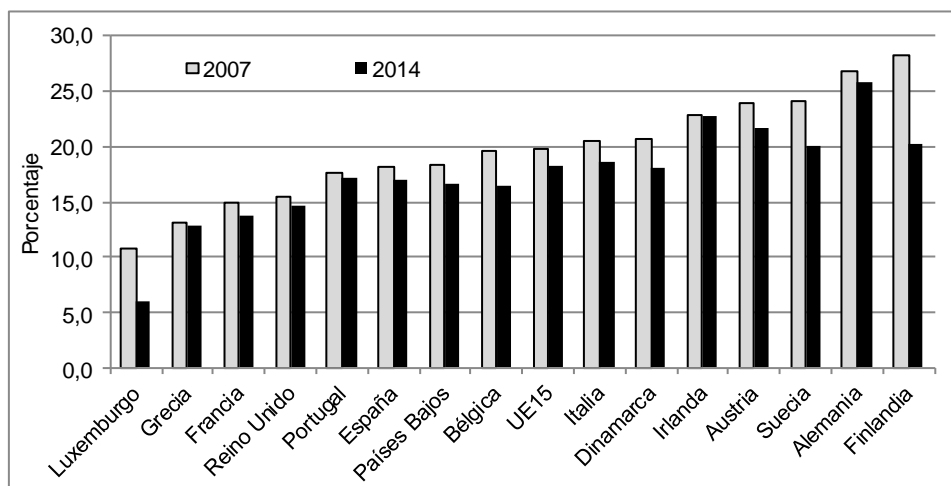
3.2. La estructura productiva de las economías

La profundidad con la que la crisis económica ha impactado en Europa y la huella que ha dejado en sus mercados de trabajo e IML, están estrechamente relacionadas con la estructura productiva de cada país y con su capacidad para afrontar las fases recesivas del ciclo.

Entre 2007 y 2014 se producen cambios sustanciales en la estructura económica del área: ganan 1,5 puntos porcentuales de peso relativo los servicios públicos (*Administración Pública, Sanidad y Educación*), al tiempo que la *Industria* pierde la misma cuantía relativa. También disminuye el peso relativo de sectores como la *Construcción*, un punto porcentual, y de menor dimensión los *Servicios de Comercio, Transporte y Hostelería, Actividades Financieras y de Seguros y Servicios de Información y Comunicación*, así como el *Sector Primario*. En dirección contraria ganan peso relativo (inferior al punto) las *Actividades Inmobiliarias y las Profesionales y Otros Servicios*.

No obstante, estas modificaciones no siguen las mismas pautas en toda Europa. En Alemania, Irlanda, Austria, Finlandia y Suecia, destaca el peso de la industria, mostrando una elevada proporción el sector manufacturero. Desde 2007, sin embargo, y de forma generalizada en la UE15, el sector industrial pierde peso en la producción (véase Figura 1).

Figura 1. Peso de la industria en el Valor Añadido Bruto, UE15



Fuente: elaboración propia a partir de *National Accounts* (Eurostat).

Paralelamente, en los países en los que el sector de la construcción disminuye, los sectores de comercio, transportes y hostelería, avanzan. Incluso donde estas actividades terciarias ya contaban con un notable peso (caso de España y Portugal).

Parece existir una estrecha relación entre la estructura económica de los países y la intensidad tecnológica de sus empresas. La importancia de la industria en el VAB, superior en los países del centro y norte de Europa, predispone, por necesidades productivas, a invertir en tecnología. En los países donde predominan las actividades terciarias, el esfuerzo

es menor. Si bien hay que considerar dos subgrupos diferenciados: países con un peso elevado del sector financiero y otros servicios profesionales intensivos en conocimiento (el Reino Unido, Luxemburgo y Francia) y países más especializados en actividades relacionadas con el turismo como comercio y hostelería, de escasa intensidad tecnológica (sur de Europa).

A pesar de la pérdida de importancia de la industria en el global europeo, en Alemania se mantiene aún una elevada presencia relativa de este sector en el PIB y el empleo, al tiempo que destaca también el nivel de los indicadores que miden la intensidad tecnológica (con un mayor peso del empleo en actividades de más contenido tecnológico). En el otro extremo, la estructura productiva y las tendencias en los países del sur de Europa, señalan una presencia de actividades con bajos niveles de incorporación de tecnologías e innovaciones avanzadas (Comisión Europea, 2014b).

Se comprueba, asimismo, la existencia de un vínculo entre la estructura económica y la dimensión empresarial, observándose un mayor tamaño empresarial en sectores más internacionalizados y competitivos, como es la industria (Comisión Europea, 2014c). La extensión de la presencia de una menor dimensión empresarial, vinculada a actividades de servicios (en España o Italia, entre otros), más intensivas en mano de obra y con menores niveles de innovación, hace que el tejido productivo de estos países sea más vulnerable a las fases recesivas del ciclo.

3.3. Comportamiento de los mercados de trabajo

El análisis, para los países de la UE15 en 2007-2014, permite observar cómo los cambios en la actividad, el empleo y el paro⁷, así como en la calidad de las condiciones laborales, mantienen tendencias generales compartidas, aunque con algunos matices.

La evolución del empleo ha sido cíclica, acompañando a la actividad económica en cada país. Hasta la recesión, se observan trayectorias dispares que convergen en la desaceleración del crecimiento del empleo en 2008 y su caída en 2009, donde pocos se salvan de las cifras negativas (caso alemán). La crisis aterriza de este modo en Europa, provocando un largo ciclo de destrucción de empleo que se enquistaba en países como España e Italia hasta entrado 2014.

Otras economías remontan y crean empleo en 2010 y 2011, pero la recaída en los dos años siguientes genera más destrucción, especialmente en los países del sur de Europa. Como consecuencia, las tasas de ocupación entre 2007 y 2014 muestran una pérdida de 1,2 p.p. para la media de la UE15, situándose en un 65,6%, y alejándose de los porcentajes fijados como objetivo en la Estrategia Europa 2020⁸.

El análisis de la tasa de desempleo ofrece resultados similares. En 2007 todos los Estados poseían una tasa de paro inferior al 10%. A partir de esta fecha, la llegada de la recesión rompe la tendencia general y, con excepción de Alemania, todos sufren un

⁷ Fuente de datos: LFS, Eurostat.

⁸ La Estrategia establece como objetivo común un 75% para el grupo de edad de 20 a 64 años.

incremento del paro, mejoras relacionadas con la fugaz recuperación de la actividad económica derivada de las políticas expansivas, y repuntes en la recaída de 2012 y 2013. Finaliza el año 2014 con una tasa de desempleo media del 10,5% para la UE15; destacando casos extremos como España, donde llega a superar el 26% en 2013.

Paralelamente, aparecen dos fenómenos que caracterizan esta etapa en los países europeos: la extensión del paro estructural y la precarización del empleo.

La precarización de las condiciones laborales en el contexto de la estrategia europea de flexiseguridad⁹ se extiende con mayor flexibilidad a favor de la empresa, produciéndose cambios facilitados por los diferentes gobiernos europeos mediante modificaciones en la normativa y las relaciones laborales.

Y, por último, es destacable cómo, bajo la excusa de mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo, las políticas macroeconómicas y laborales en Europa han ido encaminadas a transformar las IML.

4. CAMBIOS EN LAS IML EUROPEAS DURANTE LA RECESIÓN

La pretensión de la política económica dominante ya durante el periodo anterior a la crisis vivida, se centraba en alcanzar una mayor flexibilización en el funcionamiento del mercado de trabajo, en busca de mejoras en la competitividad empresarial. Esta mayor flexibilización se alcanza con la desregulación de las IML, panorama generalizado en los países europeos en la etapa recesiva.

