

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2017

nº 11

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ✦ Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ✦ Edad e incapacidad permanente total de los deportistas profesionales (a propósito de la STS 20 diciembre 2016)

Juan José Fernández Domínguez

- ✦ Efectos económicos del recargo de prestaciones Fecha de inicio de los Efectos Económicos del Recargo de Prestaciones (al hilo de la STS de 20-9-2016)

Antonio Márquez Prieto

- ✦ Reta y seta. El incremento del 20 % en la Incapacidad permanente total cualificada y su posible inconstitucionalidad en los requisitos de acceso

María Antonia Pérez Alonso

- ✦ La Promoción del Autoempleo a través de la Protección por Desempleo

Fernando Moreno De Vega Y Lomo

- ✦ La gestión administrativa y financiera del Fondo de Reserva de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernad

- ✦ Seguridad Social y Muerte y Supervivencia desde un enfoque no contributivo

Daniel Hernández González

- ✦ La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica

Esperanza Macarena Sierra Benítez

- ✦ La casuística de los Regímenes Especiales de Protección Social de los Funcionarios Públicos: Estado de la Cuestión

Raquel Vela Díaz

Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Brexit y tribunal de justicia. “cualquier tiempo pasado fue mejor”. El asunto C-308/14, Comisión contra el Reino Unido

Carlos García De Cortázar Y Nebreda

- ✦ Incapacidad permanente total de un futbolista profesional de 30 años por accidente de trabajo

Ignasi Beltran De Heredia Ruiz

- ✦ La compatibilización de la protección por desempleo y el trabajo a tiempo parcial: ¿una nueva línea jurisprudencial restrictiva? (a propósito de la STS de 14 de junio de 2016)

Susana De La Casa Quesada

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ El interés comparatista del contencioso Portugués de los accidentes de trabajo. Acerca de la jurisprudencia más reciente sobre el tema del Supremo Tribunal de Justicia Portugués

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

- ✦ Conflictos de trabajo en un marco de competencia sindical. Un análisis estadístico para el caso español

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

Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ Paul Durand (1908-1960): la Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación de la sociedad

José Luis Monereo Pérez

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2017

Nº 11

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: www.laborum.es

email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



www.laborum.es/revsegsoc



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



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



revsegsoc@laborum.es

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

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
Elena Signorini
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 Proteccion 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**

GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL (I). LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....15

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES **25**

EDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES (A PROPÓSITO DE LA STS 20 DICIEMBRE 2016).....27

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

1. LO QUE ESCONDEN LOS GRANDES TITULARES..... 27
2. EDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL EN LOS TRIBUNALES HASTA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA..... 32
3. LA IMPORTANCIA POTENCIAL Y REAL DEL CRITERIO EXPRESADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO. VALORACIÓN FINAL 39

EFFECTOS ECONÓMICOS DEL RECARGO DE PRESTACIONES FECHA DE INICIO DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL RECARGO DE PRESTACIONES (AL HILO DE LA STS DE 20-9-2016).....43

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO..... 43
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 45

RETA Y SETA. EL INCREMENTO DEL 20 % EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA Y SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS REQUISITOS DE ACCESO.....51

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 51
2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN EL RETA Y EN EL SETA. EL ACCESO AL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA. SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD 54
3. EL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA DEL RETA Y SETA Y SU POSIBLE COMPATIBILIDAD CON OTRAS RENTAS PROCEDENTES DE ACTIVOS 59

LA PROMOCIÓN DEL AUTOEMPLEO A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....63

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

1. INTRODUCCIÓN 63
2. LOS PRESUPUESTOS CAUSALES 66
3. EL CICLO VITAL DE LA PRERROGATIVA 73
4. UNOS DATOS ESTADÍSTICOS 79
5. CONCLUSIONES 81

LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DEL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL85

JAVIER AIBAR BERNAD

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL FONDO DE RESERVA 85
 2. LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DEL FONDO DE RESERVA..... 90
 3. LA DOTACIÓN DEL FONDO DE RESERVA: SUS FUENTES DE FINANCIACIÓN... 91
 4. LA DETERMINACIÓN DEL EXCEDENTE PRESUPUESTARIO 95
 5. EL ACUERDO PARA LA DOTACIÓN DEL FONDO Y SU MATERIALIZACIÓN 96
 6. LA DISPOSICIÓN DE ACTIVOS DEL FONDO DE RESERVA..... 98
 7. LA GESTIÓN FINANCIERA DEL FONDO DE RESERVA 101
 8. LOS ORGANOS DE CONTROL Y SEGUIMIENTO DEL FONDO DE RESERVA..... 108
 9. CARÁCTER DE LAS OPERACIONES DE GESTIÓN E IMPUTACIÓN PRESUPUESTARIA 114
 10. EL INFORME ANUAL A LAS CORTES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 115

SEGURIDAD SOCIAL Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA DESDE UN ENFOQUE NO CONTRIBUTIVO117

DANIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

1. LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS 117
 2. MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN EL MODELO NO CONTRIBUTIVO 124
 3. CONCLUSIONES 133

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES ANTE EL DESAFÍO DEL NUEVO TRABAJO A DISTANCIA, DEL TRABAJO DIGITAL Y LA ROBÓTICA.....135

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

1. PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA NUEVA ERA DIGITAL: UBERIZACIÓN DEL TRABAJO Y ROBÓTICA (REVOLUCIÓN 4.0)... 136
 2. PECULIARIDADES EN LA REGULACIÓN VIGENTE DEL TRABAJO A DISTANCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL..... 139
 3. LA UBERIZACIÓN DEL TRABAJO Y EL “INEVITABLE” AUGE DEL TRABAJO AUTÓNOMO 151
 4. SUSTITUCIÓN DE MANO DE OBRA HUMANA POR MAQUINARIA ROBÓTICA.. 159
 5. CONCLUSIÓN 161