A continuación se definen las IML consideradas y su evolución durante el periodo¹⁰. Se hace especial hincapié en aquellas con mayor cota de flexibilidad al compás de las transformaciones económicas. Así, se observan los cambios en la protección del empleo, el sistema de prestaciones por desempleo, las políticas activas y la negociación colectiva (mediante afiliación y cobertura sindical, estructura, coordinación y centralización).

La Tabla 1 resume en qué dirección se producen los cambios en las IML, en los países de la UE15, entre 2007 y 2013. En el conjunto de instituciones analizadas se observa cómo se mantiene sin alteraciones la mayor parte de ellas en los países, salvo algunas excepciones, especialmente, las prestaciones por desempleo (consideradas a partir de la tasa de sustitución), que aumenta en siete países, o la afiliación de la negociación colectiva, que disminuye en once. No obstante, se vislumbra que son más los países e instituciones donde los valores descienden que aquéllos en los que se incrementan. Es decir, el proceso de desregulación, de pérdida de peso de las instituciones, que comenzó ya antes de la Gran Recesión, continúa y se profundiza (Clauwaert y Schömann, 2012).

Del análisis por países se intuye que los cambios son multidireccionales. Desde los que contaban con elevados niveles y donde las reformas aplicadas dan pie a un descenso de los indicadores; Irlanda o Grecia, e Italia en menor medida; hasta países, como Alemania,

⁹ Para una explicación detallada de la flexiseguridad, véase Ruesga et al. (2011).

¹⁰ El último año del que se dispone de datos para estos indicadores es 2013.

que poseían cotas más bajas y que con las reformas mejoran la presencia y papel de algunas instituciones laborales.

Pero también se encuentran casos de mínimos valores que prácticamente se mantienen, como en el Reino Unido, o de niveles superiores que también parecen sostenerse, como en Francia.

Tabla 1. Cambios en las instituciones del mercado laboral en la UE15, 2007-2013

<i>IML</i>	<i>Indicador</i>	<i>Fuente</i>	<i>Aumenta</i>	<i>Se mantiene</i>	<i>Disminuye</i>
Protección empleo	Índice protección empleo indefinido	OCDE	IRL	DK D S A L FIN B NL	F UK I E EL P
	Índice protección empleo temporal	OCDE	D	L F B I FIN DK A NL IRL UK	E EL S P
Prestaciones desempleo	Gasto políticas pasivas/t. paro*	EUROSTAT	D I	A B FIN IRL** F L** P EL UK	DK NL E** S
	Tasa neta sustitución*	OCDE	IL FIN S B UK I EL	A F L NL	A E D P DK
Políticas activas	Gasto políticas activas/t. paro*	EUROSTAT	A	S FIN L** B D	NL DK IRL** E** I F P
	Gasto en servicios de empleo/t. paro*	EUROSTAT	D DK	A E** P I F S B FIN L** UK**	NL IRL**
Negociación colectiva	Tasa afiliación	OIT	I E	B F	UK EL NL FIN D DK IRL A L S P
	Tasa cobertura	OIT	NL FIN E	B I A F DK L	EL P IRL UK D S
	Ámbito de negociación**	VISSER	EL FIN	B E DK D I NL A P S F L UK	IRL
	Centralización	VISSER		B DK D E F I NL L P A FIN S UK	IRL EL
	Coordinación**	VISSER	EL L P FIN	B DK D E F I NL A S UK	IRL

Leyenda: A: Austria; B: Bélgica; D: Alemania; DK: Dinamarca; E: España; EL: Grecia; F: Francia; FIN: Finlandia; I: Italia; IRL: Irlanda; L: Luxemburgo; NL: Países Bajos; P: Portugal; S: Suecia; UK: Reino Unido.

* Datos de 2013 no disponibles, se utiliza 2012; ** Datos de 2012 no disponibles, se refieren a 2011.

Fuente: elaboración propia.

La multitud y complejidad de los cambios ocurridos (debido a la composición del grupo, así como a la heterogeneidad de indicadores sobre IML) obliga a ampliar el análisis cuantitativo. Por ello, en el siguiente apartado se desarrolla un índice sintético de intensidad de las IML, que salva el obstáculo de tener que considerar múltiples indicadores de naturaleza muy diversa.

5. BUSCANDO LAS CAUSAS DE LOS CAMBIOS. UN MODELO EXPLICATIVO

El modelo estima cómo impactan en la evolución de las IML las variables macroeconómicas que acompañan al ciclo (PIB, productividad y déficit público); la dinámica

del mercado de trabajo (tasas de paro, actividad y empleo); y la estructura productiva (peso de la industria en la economía).

Para ello, primero es necesario calcular un índice sintético de las principales IML, con la información estadística recogida en el apartado anterior. Con este índice construido, se realiza un análisis cuantitativo para contrastar las hipótesis de la investigación. El índice constituye la variable dependiente de un modelo de corte transversal que estima la relación entre los cambios en el índice creado, y el contexto macroeconómico y del mercado de trabajo, así como la estructura económica sectorial de cada país.

5.1. Definición de la variable dependiente. Un índice de IML

La dificultad de comparar conjuntamente todas las transformaciones sucedidas en las diferentes instituciones laborales del conjunto de la UE15, conduce a tratar las variables y sus datos a través de un índice sintético que homogenice la manera de medir todas las instituciones y, con ello, cotejarlas todas simultáneamente.

Para crear un índice representativo¹¹ se transforman los datos originales. Es decir, se construye a partir de las variables recogidas para observar las IML, con relación positiva y directa, de forma que cuanto mayores sean los indicadores respectivos a cada institución, mayor el índice; y viceversa.

Se calcula un índice sintético para cada institución considerada, recodificando sus componentes, y homogenizando así sus dimensiones. Posteriormente, se realiza una suma ponderada y se obtiene un índice sintético representativo de cada una de las IML. Finalmente, el índice global de intensidad se halla a partir de la media de los cuatro índices sintéticos¹².

Para la construcción, cada una de las variables (véase Tabla 1) se recodifica de 0 a 5: cuanto más cercano a 5, mayor es la presencia de esa institución en la definición de las relaciones laborales; y cuanto más cercano a cero, menor la intensidad de la institución. Esto indicaría unas relaciones laborales definidas a partir de una mayor presencia del mercado o con menor papel de las instituciones.

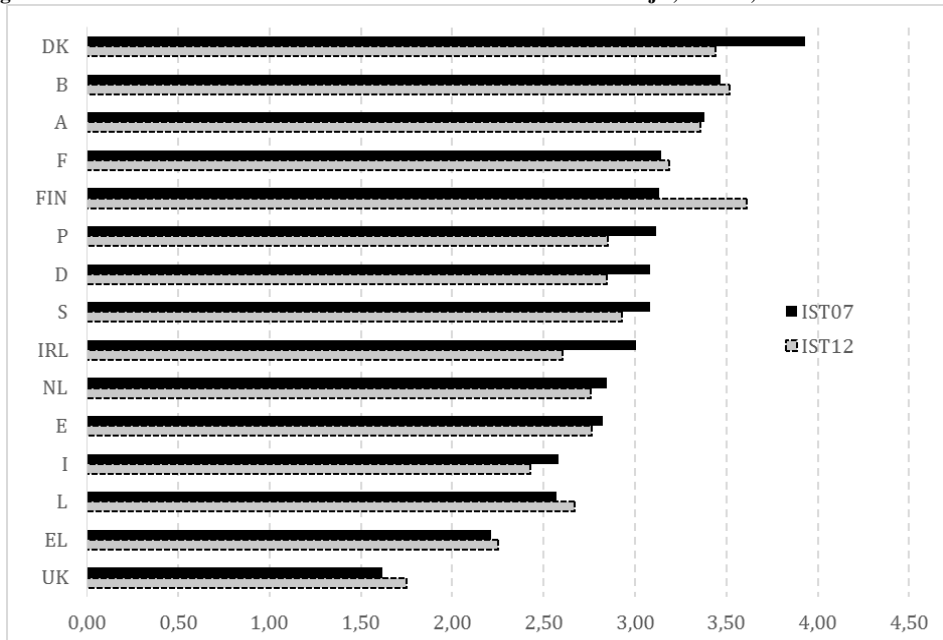
La recodificación está diseñada para reflejar la intensidad de la presencia institucional en las relaciones laborales: cuanto mayor es el índice sintético, mayor es la presencia institucional y, por tanto, menor el papel del mercado en la definición de las relaciones laborales. Así, además, se evita cualquier interpretación *ex-ante* sobre los efectos de las instituciones en las relaciones laborales y su incidencia en el contexto macroeconómico de cada país, cuestión que queda analizada en el modelo.