LA CASUÍSTICA DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN.....163

RAQUEL VELA DÍAZ

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. ESTRUCTURA TRADICIONAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMENES ESPECIALES 163
 2. UNA APROXIMACIÓN A LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS..... 167
 3. COLECTIVOS DE FUNCIONARIOS INTEGRADOS CON ANTERIORIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 171
 4. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN COMÚN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO 173
 5. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO 181
 6. EL SISTEMA DE AYUDA FAMILIAR 185
 7. REFLEXIÓN FINAL 186

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL**189****BREXIT Y TRIBUNAL DE JUSTICIA. “CUALQUIER TIEMPO PASADO FUE MEJOR”. EL ASUNTO C-308/14, COMISIÓN CONTRA EL REINO UNIDO191***CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ*

| | |
|---|-----|
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES..... | 191 |
| 2. INSTITUCIONES EUROPEAS Y BREXIT | 192 |
| 3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TURISMO SOCIAL..... | 196 |
| 4. ANÁLISIS DEL RECURSO COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO. ASUNTO C-308/14..... | 197 |
| 5. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA | 201 |
| 6. CONCLUSIONES | 206 |

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DE UN FUTBOLISTA PROFESIONAL DE 30 AÑOS POR ACCIDENTE DE TRABAJO207*IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ*

| | |
|---|-----|
| 1. PUNTO DE PARTIDA: EL OBJETO DE DEBATE..... | 207 |
| 2. DETALLES DEL CASO: LESIÓN DURANTE EL MUNDIAL (2006) Y AGRAVACIÓN CON POSTERIORIDAD (2008)..... | 208 |
| 3. “RECORRIDO” JUDICIAL (INSTANCIA Y SUPPLICACIÓN)..... | 209 |
| 4. FUNDAMENTACIÓN DE LA STS 20 DE DICIEMBRE 2016 (REC. 535/2015)..... | 213 |
| 5. (BREVE) VALORACIÓN CRÍTICA: UN PRONUNCIAMIENTO AJUSTADO..... | 214 |

LA COMPATIBILIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: ¿UNA NUEVA LÍNEA JURISPRUDENCIAL RESTRICTIVA? (A PROPÓSITO DE LA STS DE 14 DE JUNIO DE 2016).....217*SUSANA DE LA CASA QUESADA*

| | |
|---|-----|
| 1. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO..... | 217 |
| 2. EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL..... | 218 |
| 3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL | 219 |
| 4. LA AUSENCIA DE COMUNICACIÓN DE LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO | 220 |
| 5. VALORACIÓN DEL FALLO | 223 |
| 6. CONCLUSIONES | 225 |

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS227**EL INTERÉS COMPARATISTA DEL CONTENCIOSO PORTUGUÉS DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO. ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE EL TEMA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA PORTUGUÉS229***IVÁN VIZCAÍNO RAMOS*

| | |
|--|-----|
| 1. LA SINGULARIDAD DEL CONTENCIOSO JUDICIAL PORTUGUÉS SOBRE EL TEMA | 229 |
| 2. LA POTENCIA DE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA PORTUGUESA DEL TEMA .. | 231 |
| 3. LA JURISPRUDENCIA DE 2016 DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA PORTUGUÉS SOBRE EL TEMA..... | 234 |

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS **237**

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS **251**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS.....253

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)..... 253
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 253
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 253
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)..... 254
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 254
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: 254
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES 266
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 267
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)..... 268

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS268

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 268
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 268
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)..... 269
4. RECENSIÓN 269

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL **273**

CONFLICTOS DE TRABAJO EN UN MARCO DE COMPETENCIA SINDICAL. UN ANÁLISIS ESTADÍSTICO PARA EL CASO ESPAÑOL275

SANTOS M. RUESGA

LAURA PÉREZ ORTIZ

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

1. EL MARCO DE ANÁLISIS 276
2. LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES 278
3. EL ANÁLISIS EMPÍRICO DESARROLLADO 282
4. RESULTADOS 286
5. REFERENCIAS 290

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL **293**

PAUL DURAND (1908-1960): LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SOCIALIZACIÓN DE LAS NECESIDADES Y FACTOR DE TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD295

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTO DE BIBLIOGRAFÍA INTELECTUAL 295

| | |
|---|-----|
| 2. SU APORTACIÓN: CONSOLIDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SISTEMATIZACIÓN DEL ESTÁNDAR MUNDIAL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LA SEGURIDAD SOCIAL | 298 |
| 3. METODOLOGÍA INTERDISCIPLINAR | 299 |
| 4. SU CONCEPCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL | 300 |
| 5. LOS CONDICIONANTES ECONÓMICOS DE LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD SOCIAL | 304 |
| 6. LAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LARGA DURACIÓN: UN PILAR DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO | 305 |
| 7. OBRAS PRINCIPALES DE PAUL DURAND | 307 |

Editorial

Laboorum

Género y Seguridad Social (I).

La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE MURCIA
COORDINADOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

“Nada bueno viene jamás de la violencia”

Martin Luther.

“Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer”.