¹¹ Se toma como inspiración la metodología desarrollada por la OCDE para el cálculo del *Employment Protection Legislation* y la expuesta por Eichhorst *et. al.* (2009), donde los autores crean un indicador para representar el grado de flexibilidad de las relaciones laborales en países de la UE15.

¹² Para más detalles sobre la construcción de este índice puede consultarse “Instituciones del mercado de trabajo y crisis: tendencias y transformaciones”, proyecto de investigación de I+D+I, del programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad (nº CSO2013-47994-R) (mimeo).

Con el índice global se observan las tendencias de la totalidad de las IML estudiadas en cada país (Figura 2). Los resultados matizan las conclusiones adelantadas en el análisis descriptivo previo, apuntando hacia una reducción de la intensidad de las IML en las relaciones laborales en la UE15 en el periodo. Aquí se constata un descenso en el índice en 9 de los 15 países analizados.

Figura 2. Índice de las instituciones del mercado de trabajo, UE15, 2007-2012



Fuente: elaboración propia.

Una vez calculado el índice, queda construida la variable dependiente y, siguiendo las hipótesis planteadas, se aplica un modelo para ver cómo inciden en las IML el ciclo económico, el mercado de trabajo y la estructura productiva de los países.

5.2. Aplicación de un modelo de corte transversal

Se desarrolla un análisis de corte transversal¹³, para todos los países de la UE15 en dos años, 2007 y 2012, teniendo en cuenta que 2007 muestra aún rasgos del periodo de expansión anterior y 2012 refleja la huella que la Gran Recesión ha dejado en Europa. El modelo en ambos años asume la siguiente función:

$$\text{Fórmula (1)} \quad Y_i = \alpha + \beta_i X_i + \epsilon_i$$

¹³ En este modelo, se incluye una estimación de los contrastes de estabilidad de los coeficientes estimados, para ver si cambian en el periodo estudiado. Resulta estadísticamente más eficiente optar por un modelo de corte transversal que capta mejor la incidencia de las variables explicativas, dada la relativa heterogeneidad de las mismas.

La variable dependiente, Y_i , es el índice sintético creado de las instituciones del mercado de trabajo (INST), calculado previamente para cada uno de los i países. El vector de variables explicativas, para cada uno de los i países, sería el déficit público (DEF), la tasa de crecimiento del PIB real (CPIB), un indicador de la estructura económica medido por el porcentaje de ocupados en el sector manufacturero respecto al total de ocupados (PORMAN), la tasa de actividad (TACT), la tasa de ocupación entre 15 y 64 años (TOC), la tasa de paro (PARO) y la productividad hora por trabajador (PRODH)¹⁴.

En las matrices de correlaciones se aprecia una alta correlación entre las tasas de paro, de actividad y de ocupación, de forma que estas variables se utilizan de manera alternativa para evitar sesgos en los estimadores derivados de la elevada multicolinealidad¹⁵. Por esta razón, se estiman tres ecuaciones para cada año. Es decir, hay tres modelos alternativos, uno con la inclusión de la tasa de actividad, otro con la de ocupación y un último con la de paro; mientras el resto de variables (dependiente y explicativas) se mantiene.

Dada la elevada correlación entre las dos primeras variables, en las estimaciones se observa que los modelos que utilizan la tasa de actividad ajustan mejor que los que usan la de ocupación. También se aprecia una fuerte correlación entre las tasas de actividad y de ocupación con la de paro, así como entre la tasa de paro y el crecimiento del PIB. Por todo ello, se decide considerar el modelo que incluyen la tasa de actividad, resultando más ajustado para contrastar las hipótesis (Tabla 2).

Tabla 2. Modelo ajustado. Principales resultados

	Modelo 1a 2007	Modelo 1b 2012
PRODH	0.013 (0.012)	0.043*** (0.012)
DEF	0.027 (0.039)	0.011 (0.027)
PIB	-0.054 (0.094)	-0.132* (0.065)
PROMAN	0.071* (0.038)	0.125*** (0.031)
TACT	0.014 (0.016)	0.007 (0.016)
R2	0.75	0.87
Valor p (F)	0.014	0.000

Nota: * 10% de significatividad; ** 5% de significatividad; *** 1% de significatividad.

Fuente: elaboración propia.

Hay que tener en cuenta la mayor estabilidad de la tasa de actividad frente a las de paro y empleo. Del análisis del mercado de trabajo europeo se desprende que la tasa de actividad posee un carácter más estructural: la variación en los países de la UE15 ha sido más moderada que la de las tasas de paro y empleo. Paralelamente, no presenta el mismo carácter procíclico, pues se conjuga un doble efecto: el del trabajador incorporado y el del desanimado.

¹⁴ Para las variables explicativas, datos de Eurostat.

¹⁵ Se ha aplicado un método consistente a heterocedasticidad, con el paquete estadístico *Gretl*, para garantizar que los estimadores sean robustos.

6. CONCLUSIONES

La conclusión principal al observar los resultados es que la estructura económica, definida como el porcentaje de empleo en el sector de la industria manufacturera, tiene una relación positiva sobre la intensidad de las IML entre los países de la UE15 en ambos años. En los tres modelos alternativos se presentan unos resultados globales robustos y estadísticamente significativos con esta variable, siendo la única estadísticamente significativa al 10% en todos ellos.

Este hecho remite, como se señalaba, a la hipótesis de mercados segmentados (Doeringer y Piore, 1983), que establece que las relaciones laborales en el sector industrial, se desarrollarían sujetas a un conjunto de “normas y procedimientos administrativos”, es decir, caracterizadas por una mayor intensidad institucional y menor presencia de las fuerzas del mercado en la definición de las relaciones laborales. De ello se deduce que aquellos países con una mayor proporción de ocupados en el sector industrial presentarían un mayor índice de intensidad institucional, resultado que se encuentra tanto en las estimaciones de 2007 como en las de 2012; lo que corrobora la hipótesis 2.

Además de la estructura productiva, en 2012 son también significativas la tasa de crecimiento del PIB y la productividad por hora del trabajo.

Cabe señalar la relación negativa entre la tasa de crecimiento económico y la intensidad institucional, reflejando el efecto del ciclo sobre las IML, y confirmando la hipótesis 1. Eurofound (2014) muestra que aquellos países que más sufrieron las consecuencias de la Gran Recesión, también han sido los que más transformaciones han introducido en sus relaciones laborales. Unos cambios que han ido asociados a las exigencias realizadas por la *troika* para favorecer el acuerdo de rescate de los países que tuvieron que acudir a la reestructuración financiera de sus deudas. Igualmente, se han visto presionados por su situación económica a desarrollar reformas de sus mercados laborales tendentes a la flexiseguridad.

Así, la interpretación del modelo para 2012 señala que los cambios en las IML están relacionados con el efecto de la Gran Recesión en las economías europeas (a través del PIB y de la productividad) y con la estructura productiva de los países, confirmando las dos hipótesis consideradas.

Pero los resultados del modelo sugieren también otros dos argumentos expuestos inicialmente. En primer lugar, los cambios en las IML no están significativamente relacionados con el déficit público, lo que implicaría que la exigencia europea e internacional de acometer reformas estructurales en los mercados de trabajo es, en realidad, independiente del cumplimiento del PEC y se debe a otros intereses políticos. El cumplimiento del objetivo de déficit sería sólo un pretexto para debilitar las IML.

En segundo lugar, tampoco hay relación significativa entre los mercados de trabajo (con la medición de las tres tasas: actividad, empleo y paro) y los cambios en las IML, lo que conduce a argumentar que las reformas laborales que han propiciado esos cambios en sus IML obedecen a causas distintas del propio funcionamiento del mercado laboral, posiblemente también a intereses políticos.

Ambas deducciones parecen apuntar a la persecución de objetivos políticos enmarcados en una ideología guiada por un afán ortodoxo hacia la desregulación de los mercados de trabajo.

En definitiva, los resultados muestran pruebas significativas de que la intensidad de las IML estaría estadísticamente correlacionada con las características de la estructura productiva, con independencia del momento del ciclo, y también, y en este caso sólo en el periodo de crisis económica, con la evolución del PIB y de la productividad. Este resultado implica una evidencia de las dos hipótesis planteadas: 1) los efectos que la Gran Recesión, a través del ciclo y de las políticas económicas aplicadas, ha tenido sobre las IML en Europa, y 2) que la estructura económica es fundamental para determinar las transformaciones en las IML.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMABLE, B.; DEMMOU, L.; y GATTI, D. (2007): “Employment Performance and Institutions: New Answers to an Old Question”, *IZA Discussion Papers* N° 2731
- AVDAGIC, S. y SALARDI, P. (2013): “Tenuous link: labour market institutions and unemployment in advanced and new market economies”, *Socio-Economic Review*, vol. 11, n° 4, pp. 739-769
- BACCARO, L. y REI, D. (2007): “Institutional Determinants of Unemployment in OECD Countries: Does the Deregulatory View Hold Water?”, *International Organization*, Vol. 61, No. 3 (Summer, 2007), CUP, pp. 527-569
- BERNACIAK, M.; GUMBRELL-MCCORMICK, R. y HYMAN, R. (2014): “European trade unionism: from crisis to renewal?”, *Report 133*, ETUI
- BETCHERMAN, G. (2012): “Labor Market Institutions. A Review of the Literature”, *Policy Research Working Paper* n° 6276, The World Bank, Development Economics
- CLAUWAERT, S. y SCHÖMANN, I. (2012): *La crisis y las reformas de las legislaciones laborales nacionales. Un ejercicio de análisis*, Documento de trabajo 2012.04, ETUI
- COMISIÓN EUROPEA (2008): *Un Plan de Recuperación Económica*. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo. Bruselas, 26.11.2008, COM(2008) 800 final
- COMISIÓN EUROPEA (2010a): “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”, Comunicación de la Comisión Europea, COM(2010) 682 final
- COMISIÓN EUROPEA (2014a): *Proyecto de informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y del Consejo que acompaña a la Comunicación de la Comisión relativa al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2015*. Bruselas, 28.11.2014, COM(2014) 906 final
- COMISIÓN EUROPEA (2014b): *Research and Innovation performance in the EU 2014, Innovation Union progress at country level*, Directorate-General for Research and Innovation, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg

- COMISIÓN EUROPEA (2014c): “Annual Report on European SMEs 2013/2014 – A Partial and Fragile Recovery Final Report”, SME Performance Review 2013/2014, Directorate General for Enterprise and Industry, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg
- DOERINGER, P. Y PIORE, M. (1983): “El paro y el mercado dual de trabajo”, en Toharia, L. (comp.): *El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones*, Alianza Universidad Textos, Madrid, pp. 307-320
- EICHHORST, W.; MARX, P. y TOBSCH, V. (2009): “Institutional Arrangements, Employment Performance and the Quality of Work”, *IZA Document Papers* n°. 4595
- ELMESKOV, J.; MARTIN, J. y SCARPETTA, S. (1998): “Key lessons for labour market reforms: evidence from OECD countries’ experiences”, *Swedish Economic Policy Review*, n° 5 (2), pp. 205-252
- EUROFOUND (2014): *Changes to wage-setting mechanisms in the context of the crisis and the EU’s new economic governance regime*, European Observatory of Working Life, Dublín
- FREEMAN, R. B. (2008): “Labour Market Institutions around the World”, *NBER Working Paper* n° 13242
- GALBRAITH, J. K. (2012): *Inequality and Instability*, Oxford University Press, New York
- GARCÍA, N. E. y RUESGA, S.M. (2014): “El shock de empleo en la Gran Recesión 2.0”, en N.E. García y S. M. Ruesga: *¿Qué ha pasado con la Economía Española? La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Editorial Pirámide, Madrid
- HOWELL, D. R.; BAKER, D.; GLYN, A. y SCHMITT, J. (2007): “Are Protective Labor Market Institutions at the Root of Unemployment? A Critical Review of the Evidence”, *Capitalism and Society*, Volume 2, Issue 1, article 1
- NEFFA, J. C. (2008): “Las teorías de la segmentación de los mercados de trabajo”, en Neffa, J. C. y Eymard-Duvernay, F.: *Teorías económicas sobre el mercado de trabajo III. Análisis institucionalistas*, FCE, Buenos Aires, pp. 139-206
- NICKELL, S. y LAYARD, R. (1999): Labor market institutions and economic performance, en Ashenfelter, O. y Card, D.: *Handbook of Labor Economics*, Volume 3C, North Holland, pp. 3029–3084
- OCDE (1994): *Jobs Study*, París, OCDE.
- OCDE (2006): “Reassessing the Role of Policies and Institutions for Labour Market Performance: A Quantitative Analysis”, *OECD Employment Outlook 2006: Boosting Jobs and Incomes*, París.
- PAPADAKIS K. y GHELLAB, Y. (eds) (2014): *The governance of policy reforms in southern Europe and Ireland social dialogue actors and institutions in times of crisis*, ILO, Geneva
- PIKETTY, T. (2014). *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press, Boston

- RUESGA, S. SILVA, J. DA y PÉREZ, M. (2015): “La Gran Recesión y sus efectos sobre la eficiencia del mercado laboral. Un estudio aplicado a nivel regional para determinar el mismatch agregado en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, Volumen: 33-1, pp.175-200.
- RUESGA BENITO, S. M. et alter (2011):”El sistema social español en un marco de flexiseguridad”, *Fundación Ortega-Marañón: Cinco*, Madrid
- SCARPETTA, S. (1996): “Assessing the role of labour market policies and institutional settings on unemployment: a cross-country study”, *OECD Economic Studies*, nº 26, 1996/1.
- SIEBERT, H. (1997): “Labor Market Rigidities: At the Root of Unemployment in Europe”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11, nº 3, pp. 37-54
- STIGLITZ, J. (2012): *The Price of Inequality*, Allen Lane, Penguins Books, London.
- STOCKHAMMER, E. y KLÄR, E. (2011): “Capital accumulation, labour market institutions and unemployment in the medium run”, *Cambridge Journal of Economics*, 35 (2), pp. 437-457
- VISSER, J. (2013a): “Wage Bargaining Institutions -from crisis to crisis”, *Economic Papers* 488, European Economy, European Commission.
- VISSER, J. (2013b): *Data Base on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts, 1960-2011 (ICTWSS)*, versión 4.0, abril 2013.