Declaración de las Naciones Unidas “sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, de 20 de diciembre de 1993, artículo 4º (Resolución de la Asamblea General 48/104)

El pasado 7 de marzo se dieron cita en Madrid autoridades del ámbito de la Seguridad Social de Iberoamérica¹ para analizar y valorar la situación actual de la perspectiva de género en los sistemas de protección social en los países de Iberoamérica con la idea de colocar en las agendas políticas de trabajo de las instituciones responsables el tema de la “*equidad de género*” en los sistemas de Seguridad Social con la finalidad, de superar las importantes brechas (entre ellas la salarial) que todavía afectan a las mujeres en los diversos ámbitos materiales de la protección social pública (especialmente en el sistema de pensiones).

La OISS aboga por incluir la denominada perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social por entender que pese a los relevantes avances en la igualdad formal entre

¹ La reseña de este encuentro puede verse en: <http://www.oiss.org/Importantes-aportes-de-la.html>. Dicho encuentro se enmarcó en el ámbito de diversas celebraciones llevadas a cabo con motivo del Día Internacional de la Mujer. Fue organizado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y a ella acudieron responsables de los sistemas de Seguridad Social de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Perú y Uruguay.

hombres y mujeres en la práctica todavía queda un largo camino por recorrer². Entiende que una brecha muy importante se produce en el ámbito de las pensiones contributivas debido a que la carrera de seguro de las mujeres es cuantitativa y cualitativa menor que la de los hombres, lo que puede imputarse a que, entre otras razones, las mujeres: a) acceden al mercado de trabajo generalmente a puestos de trabajo de baja cualificación y consecuentemente peores retribuidos; b) su acceso mayoritariamente es a contrataciones temporales y a tiempo parcial; c) se ven abocadas a interrupciones en su carrera laboral por atender a cuidados de hijos y familiares; d) en contextos económicos desfavorables son las primeras en perder el empleo; e) algunos sistemas de seguridad social incluye factores discriminatorios, al usar tablas de mortalidad diferenciadas por sexos que dada la mayor esperanza de vida de las mujeres obviamente les perjudican; y f) múltiples factores que no son tomados en consideración o al menos no con la intensidad que serían necesarios, como los problemas derivados de maternidad o violencia de género.

Por ello la OISS ha puesto en marcha el “Programa para la Equidad de Género en los Sistema de Seguridad Social”³ con la finalidad de promover la igualdad para las mujeres en los sistema de seguridad social, buscando como objetivo la inclusión de la perspectiva de género en dichos sistemas⁴.

La revista Derecho de la Seguridad Social Laborum, está comprometida con estos valores fundamentales⁵ y por ello quiere dedicar esta editorial al análisis y valoración de la respuesta que da nuestro sistema de Seguridad Social a esa lacra social que es la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, viene a enfocar la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar empezando por el proceso de socialización y educación. Por ello en su ámbito se contemplan aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, sin olvidar la respuesta punitiva que debe darse a las manifestaciones de violencia que la ley contempla como tales. Teniendo en cuenta que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas e indirectas de esta violencia y por ello los menores también son objeto de esta

² Ver: <http://www.oiss.org/Por-que-incluir-la-perspectiva-de.html>. En este sentido también puede verse la publicación “La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas”, que se puede consultar en dicha dirección.

³ Ver <http://www.oiss.org/Sobre-el-programa-para-la-equidad.html>

⁴ Como objetivos específicos declarados se fijan en: la sensibilización del personal técnico y directivo de los sistemas de seguridad social de la importancia de la equidad de género; la formación en la aplicación de la perspectiva de género a dicho personal; la coordinación y el trabajo en red entre instituciones de seguridad social de los diversos países iberoamericanos e instituciones públicas dedicadas a la igualdad de género y organizaciones internacionales dedicadas a la promoción de los derechos de las mujeres; y ayudar a las instituciones de seguridad social a identificar y corregir aquellas prácticas, medidas o normativa de los sistemas de seguridad social que puedan suponer una discriminación directa o indirecta hacia las mujeres, identificando aquellas prácticas o normativa de los sistemas de seguridad social que puedan contribuir a mejorar la situación de las mujeres en los sistemas de seguridad social, para potenciarlas y replicarlas.

⁵ Reflejada, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración de las Naciones Unidas “sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, de 20 de diciembre de 1993 (Resolución de la Asamblea General 48/104). En cuyo artículo 1º define la “violencia contra la mujer” como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

protección⁶. Conviene reparar en la extensión subjetiva de las garantías de los derechos de las víctimas de violencia de género: “*Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley*” (artículo 17).

Y así podemos ver en la misma un amplio y complejo cuadro de medidas que se ponen a disposición de las víctimas:

Cuadro 1

| DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO | |
|--|---|
| D. A LA INFORMACIÓN (art. 18 LO 1/2004) | Servicio 016 de información y asesoramiento jurídico. Web de recurso de apoyo y prevención ante casos de violencia de género http://wrap.seigualdad.gob.es/recursos/search/SearchForm.action . |
| D. A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL (art. 19 LO 1/2004) | Servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral, que han de responder a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional. |
| D. A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, INMEDIATA Y ESPECIALIZADA (art. LO 1/2004) | Asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, que se les prestará de inmediato, en aquellos procesos y procedimientos administrativos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas. |
| D. LABORALES (art. 21 LO 1/2004) | Trabajadoras por cuenta ajena (arts. 37.8, 40.4, 45.1.n), 48.10, 49.1.m), 52.d), 53.4, y 55.5 ET). Trabajadoras por cuenta propia (Ley 20/2007, de 20 julio). |
| EMPLEO E INSERCIÓN LABORAL (art. 22 y 21.3 LO 1/2004; y Ley 43/2006 y DF. 1º RD 1917/2008) | Programa específico de empleo. Contrato de interinidad para la sustitución de trabajadoras víctimas de violencia de género. Incentivos a las empresas que contraten a víctimas de violencia de género. |
| FUNCIONARIAS PÚBLICAS (arts. 24 a 26 LO 1/2004 y RD-legislativo 5/2015) | Permisos por razón de violencia, faltas de asistencia tendrán la consideración de justificadas, reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo, movilidad y excedencias. |
| DERECHOS ECONÓMICOS (art. 27 y 28 LO 1/2004; RD 1618/2007; RD 233/2013) | Ayudas económicas específicas para mujeres víctimas de violencia de género con especiales dificultades para obtener un empleo. Anticipos por impago de pensiones alimenticias. Prioridad en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores. |
| DERECHO A LA ESCOLARIZACIÓN (art. 5 y DA 17 LO 1/2004) | Derecho a la escolarización inmediata. |
| MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA (art. 17.1 LO 1/2004; LO 4/2000; RD 557/2011; y RD 240/2007) | -Extranjeras familiar de un estado miembro de la UE o EEE (art. 9.4 RD 240/2007). -Extranjeras no comunitarias (art. 19.2 LO 4/2000 y art. 59.2 RD 557/2011; art. 31 y 38.6 bis LO 4/2000 y arts. 131 a 134 RD 557/2011, de 20 de abril). D. Protección a la protección internacional (Ley 12/2009): derecho asilo y protección subsidiaria. Mujeres extranjeras en situación irregular (art. 31 bis LO 4/2000 y arts. 131 a 134 RD 557/2011). |
| MUJERES ESPAÑOLAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL | Protocolo firmado por los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Empleo y Seguridad Social, y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (información de recursos disponibles en el país extranjero, facilidades para retorno ...). |

⁶ Véase su exposición de motivos.

| | |
|--|--|
| OTROS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO | Derivados del estatuto de víctima de delitos (Ley 4/2015). |
| | A formular denuncia (arts. 259 y ss. LECrim.). |
| | A solicitar orden de protección española o europea (art. 62 LO 1/2004, art. 544 ter LECrim; y Ley 23/2014). |
| | Derecho a ser parte en procedimientos penales (arts. 109 y ss. LECrim.) |
| | Derecho a restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado (arts. 100 y ss. LECrim.). |
| | Derecho a la información sobre actuaciones judiciales (arts. 234 y 270 LOPJ, arts. 109, 5063, 544 bis y ter, 785.3, 789.4, 792.2, 962, 966, 973.2, 976.3 LECrim. |
| | Derecho a la protección de la dignidad e intimidad (art. 63 LO 1/2004, art. 232.2 LOPJ, arts. 19 y ss. Ley 4/2015, art. 15.5 Ley 35/1995 y arts. 2 a) y 3.1 LO 19/1994). |
| Ayudas a víctimas de delitos (Ley 35/1995 y RD 738/1997). | |

La LO 1/2004 también contempla otras medidas no dirigidas a las víctimas, sino a las administraciones como son las que se recogen en el ámbito sanitario las dirigidas a la promoción de actuaciones dirigidas a la sensibilización de los profesionales sanitarios (art. 15 de la LO 1/2004); o la creación dentro del seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión contra la Violencia de Género.

Junto a ellas tenemos las que desde la Seguridad Social se ponen a disposición de las víctimas:

Cuadro 2

| | |
|-------------------------|---|
| SEGURIDAD SOCIAL | Relacionadas con la cotización: (art. 165.5 LGSS y DA. Única RD 1335/2005; art. 21.5 LO 1/2004, Orden TAS/2865/2003). |
| | Relacionadas con las concretas prestaciones: RD 295/2009 para maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; art. 207 LGSS sobre jubilación; art. 220, 231, 233 LGSS y DA. 1º) LO 1/2004, sobre viudedad y orfandad; art. 21.2 LO 1/2004, art. 267 LGSS y RD 1369/2006 sobre desempleo y RAI; arts. 331, 332 y 334 prestación de cese de actividad. |

La situación de violencia de género que originará el reconocimiento de los derechos antes reseñados debe ser acreditada, lo que se lleva a cabo, con carácter general, mediante la sentencia condenatoria, orden de protección a favor de la víctima y, excepcionalmente, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la solicitante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección (arts. 23, 26 y 27.3 de la LO 1/2004).

Los derechos en materia de seguridad social reseñados los hemos agrupado en dos grupos, los que están relacionados con la carrera de seguro de la víctima y los vinculados a la acción protectora del sistema. Un dato relevante a tener en cuenta es que están en relación con los posibles derechos laborales a reconocer, es decir:

Cuadro 3

| Trabajadora | Derecho o beneficio | Disposición |
|-------------------|---|---------------------------|
| Por cuenta ajena | Derecho a la reducción de jornada | Art. 37.8 ET |
| | Derecho a la movilidad geográfica | Art. 40.4 ET |
| | Derecho a la suspensión del contrato de trabajo | Art. 45.1.n ET |
| | Derecho a la extinción del contrato de trabajo | Art. 48.10 |
| | Ausencias o falta de puntualidad | Art. 49.1.m ET |
| | Nulidad de la decisión extintiva del contrato por causas objetivas como consecuencia del ejercicio de los derechos de reducción, reordenación del tiempo, movilidad geográfica o suspensión de la relación laboral) por parte de la víctima | Art. 52.d) y 53.4 ET |
| | Nulidad del despido disciplinario como consecuencia del ejercicio de los derechos de reducción, reordenación del tiempo, movilidad geográfica o suspensión de la relación laboral) por parte de la víctima | Art. 53.5 b. ET |
| Por cuenta propia | Derecho a la adaptación de horario de la actividad | Art. 11.2 Ley 20/2007 |
| | Derecho a la extinción de la relación contractual | Art. 15.1. g) Ley 20/2007 |
| | Causa justificada de interrumpir la actividad | Art. 16.1 f) Ley 20/2007 |

Los derechos en materia de Seguridad Social que se contemplan en favor de las víctimas de violencia de género podríamos –como antes se ha dicho– agruparlos en dos bloques los que están relacionados mantener o completar su carrera de seguro y aquellos que tienen incidencia en la acción protectora del sistema.