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

EUGENIO PÉREZ BOTIJA (1910-1966): la Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política 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)

CAROLINA SERRANO FALCÓN

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

VICEDECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

Primer Catedrático de Derecho del Trabajo en España y maestro de todos los laboristas españoles; pieza clave en la construcción académica y científica del Derecho del Trabajo como rama diferenciada del ordenamiento jurídico; y uno de los primeros pensadores en traer a España la moderna doctrina extranjera y en exportar el iuslaboralismo español en diversos países, especialmente América Latina. El 7 de noviembre de 1940 fue nombrado catedrático por oposición en la asignatura de *Derecho Administrativo* de la Facultad de Derecho de Murcia. Pero el 23 de julio de 1947 es ya catedrático por oposición de *Política Social y Derecho del Trabajo* en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid.

I. Eugenio Pérez Botija nació y murió en Madrid (14.XI.1910-15.VI.1966). Allí se licenció y doctoró en Derecho, con premio extraordinario en ambos títulos. Su vocación de laborista se manifiesta ya en sus estudios universitarios, ya que se gradúa también en la Escuela Social de Madrid, gana en colaboración con la que fue su esposa, María Palancar Moreno, una accésit en el curso al Premio Marvá (con una monografía titulada: *Aplicación de los seguros sociales de la agricultura. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo*, 1932) y un Premio Marvá (con la monografía titulada: *Prevención de accidentes de trabajo por los modernos medios psicológicos, gráficos y mecánicos. Eficacia comparativa de unos y otros desde el punto de vista humanitario y económico*, presentado también con María Palancar; 1933). Y además, ocupa su primer cargo en la Oficina de Colocación Obrera de Madrid. Su preferencia por el Derecho del Trabajo viene en parte influenciada por la actividad profesional de su padre, quien formaba parte de las Juntas Directivas de asociaciones y mutualidades profesionales y era miembro de un comité paritario de la Organización Corporativa del Trabajo. Éste, a través de su actividad le transmitía todos los problemas sociales así como la poca preparación de los que resolvían tales conflictos.

El 26 de julio de 1933 obtiene el grado de doctor en Derecho con la tesis *El concepto jurídico de trabajador* por la Universidad Central con calificación de sobresaliente. El 26 de febrero de 1934, consigue el Premio extraordinario de Doctorado figurando el número uno la propuesta de tribunal que calificó los ejercicios.

Sería pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios para cursar en la Universidad de Berlín y en la de Roma las disciplinas de Derecho Administrativo y Derecho del trabajo, no habiendo utilizado la pensión por sobrevivir la guerra (in)civil.

Se dedicó intensamente a la actividad universitaria, a pesar de haber ganado por oposición el puesto de letrado de las Cortes en 1933. Su vocación científica se inició en el ámbito del Derecho Administrativo, siendo profesor y ayudante desde su juventud de esta rama del Derecho en la Universidad de Madrid, y catedrático de la misma disciplina en la Universidad de Murcia (1940), cargo que desempeñó durante dos años. El entronque administrativista –y, en general, publicista– de la formación de nuestro Derecho del Trabajo es indudable (sin perjuicio de hecho de que importantes tratadistas del Derecho civil se habían interesado ya originariamente y modo directo en la regulación jurídica de las cuestiones sociales). Baste pensar en figuras como Adolfo Posada, Alejandro Gallart Folch, José Gascón y Marín, Gaspar Bayón Chacón (uno de los últimos discípulos de Adolfo Posada). En 1946 volvería a obtener el Premio Marvá por la obra *Nulla ars in se versatur*. El 7 de marzo de 1962 es nombrado Decano de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid.

Pérez Botija se consideraba adscrito a la que él denominaba Escuela Aragonesa de Derecho Administrativo, que tuvo sus orígenes en Oliván y su continuación en Abella, en la generación posterior tuvo a Antonio Royo-Villanova y a José Gascón y Marín, este último, su maestro (lo que reconoce el propio José Gascón y Marín en la contestación al discurso de Eugenio Pérez Botija, *El "Estado de Derecho" y el Derecho del Trabajo*, 1958, p.93). En esta etapa administrativista publicó diversos ensayos, que no pueden quedar oscurecidos por la obra que publicó más tarde, en el campo del Derecho del Trabajo. Destacan las siguientes publicaciones: “Sobre modalidades de la potestad reglamentaria”, en “Revista de Derecho Público” (1936), que cuenta con una segunda parte publicada en la *Revista de Derecho Público*, Año V, nº. 54 (junio 1936); *Derecho urbanístico español: conceptos y legislación*, Madrid, 1950; un capítulo de libro sobre “El alcalde en los proyectos de Maura”, en *Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local. Textos y estudios*, Madrid, 1954; “Sur la notion de service public”, *Revue internationale des Sciences Administratives*, (1956); “Facultades legislativa y reglamentarias de los Municipios”, en *Derecho municipal: el Municipio como Corporación de Derecho Público*, Madrid, 1959; *El Consejo de Economía en Francia*, Madrid, 1960; e incluso supo trasladar la ciencia administrativa a las ciencias laborales, y lo reflejó en un artículo en un libro en homenaje a Jordana de Pozas, “Aportaciones del Derecho administrativo al Derecho del trabajo”, Madrid, 1961. Más tarde se publica *Sobre modalidades de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1980. Durante esta etapa administrativista, también formó parte del grupo que se constituyó en torno a la Sección de Administración del Instituto de Estudios Políticos en los años 1940 y ss, (en 1939 fue incorporado a dicho Instituto, como Oficial de las Cortes, a la Sección de Ordenación Social, habiendo llegado a desempeñar el cargo de jefe de tal Servicio científico) que pasó años después a presidir la Sección de Política Social del citado Instituto. En todo caso debe tenerse en cuenta que –como se evidencia en las mismas fechas de publicación de estas obras– no puede dissociarse en compartimentos estancos la etapa administrativista y la etapa iuslaboralista; puesto que ambas caminarían juntas en el campo investigador durante toda su vida profesional. Quizá por ello se debería hablar más propiamente de una vertiente administrativista de su actividad profesional.

II. En fechas posteriores acomete lo que sería el núcleo de su actividad profesional, a saber, el Derecho del Trabajo (etapa iuslaboral). Fue el primer catedrático de Derecho del Trabajo de nuestro país en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad Central de Madrid (asumiendo la docencia de Derecho del Trabajo e Instituciones de política social, mostrando en ese período la unidad de estatuto académico entre ambas disciplinas), en la que también fue Secretario, primero, y después Decano de la misma. El defendió la expansión de esta disciplina en otras Universidades. Así, por la repercusión económica del Derecho del Trabajo, consideraba que tenía que cursarse en los estudios económicos, y sobre todo en las Facultades de Jurisprudencia, pues consideraba que los futuros magistrados, inspectores y funcionarios tenían que tener un contacto con esta materia, pues eran los que se iban a encargar de la interpretación y aplicación del derecho laboral. Más tarde, en 1954, se convocó la primera cátedra en la Facultad de Derecho, ocupada por el Profesor Gaspar Bayón Chacón.

Dirigió numerosas tesis doctorales que han enriquecido de igual modo la bibliografía no sólo en cuestiones expresamente jurídicas, sino también en cuestiones históricas, políticas del Derecho del Trabajo, dada su vinculación a dicha Facultad. Se puede afirmar que á el se debe el impulso definitivo hacia la autonomía científica y universitaria del Derecho del Trabajo como disciplina especial, separada científicamente de la política social.