Las medidas que buscan facilitar el mantenimiento de la carrera de seguro o facilitar el cumplimiento de los períodos mínimos de cotización exigibles para acceso a la protección, son los siguientes:

- a) La consideración de período de cotización efectiva el tiempo de suspensión del contrato de trabajo previsto para las trabajadoras por cuenta ajena (art. 165 LGSS y DA. Única del RD 1335/2005) con efectos para las siguientes prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de hijos menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- b) La suspensión de la obligación de cotizar durante un período de seis meses para las trabajadoras por cuenta propia o autónomas que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección a su derecho a la asistencia social integral (arts. 21.5 LO 1/2004 y 329.1 b) LGSS).
- c) La posibilidad de suscribir un convenio especial con la seguridad social de las víctimas de violencia de género que hayan reducido su jornada laboral con la consiguiente reducción proporcional de salario (O.TAS/2865/2003, de 13 octubre).

Indirectamente, también hay otras medidas de protección a las víctimas de violencia de género que facilitan el acceso al mercado laboral o la continuidad en la carrera de seguro de

las víctimas estarían aquellas que se encuadrarían dentro de los derechos en materia de empleo y para la inserción laboral, como:

- Programa específico de empleo (RD 1917/2008). Dirigido a la inserción socio laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, que comprende las siguientes medidas: a) Itinerario de inserción socio laboral, individualizado y realizado por personal especializado; b) Programa formativo específico para favorecer la inserción socio laboral por cuenta ajena; c) Incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia; d) Incentivos para las empresas que contraten a víctimas de violencia de género; e) Incentivos para facilitar la movilidad geográfica; e) Incentivos para compensar diferencias salariales; y f) Convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y su movilidad geográfica.
- Contratos que recogen bonificaciones o reducciones en la cotización como:
 - a) De interinidad para la sustitución de trabajadoras víctimas de violencia de género, que incluye bonificaciones en la cuota empresarial para las empresas formalicen contratos de interinidad para sustituir a las trabajadoras víctimas de violencia de género, que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo.
 - b) Indefinidos para víctimas de víctimas de violencia de género (Ley 43/2006).
 - c) Conversión de contratos para la formación y el aprendizaje de víctimas de violencia de género que se transformen en indefinidos (Ley 3/2012).
 - d) Conversión de contratos temporales en indefinidos que se celebren con víctimas de violencia de género (Ley 3/2012).
 - e) Contratos temporales que se celebren con víctimas de violencia de género (Ley 42/2006).
- Ayuda económica específica para las mujeres víctimas de violencia de género con especiales dificultades para obtener empleo (RD 1425/2005).
Y en relación con la **acción protectora** del sistema de Seguridad Social, podemos encontrar los siguientes beneficios:
 - a) Aquellos que facilitan acreditar el requisito general de acceso a las prestaciones de alta o situación asimilada. Y así, A efectos de las prestaciones por maternidad y paternidad se considera situación asimilada al alta el período que se considere de cotización efectiva de las trabajadoras víctimas (por cuenta ajena o propia) de violencia de género (art. 4. 6ª del RD 295/2009, de 6 de marzo).
 - b) Aquellos que facilitan el acceso o mantenimiento de determinadas prestaciones:

- Acceso a la jubilación en su modalidad anticipada, considerando como no voluntario el cese en la actividad (art. 207.1 d) LGSS).
- Inexistencia de ser titular de pensión compensatoria o indemnización para acceder a la pensión de viudedad para los supuestos derivados de situaciones de separación, divorcio o nulidad en el matrimonio (art. 220.1 LGSS).
- En relación con la protección por desempleo se considera como situación legal de desempleo o de cese en la actividad para las trabajadoras por cuenta ajena o propia respectivamente la extinción o suspensión del contrato de trabajo de forma voluntaria o de cese en el ejercicio de su actividad, de manera temporal o definitiva por causa de violencia de género (arts. 267, 331, 332 y 334 LGSS).

Dentro de la protección a los desempleados también habría que señalar: un acceso específico a la Renta activa de Inserción (RD 1369/2006); y la no consideración de renta o ingreso computable la ayuda económica específica para mujeres víctimas de violencia de género con especiales dificultades para obtener un empleo.

Por otro lado, la DA. Primera de la LO 1/2004 vino a determinar que quién fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le pudiera corresponder, salvo que hubiere mediado reconciliación entre ellos; y además se preveía que la pensión entonces pasase a incrementar la de los huérfanos. Cuatro detalles merecen ser reseñados: a) la imposibilidad del disfrute de la pensión de viudedad por haber dado muerte al cónyuge ya estaba prevista como causa de extinción en el art. 11.2 de la OM 13-2-1967; b) que esa imposibilidad se extendía al delito de lesiones; c) que la imposibilidad conllevaba en su caso que la pensión de los huérfanos pudiera ser incrementada con la pensión de viudedad que no podía disfrutar el agresor; y d) además que se prohibía que por vía representación legal de los hijos, se pudiera de facto recibir las prestaciones (apartado 2 de la DA. Primera)⁷.

Como se ha podido apreciar a la víctima de violencia de género se le abre un amplio abanico de derechos y beneficios en distintas esferas, lo que si bien es positivo no deja de ser compleja su articulación una vez llegado el momento.

Centrándonos en la respuesta que el sistema de Seguridad Social ofrece a la víctima de violencia de género y su valoración, debe de tenerse en cuenta la propia configuración del sistema y de que estamos ante “...una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”⁸.

Nuestro sistema de seguridad social configura su protección en atención a determinados riesgos sociales que entiende que deber ser objeto de su protección y que entran dentro de la dosis de seguridad social que España se puede permitir. En definitiva, de aquellos riesgos

⁷ Un análisis actual completo de esta figura debe hacerse con los arts. 231 y ss. LGSS.

⁸ De la exposición de motivos de la LO 1/2004.

sociales que se consideren en cada caso merecedoras de protección y por ello se conviertan en contingencias protegidas. No estando entre ellas la violencia de género.

Un primer planteamiento podría ser considerar que el fenómeno de la violencia es un riesgo social a ser considerado contingencia a proteger. Evidentemente riesgo lo es, en el sentido de que nos encontramos con un hecho futuro e incierto y cuya actualización genera un daño. Más dudoso se presenta su calificativo como social y ello aunque se considere que “... *la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*”⁹. Si partimos del sentido tradicional de que un riesgo para ser calificado como social debe reunir dos notas:

- a) Su generalidad y que por tanto puede afectar a cualquier persona, presenta un problema, y es que solo afecta a las mujeres y siempre que la violencia proceda de un hombre.
- b) El convencimiento de que debe organizarse una respuesta colectiva frente a él. Lo que obviamente se presenta en este caso, pero la respuesta más conveniente es como muy bien señala la propia LO 1/2004 “... *se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.*”

Por otro lado no debe olvidarse que nuestro sistema de seguridad social es básicamente profesional (en su nivel contributivo) y que habría que valorar qué relación con el trabajo tiene o no la violencia de género. Desde luego directa no lo es. Téngase en cuenta que un importante número de contingencias están vinculadas directamente con el trabajo (por ejemplo: la incapacidad temporal, riesgos durante el embarazo y lactancia, incapacidad permanente, desempleo y jubilación); en otras, si no cabe hablar de que el trabajo es el responsable de la actualización de la contingencia, si puede decirse que el hecho de trabajar la condiciona (por ejemplo, la maternidad, paternidad y cuidado de hijo enfermo grave) o que puede incidir en el núcleo familiar en caso de fallecimiento del trabajador; o facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar o la llevanza de las cargas familiares (como las prestaciones familiares); y por último su incidencia como causa secundaria de necesidad, cuando la actualización de un riesgo derive de accidente de trabajo o de enfermedad profesional.

Otra cosa es que dentro de ese círculo más amplio que es la protección social pública, pudiera pensarse en reconocerle una configuración propia y autónoma, pero sería muy cuestionable y de compleja articulación.

Centrándonos en las actuales medidas de Seguridad Social dirigidas a paliar las consecuencias de la violencia de género se advierte lo siguiente:

- Que las medidas de seguridad social relativas a promover, mantener o proseguir en la carrera de seguro vienen determinadas por los derechos laborales que se ofrecen a las víctimas laborales. De poco serviría, por

⁹ De la exposición de motivos de la LO 1/2004.

ejemplo, ofrecer a la víctima la posibilidad de suspender la relación laboral, si eso conlleva la pérdida de la continuidad en la carrera de seguro.

- En relación con las medidas de seguridad social –directamente relacionadas con la acción protectora– cabría decir prácticamente lo mismo, por ejemplo, la consideración como situación legal de desempleo de los ceses voluntarios en el trabajo o en la actividad, motivados por situaciones de violencia de género y su consideración como situaciones legales de desempleo.

Quizás haya otras medidas que se podrían haber tenido en cuenta y que no dependen directamente del “*derecho laboral reconocido*”, y que podrían considerarse como de “equidad de género”, como propugna al OISS, como por ejemplo:

- En el ámbito de la prestación de incapacidad temporal o de incapacidad permanente calificar las situaciones derivadas de violencia de género como procedentes de accidente común y con ello librarlas de la exigencia de un período mínimo de cotización. Téngase en cuenta que no siempre las acciones de violencia de género van a ser tipo físico y que como son una agresión típica son calificables como un accidente común. La Ley 13/2007, en su art. 3.3 considera como actos de violencia de no sólo los físicos, sino también los psicológicos, económicos y sexuales.
- Respecto a las prestaciones de supervivencia también cabría estudiar si el régimen de acceso de las víctimas de violencia de género es mejorable. Y así, podría ser considerada la muerte del agresor –en caso de situaciones de alta o asimilada– como accidente común y no exigir período de cotización. También debería de matizarse la exigencia de una duración mínima del matrimonio (apartado 2 del art. 219 LGSS) y exceptuar a la víctima de que el matrimonio haya durado uno o dos años según los casos. Y ello también debería de ser contemplada para las parejas de hecho que una vez constituidas no alcancen el mínimo de tiempo de formalización previa a la muerte (art. 221.2 LGSS).
- En el terreno de la interrelación entre situaciones incapacidad temporal-desempleo-incapacidad temporal (art. 283 LGSS), debería de asimilarse una situación de incapacidad temporal proveniente de violencia de género, a las situaciones de maternidad o paternidad que actúan sobre la prestación de desempleo como neutras y por tanto no afectan a la duración de la misma (art. 284 LGSS).
- En el ámbito de la protección al desempleo del nivel asistencial se echa en falta su consideración expresa y así podría liberarse a la víctima del denominado período de espera (art. 274.1 LGSS) y recogerla como una modalidad de situación por su cualificación o bien que sea contemplada específicamente en la duración de las diversas modalidades de subsidio.