Fue ante todo, un tratadista, siendo una de las más importantes de sus publicaciones el *Curso de Derecho del Trabajo*, cuya primera edición data de 1948 (la última edición fue en 1960), en el que realiza una labor de construcción dogmática del Derecho del Trabajo. Esta obra estaría dedicada a José Gascón y Marín (su más directo Maestro académico) y a José Castán Tobeñas. Define el Derecho del Trabajo como “el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, a los efectos de la producción y tutela del trabajo”. Ella incorpora una dimensión finalista de este sector del ordenamiento jurídico; a saber: la protección y tutela del trabajo llama “la atención acerca del carácter político-social que indefectiblemente ha de reconocerse a todas sus normas, carácter que explica el fin y motivo, la *ratio finis* del Derecho laboral” (*Curso* 2ª ed., 1950, pp.4-5). Pero el Derecho del Trabajo tiene también una finalidad económica (razón económica) coexistente con la finalidad social (razón social), de manera que el “Derecho laboral no puede reducirse a un conjunto de reglas formales que disciplinan abstractos negocios jurídicos. Ofrece en su substratum, en sus efectos y en su motivación un innegable sentido político-económico” Hasta tal punto es así que esta rama jurídica constituye una “piedra angular de la vida económica moderna”. En tal sentido, entiende que “los fines económicos del Derecho del Trabajo se reducen a elevar la participación del trabajador en la renta nacional sin perturbar gravemente a la producción”. Sin embargo, la razón económica cede, en su opinión, ante la razón jurídico-social: “el fin –afirma– que motiva las leyes del trabajo es fundamentalmente político-social”, pues pretende la nivelación social, superar las diferencias de clases y armonizar las relaciones entre los agentes de la producción. En definitiva, entiende, con Commons y Andrews, Wolman, Sinzheimer y otros autores, que “uno de los presupuestos del Derecho laboral moderno es que el hombre se convierta en ciudadano”, como el movimiento histórico de reforma social ha evidenciado (*Curso* Ibid., p.17-18). En gran medida el se inscribe en unas coordenadas político-jurídicas e ideológicas próximas al catolicismo social, lo que se refleja en la continua importancia que otorga al elemento ético-religioso en la configuración de los fines y de las instituciones del ordenamiento laboral (las referencias confluentes con la doctrina social de la Iglesia y con

autores como Severino Aznar, Sangro y Ros de Olano y Martín Artajo se constantes en su obra científica). El trabajo objeto del Derecho del Trabajo (“actividad personal prestada mediante contrato, por cuenta y bajo dirección ajena, en condiciones de dependencia y subordinación”) enlaza con la concepción de León XIII. En el trabajo como actividad prestada mediante contrato en el seno de la empresa (donde el trabajador no tiene una participación aislada en la producción), “*el trabajador no abdica de su condición de ciudadano*”, porque la dependencia “es un poder de disposición sobre hombres libres”; un poder que, por otra parte, es jurídicamente regulado y limitado por el Derecho positivo. Más adelante subrayará la funcionalidad del “contrato de trabajo como presupuesto del Estado de Derecho social” donde se compendian todas las manifestaciones de la personalidad del trabajador (*El “Estado de Derecho” y el Derecho del Trabajo*, discurso leído el día 4 de junio de 1958, en su recepción pública, y contestación del José Gascón y Marín, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1958, pp.24 ss).

La empresa adquiere una configuración propia de una comunidad de trabajo organizadamente jerárquicamente, concebida –desde el punto de vista jurídico/social– como “una unidad productora que ordena los elementos que la integran, subordinando los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al *bien común*”. De ahí que el Derecho del Trabajo refleje las tres dimensiones a través de las cuales se proyectan los principios básicos de la Constitución de un pueblo en una nación y en la Constitución de la comunidad internacional (459 ss): a) dimensión político-jurídica; b) político-económica, y c) político-social. Esta dimensión se puede comprobar, observa, desde el momento que la legislación del trabajo acoge una serie de derechos vitales del hombre y a ciertos entes colectivos (sindicatos, corporaciones, etc.); es como válvula reguladora de los tres derechos fundamentales de la persona humana: libertad, igualdad y seguridad garantizados como derechos sociales en los Códigos Políticos (76 ss). El Derecho del Trabajo se formula con base en la idea de justicia social: “tiene como todo derecho su raíz en el *jus naturalis*” (derecho natural) y en la idea de equidad social para completar la idea de justicia (*Curso*, pp.119-120). La garantía de estos derechos sociales comporta una suerte de “dirigismo jurídico” o “dirigismo contractual” que supone la introducción, entre otras intervenciones, una limitación legal de la autonomía de la voluntad expresada en el contrato de trabajo. Esta cosmovisión civilizadora de la relación de trabajo se proyecta en lo que llama “contenido ético del contrato de trabajo”. En tal sentido se sitúa en la dirección de los juristas alemanes (desde Gierke a Siebert) y de Joaquín Garrigues (*Tres Conferencias sobre el Fuero del Trabajo*) quienes defendían la necesidad de sustituir la concepción liberal, exclusivamente patrimonialista, del contrato de trabajo, por la moderna del servicio fiel. Lo cual conduce a afirmar la esencia espiritualista de la relación de trabajo y su cristalización en las nociones de fidelidad o lealtad y la obediencia como deberes específicos del contrato de trabajo de alcance ético-jurídico. El salario, como elemento del contrato de trabajo, se sitúa igualmente sobre parámetros ético-sociales (especialmente en torno al llamado salario justo reiteradamente defendida por la Iglesia, sobre todo a partir de la encíclica “*Rerum Novarum*”, donde se encuentra la teoría del salario vital o salario suficiente). En la perspectiva del derecho colectivo o sindical considera “el derecho sindical como derecho del hombre” y, siguiendo el institucionalismo de Hauriou, entiende que el Derecho de asociación se diferencia de las otras libertades individuales, porque tiende a la constitución de grupos sociales, pero considera legítima la teoría del sindicalismo (“*Sindicato Vertical*” en oposición al pluralismo y al sindicalismo de clase; configurado como corporación de derecho público) consagrada en el Fuero del Trabajo de su época y su desarrollo legal. En la organización

social de la empresa existe un derecho de participación del trabajador en el marco de una cooperación o colaboración de los diversos factores que integran la empresa. El Estado de Derecho se proyecta en la empresa y en las relaciones laborales: la autolimitación y división de poderes dentro de la empresa no de una manera vertical, sino horizontal, es decir, dándole al trabajador un máximo de intervención en la reglamentación del trabajo, ideando instituciones para que intervenga o vigile de cerca su aplicación y dotándole de autonomía, mediante un sistema de seguro que lo emancipe en cierta medida de su dependencia económica a la empresa (*El "Estado de Derecho" y el Derecho del Trabajo*, 1958, pp.78 ss)