También hay un aspecto que parece muy conflictivo y que es acreditar que ha existido existencia de violencia de género en particular al hilo de solicitudes de pensión de viudedad cuando ha transcurrido un cierto tiempo entre la ruptura de la relación conyugal y el hecho

causante. La postura de los tribunales no es uniforme y oscila entre aquellos que ponderan todas las circunstancias aunque no hayan medios de prueba plena y les basta con serios indicios para concluir que hubo violencia de género (el caso más reciente lo tenemos en la STS núm. 22/2016, de 20 de enero) o aquellos otros que hacen aplicación literal de la norma y así, por ejemplo, no contempla que pueda existir violencia que pueda ser título suficiente para acceder a la pensión de viudedad (sin necesidad de estar percibiendo pensión compensatoria en caso de rupturas conyugales) si esta se produjo un año después de la separación o divorcio (STSJ Murcia núm. 634/2016, de 4 de julio).

El equilibrio entre un voluntarismo excesivo y un exceso de rigor es donde puede encontrarse la clave que contemple la “equidad de género” que reclama la OISS. O lo que viene a ser algo parecido la valoración de los indicios existentes con “*perspectiva de género*” flexibilizando la valoración de la prueba (en este sentido puede verse la reciente STSJ Canarias de 7-3-2017 (Recurso 1027/2016).

De *lege data* cabe decir que, en principio y frente a épocas históricas ya superadas, se dispone actualmente de un marco normativo bastante completo (incluidas las normas propias del Derecho Social) de medidas preventivas, reactivas y reparadoras, a pesar de ciertas deficiencias. Pero de *lege ferenda* debe añadirse a continuación que ese marco está en gran medida disperso y ello plantea problemas aplicativos. Pero además, y esto no es menos relevante, no se atiende a la tutela efectiva de todas las manifestaciones de la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres, dentro (esfera privada) y fuera (esfera pública, que incluye el ámbito “laboral”) del ámbito familiar. Por ello, habría de dotarlo de una mayor racionalización, coherencia y garantías de efectividad. Esta dirección de política del Derecho es necesaria para la erradicación de la violencia de género.

Ahora bien: no se trata sólo de llevar a cabo cambios normativos, pues es necesario un cambio “cultural” y de las mismas estructuras de poder existentes en las relaciones sociales, pues como se hace notar en la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer Resolución de la (Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993) “la violencia contra la mujer constituye una *manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales* entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”. La experiencia trágica de las situaciones relacionales de violencia de género muestra, no obstante su extraordinaria importancia, los límites del Derecho como instrumento de solución real del problema social de la violencia de género. Aparte de las garantías de “efectividad jurídica”, es necesaria la “efectividad social” y la seguridad real a través de medidas públicas de activación, de lucha y empoderamiento de las mujeres encaminadas a remover todos los obstáculos para erradicar la violencia de género. (En esa dirección se insertó en gran medida la Resolución del Parlamento Europeo A4-0250/97, sobre una Campaña Europea sobre Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres).

Estudios
Doctrinales

LABORUM

Edad e incapacidad permanente total de los deportistas profesionales (a propósito de la STS 20 diciembre 2016)

Age and permanent disability of professional athletes (commentary on STS 20 december 2016)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

La incorporación al Régimen General de la Seguridad Social de los deportistas profesionales sin mayor especialidad se muestra como una decisión que provoca numerosos conflictos. La temprana caducidad de su relación por mor de las exigencias físicas hace que las secuelas de lesiones, unida al paso de los años, convierta su finalización en un problema a la hora de discernir la causa última del “abandono”: bien aquellas resultas de un accidente más o menos próximo en el tiempo, bien el cumplimiento de una edad en la cual resulta incontractable. He aquí el dilema sobre el cual ha de pronunciarse el Tribunal Supremo.

Abstract

The integration of the professional athletes into the General Regime of Social Security without any specialty appears as a decision that causes many conflicts. The early expiration of their employment relationship due to the aftermath of injuries, and the passage of the years, raises serious problems regarding the ultimate causes of the “retirement”: either the result of an accident more or less close in time, or the fulfillment of an age in which they are out of the market. Here is the dilemma for the Supreme Court.

Palabras clave

Deportistas profesionales, edad, incapacidad permanente total

Keywords

Professional athletes, age, permanent disability

1. LO QUE ESCONDEN LOS GRANDES TITULARES

“El Tribunal Supremo reconoce el derecho a cobrar una pensión vitalicia a un futbolista que se retiró tras una lesión”¹, “El TS reconoce la pensión vitalicia a un futbolista de Togo que jugó dos meses en España y se lesionó con su selección”² o “¿A qué edad finaliza la vida laboral de un futbolista?. ¿La edad puede ser un criterio para decidir la existencia de una invalidez permanente total?”³. Con estos titulares de algunos importantes referentes jurídicos (amén, por supuesto, de otros mucho más “gráficos” de la prensa deportiva) se daba cuenta de lo que, por su ubicación destacada, parecía constituir una importante noticia para el mundo del Derecho a partir de la sentencia emanada de la Sala IV del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2016.