Trata de insertar lo jurídico en el marco de lo económico y político-social. Por ello suele contemplar cada institución jurídico-laboral desde los puntos de vistas político-social y jurídico-político (v.gr., el salario, *Curso* p.214). El Derecho es influido por la economía, pero, a su vez, y como el institucionalismo americano proclama, influye en la economía (*El "Estado de Derecho" y el Derecho del Trabajo*, 1958, p.45). En el *Curso* se diferencia entre Derecho del Trabajo y política social: "aquel –afirma– está integrado por normas y principios jurídicos; esta, por el contrario, la componen puras directrices ideológicas, métodos de sociología aplicada, preocupaciones ético-religiosas y de política económica, para alumbrar soluciones de *lege ferenda*". La política social es, en su suma, "política del *homo sociologicus*" y el Derecho del Trabajo ordenación técnico-jurídica y jurídico-política. Es, además, el primero que analiza y supera en España el problema de si el Derecho del Trabajo es encuadrable técnicamente en el derecho público o en el derecho privado, indicando que la naturaleza del Derecho del trabajo es mixta, por constituir "un connubio indisoluble e inseparable de instituciones de Derecho público y Derecho privado" (*Curso* 2ª ed., 1950, p.15). Se plantea Pérez Botija el problema de la denominación de este nuevo Derecho. Rechaza el término "Derecho social" y utiliza la denominación "Derecho del Trabajo", o como sinónimo de ésta, "Derecho laboral". Es una posición muy cercana a la dirección dual o mixta que apuntaran autores como Sinzheimer y Radbruch (ésta señaló que "en el Derecho del Trabajo está el Derecho público y el Derecho privado en una situación de mezcla indisoluble"). Su enfoque no estaría lejos de la afirmación de que el Derecho del Trabajo es un Derecho superador del binomio Derecho público-Derecho privado. Por otra parte, en su opinión, el Derecho del Trabajo tiene su antecedente en la vieja política social, a la cual ha permanecido unido, aunque se produjese autonomización científica de ambas como disciplinas separadas. Con todo, la finalidad del Derecho del Trabajo no es sólo la de resolver la "cuestión social", sino que, más ampliamente, supone una verdadera *rectificación* de los principios individualistas inspiradores del orden jurídico liberal. Ese proceso de superación del individualismo se manifiesta en la Seguridad Social (*Curso* Parte Segunda, 477 ss), que enlaza con el derecho a la existencia. "El adjetivo social hace alusión a los fines últimos de estas instituciones, conseguir la paz y la estabilidad de relaciones entre los diversos estratos o categorías de individuos o familias que componen la comunidad, pero además se solidariza financieramente a todos los miembros de una nación en esta tarea".

Posteriormente, redacta junto con el profesor Bayón Chacón un *Manual de Derecho del Trabajo*, que cuenta con dos volúmenes, la primera edición es del año 1957 y la última edición apareció en 1969-1970, y fue revisada y puesta al día en 1978-1979 por el Profesor Fernando Valdés Dal-Re, actualmente catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid. Destaca de este Manual las construcciones teóricas y estructuras dogmáticas que contiene, pero sin apartarse de un análisis positivo del

Derecho vigente, realizando al mismo tiempo un análisis sociológico, económico y humano del trabajo, constante en toda su obra científica.

Destacan dos discursos monográficos, a saber, *Humanismo en la relación laboral*, Madrid, 1953, y *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1958. En el primero desarrolla extensamente una de sus doctrinas predilectas: el sentido ético del contrato de trabajo. En el segundo discurso realiza un estudio de un conjunto de las garantías jurídicas y concluye este análisis señalando que a través de estas garantías los grandes protagonistas del Derecho del Trabajo, Estado, Sindicato, empresarios y trabajadores pueden realizar un Estado de Derecho social y de libertad.

También estuvo muy en contacto con las Instituciones de Seguridad Social, y así, al fundarse por el Instituto Nacional de Previsión en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas una cátedra de Seguridad Social, que fue desempeñada en 1946 por Sir William Beveridge, Pérez Botija, contribuyó de forma activa a la continuidad de tal enseñanza, y –más tarde– propuso el desdoblamiento de su cátedra para crear como disciplina normal la de Seguridad Social. Esta atención de Pérez Botija por la Seguridad Social fue indudablemente favorecida por su gran amistad con el Profesor Paul Durand, de la Universidad de la Sorbona, una de las mayores autoridades mundiales en la materia. También sería frecuente su relación con el Instituto Nacional de Previsión, tomando parte en ponencias, asambleas, juntas y cursos de conferencias, e interviniendo en Consejos y Patronatos, como el mismo de la Fundación Marvá. Entre las obras dedicadas al estudio de la Seguridad Social se pueden destacar las siguientes: *Naturaleza jurídica del subsidio de vejez*, “Revista de Trabajo”, 1942; *El régimen contencioso de los Seguros Sociales*, Madrid, 1944; *La protección material del trabajador como instituto de la Seguridad Social y como deber contractual*, “Revista Española de Seguridad Social”, 1948; *Procedimiento para establecer una terminología de Seguridad Social común a los países iberoamericanos*, Revista Española de Seguridad Social, 1951; *Terminología española de Seguridad Social*, Madrid, 1952; *La Seguridad Social como Servicio Público*, Madrid, 1954; *Las recientes reformas de los seguros sociales y las subidas de salarios*, Madrid, 1958; *Reflexiones acerca de las doctrinas que sobre Seguridad Social contiene la Encíclica “Mater et Magistra”*, Madrid, 1961; *Aportaciones de Gascón y Marín a la doctrina de la Seguridad Social en España*, Madrid, 1962; o *La Seguridad Social y su actual perspectiva*, “Revista Legislación y Jurisprudencia”, 1966. En cuanto a las publicaciones en materia legislativa, debe mencionarse su colaboración en las “Leyes Sociales” y en las “Leyes Administrativas”, de Medina-Marañón.

Es de realzar que para Pérez Botija la Seguridad Social es un servicio público: “cuando *decimos* que la Seguridad Social se socializa, podemos querer expresar una idea semejante a la de cuando hablamos de socialización de ferrocarriles, socialización de la banca o de la prensa. Es una función social la que se socializa y deviene casi un servicio público” (“¿Socialización de la Seguridad Social?”, Revista de Política Social, número 14, Abril/Junio 1952). Lo que afirma con más contundencia y detenida argumentación en su trabajo *La Seguridad Social como Servicio Público, conferencia correspondiente al ciclo organizado en el plan de formación profesional del I.N.P.*, Madrid, INP/Centro de Estudios y Publicaciones, 1954).

Aunque la trayectoria profesional y humana viene principalmente marcada por la dedicación a la investigación científica y a la docencia –no sólo en la Universidad, sino

también en la Escuela Social (en cuyo restablecimiento después de la “guerra incivil” como afirmara Adolfo Posada tuvo un importante papel, junto con personalidades como Marcelo Catalá, Salvador Lissarrague, especialmente), en el Instituto León XIII, o en la Escuela de Médicos de Empresa— también desempeñó otras actividades relevantes en otros ámbitos, que enriqueció su formación a través de la observación inmediata del “Derecho vivo”. Así, fue letrado de las Cortes Españolas (tras oposición ganada en 1933) a las que tantos años estuvo adscrito preparando numerosas leyes de tipo laboral, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, participó en el Instituto de Estudios Políticos, y en otros organismos consultivos nacionales como el Consejo de Economía Nacional, el Instituto Nacional de Previsión, el Consejo de Estudios Sociales, o el Consejo de Trabajo, y además fue abogado en ejercicio con despacho en Madrid. Fue miembro también de la Comisión General de Codificación, de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo, del Instituto de Trabajo de la Universidad de Santa Fe (Argentina) y del Instituto León XIII de Sao Paulo.

Otro dato que hay que resaltar —vinculado con lo anterior— en su trayectoria universitaria es su doble vertiente nacional e internacional. Mantuvo una estrecha relación con los más importantes laboristas italianos, franceses, alemanes e hispanoamericanos del momento (de hecho, Méjico, Brasil, Uruguay, Paraguay, Argentina y Chile conocieron directamente la docencia del prof. Pérez Botija). Fue además el único profesor español en la directiva de la Asociación Internacional del Derecho del Trabajo y presidió el Primer Congreso Español de la Sección de esta Internacional. Además, el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo lo designó como experto para que se trasladase al Paraguay para asesorar al Gobierno Nacional en el Código de Trabajo Paraguayo. Impartió numerosas conferencias en español, alemán y francés en Universidades como las de Bonn, Colonia, Münster, Hamburgo, Nancy, París, Sao Paulo, Río de Janeiro, Méjico, Buenos Aires, El Litoral y tantas otras europeas y americanas, así como colaboró en revistas iuslaboralistas de muchos países de Europa y América, y fue ponente en muchos congresos internacionales.

Por último —y no por incluirlo al final merece menos atención— no se puede olvidar, tanto en su trayectoria profesional como personal el papel que desempeñó su esposa, María Palancar. Doctora en Derecho e ilustre laborista se convirtió, en palabras del profesor Bayón, en “auxiliar impagable, en secretaria y correctora de pruebas del esposo sin interferirse jamás directa o indirectamente en su doctrina y su labor”. Fundó con ella la “Revista de Derecho del Trabajo”, de incuestionable importancia y difusión tanto en España como fuera de ella y también realizaron algunas obras conjuntas de suma importancia, destacando *La prevención de los accidentes de trabajo por los modernos medios psicológicos, gráficos y mecánicos*, Madrid, 1934, o *El principio de seguridad en el derecho del trabajo (especial consideración en materia de prevención de accidentes)*, Coimbra, 1957.

III. Obras de Eugenio Pérez Botija. Es autor de dos libros de carácter general, con numerosas ediciones; extensas monografías, y varios discursos; más de 150 artículos, alrededor de 30 comunicaciones a Congresos internacionales, y más de 200 conferencias, así como numerosos prólogos a libros, escritos en homenaje e “In Memoriam”, comentarios jurisprudenciales y notas legislativas. Consiguió el premio Marvá en dos ocasiones: una en 1932, con *La prevención de los accidentes de trabajo*, redactado en colaboración con su esposa, y en 1945 con *El concepto de Derecho del Trabajo*.

Aunque es difícil exponer y delimitar toda la vasta obra del Profesor Pérez Botija, son relevantes –además de las obras ya citadas– publicaciones de diverso contenido:

a) Destacan aquellas en las que se encarga de conceptualizar y teorizar determinadas materias [*El concepto jurídico de trabajador*, Tesis inédita, Madrid, leída el 26.VII. 1933; “*Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo*, 1932; *Los modernos reglamentos de trabajo y la prevención de accidentes*, 1940; Apuntes para una teoría de las fuentes del Derecho del Trabajo español”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 1941; “*Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, Madrid, 1942; *La Administración de los Seguros Sociales*, 1942; *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1943; “Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1948; *El concepto de trabajador en la jurisprudencia: los médicos, los funcionarios locales y los conductores de vehículos*, Madrid, 1952; “La teoría del contrato de trabajo en el Derecho vigente”, *Política Social*, 1945; “En torno al concepto legal de cooperación”, *Cuadernos de Política Social*, 1951; *Derecho Común del Trabajo en España*, Trieste, 1952; *Terminología española de Seguridad Social*, 1952; “La colaboración de los trabajadores en el ámbito de la empresa en España”, en colaboración con Efrén Borrajo Dacruz, “*Revista Internacional del Trabajo*”, 1960, núm.2; “Los infortunios o accidentes del trabajo en la nueva legislación española”, “*Revista di Diritto internazionale e comparato del lavoro*”, 1956, volumen III; “Los antecedentes de los Consejos de Economía y Trabajo en España. Actualidad de un posible centenario”, “*Revista de Trabajo*”, 1960, núm.1; “¿Hacia un nuevo concepto y función de los reglamentos de régimen interior de empresas?”, “*Revista de derecho del trabajo*”, 1961].

b) También se encarga de analizar el derecho positivo vigente, destacando [“Comentarios a la ley sindical de 6 de diciembre de 1940”, *Revista General legislación y jurisprudencia*, 1941; “Los salarios en relación con la familia y el rendimiento”, *Revista de Trabajo*, 1942; publicó, junto con otros autores *Leyes Sociales de España*, Madrid, 1943; *Salarios: régimen legal de tarifas mínimas*, Madrid, 1944; *El contrato de trabajo: comentarios a la ley, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1945 (obra relevante donde expone su concepción del Derecho del Trabajo y de los fundamentos del contrato de trabajo); *Jurados de empresa*, Madrid, 1948, o la obra que realiza junto con Miguel Rodríguez Piñero titulada *Reglamentos de Empresa*, Madrid, 1958; “*Nuevas normas sobre prevención de accidentes: la prevención coactiva*”, “*Revista de Derecho del Trabajo*”, 1963, núm.55].

c) E igualmente se caracteriza su obra científica por saber relacionar el Derecho del Trabajo con otras disciplinas, tanto jurídicas como políticas, económicas y sociológicas. Destacan, entre otras, [*Posición del Derecho corporativo en el cuadro de las disciplinas jurídicas*, 1941; *La importancia de la política del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1942; “¿*Socialización de la Seguridad Social?*”, *Cuadernos de Política Social*, 1952; “*La política social como ciencia*, *Revista de las Ciencias*, Madrid, 1954; “Fundamento jurídico-sociológico del plus familiar”, “*Revista Internacional de Sociología*, 1955, núm.51; *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*, 1958 ; *Derecho Constitucional Laboral*, Madrid, 1958, realizado en colaboración con el Profesor Guillermo Cabanellas; “Modernas implicaciones de la productividad en el ámbito de la empresa en España en el Derecho del Trabajo”, en “*Derecho del Trabajo*, 1959, núm.9 ; “El Consejo de Economía en Francia”, 1960; “El convenio colectivo de trabajo como instituto de planificación y de ordenación económica”, *Revista de Trabajo*, 1962; “El ingreso de España en el mercado común desde el

punto de vista laboral”, “Revista de Derecho del Trabajo”, 1962, núm.49; o “El Derecho del Trabajo ante los problemas de desarrollo económico”, en *Studi in memoria di Ludovico*, Milán, 1966].

IV. Bibliografía específica. Por profesores y especialistas de Derecho Administrativo y de Derecho del Trabajo españoles y extranjeros le fue ofrecido un libro homenaje para celebrar sus bodas de plata con la cátedra y que se publicó en su memoria (*Estudios en memoria del profesor Eugenio Pérez Botija*, Volumen I. *Introducción y doctrina hispanoamericana*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970), en el que además de presentar estudios provenientes de la doctrina española e hispanoamericana, se analiza su personalidad internacional, docente, humana y científica. Es de interés el “In memoriam” realizado por el profesor Bayón Chacón (Bayón Chacón, Gaspar, «In memoriam Eugenio Pérez Botija», *Revista de Política Social*, número 70, Abril/Junio 1966) y se ha realizado una completa reseña bibliográfica de Pérez Botija por los Profesores Luis Enrique de la Villa e Ignacio García Ninet (“Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia”, 1971), y cuenta con una nota biográfica en el *Diccionario de “Juristas Universales”*, Vol. IV. “Juristas del siglo XX” (Marcial Pons, 2004, dirigido por Rafael Domingo) y una Voz en el *Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos*, Vol. II, Tomo I, Manuel J. Peláez (editor y coordinador), Zaragoza/Barcelona, Impreso en Editoriales Cometa, distribución Marcial Pons, 2006, págs. 286-292. Además, se hace referencia a él, lógicamente, en el estudio realizado por María José María e Izquierdo sobre el contexto doctrinal de las primeras cátedras de Derecho del Trabajo en España (“Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija”, 2004).

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.