¹ Nota de Prensa del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 2017, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-a-cobrar-una-pension-vitalicia-a-un-futbolista-que-se-retiro-tras-una-lesion>.

² Recogiendo la noticia de Europa Press, el Titular del Diario de Derecho (iustel) de 26 de enero de 2017, http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1161913.

³ Encabezado del Blog de ROJO TORRECILLA, E., de 7 de febrero de 2017, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/02/a-que-edad-finaliza-la-vida-laboral-de.html>.

Para sopesar con calma su verdadera dimensión, permita el lector una sucinta exposición de cuanto condujo a tal acontecimiento.

1.1. El supuesto de hecho en presencia

El que en el argot ha merecido ser conocido como “caso Assemoassa”, presenta las vicisitudes de un jugador de fútbol natural de Togo, con pasaporte francés, que prestó servicios durante algo más de un mes (del 17-2-2006 al 21-3-2006) para el C.F. Ciudad de Murcia S.A. D. y, sin solución de continuidad (1-4-2006), mantuvo una vinculación laboral durante algo más de dos años (30-6-2008) con el Granada 74, S. A. D., entidad con la cual llegó a disputar 28 partidos.

Razón tiene aquel titular destinado a destacar el hecho de conformidad con el cual en realidad solo jugó algo más de dos meses al fútbol en España, pues, convocado por la selección nacional de Togo para el Mundial de Fútbol de Alemania 2006, sufrió una importante lesión que –pese a ser dado de alta a los 16 ó 17 meses e incorporarse a su trabajo habitual– le impidió volver a disputar cualquier encuentro más con normalidad, constando durante ese tiempo hasta cuatro partes de asistencia sin baja médica.

Todavía vigente el último contrato (20-6-2008), se acredita una intervención en Francia por complicaciones derivadas de aquella lesión sufrida dos años antes; también que diez días después de la prueba médica no se renovó su contrato y (sin más datos, aun cuando es de suponer la solicitud y disfrute de la prestación de desempleo) que en la temporada 2010-2011 formó parte de la plantilla de un club francés donde no se ha demostrado que jugara ningún partido.

Instada a finales de 2010 solicitud de IPT por accidente de trabajo (16-12-2010), cuando era jugador del club francés, y tras el pertinente examen por el Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas (8-11-2011), la Dirección Provincial del INSS dicta resolución (29-2-2012) en la cual deniega la prestación bajo el argumento de que “no cabe considerar dicho accidente como laboral, habida cuenta no prestaba servicios para una empresa española, ni estaba sujeto en ese momento a nuestra normativa”, así como que, “si finalmente no existiese continuidad en ningún club profesional de fútbol, y de estimarse que existe incapacidad derivada de accidente de trabajo, serían aplicables los Reglamentos comunitarios y la prestación debería reconocerse al amparo de la la normativa francesa”.

Interpuesta reclamación administrativa previa, e incorporadas las alegaciones de la Mutua (bajo cuyo criterio la lesión –“que está de forma exclusiva en el origen [de] la supuesta imposibilidad profesional que se invoca”– tuvo lugar disputando un partido en el Mundial de Fútbol de Alemania), la petición fue de nuevo desestimada (18-6-2012) y dio lugar a la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona.

La sentencia de instancia no entra a fondo en el interesante conflicto de leyes que suscita la resolución del INSS; tampoco en la cuestión de enjundia implícita en la alegación de la Mutua respecto a los supuestos de “cesión” de deportistas a las selecciones nacionales⁴. Ambas

⁴ Una primera aproximación al tema en BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., “La lesión sufrida por un futbolista durante su participación con su selección nacional y la protección por accidente de trabajo”, *Revista Jurídica de Deporte y*

cuestiones, que hubieran merecido un razonamiento acabado por su trascendencia, son ignoradas por el jugador, quien afirma sin mayores consideraciones la aplicación de la norma española así como la identidad de empleador y aseguradora, reconoce la IPT de origen profesional al futbolista y condena a la Mutua (por subrogación de la empresa, que, a la sazón y desde 2007, había dejado de abonar la mayor parte de sus cotizaciones a la Seguridad Social), sin perjuicio de las responsabilidades del INSS y la TGSS, a abonar un pensión vitalicia equivalente al 55 por 100 de un base reguladora establecida en 34.772 € anuales, más incentivos y revalorizaciones, con efectos desde la fecha del informe-dictamen del ICAM.

Recurrida en suplicación por la Mutua, bajo la alegación de aplicación indebida del art. 115.1, 2 y 3 LGSS en relación con el art. 47.2 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (a cuyo tenor, durante la participación en competiciones con selecciones internacionales el empresario conservará su condición, “si bien se suspenderá el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral y las obligaciones o responsabilidades relacionadas con dicha facultad, en los términos que reglamentariamente se determine”) e infracción del art. 137.4 LGSS (en tanto el trabajador pudo volver a su actividad tras 16-17 meses y fue contratado por otro club), el TSJ no entra a resolver sobre la situación jurídica del trabajador durante el Mundial, al considerar que la lesión de 2006 no es el factor determinante de la controversia, pues el futbolista se recuperó médicamente y ha continuado con su vida activa. Sobre tal premisa, y una vez negado que pudiera tratarse de una enfermedad común, analiza la solicitud en atención a “las específicas notas de la profesión de futbolista profesional”, para recordar la tesis de la propia Sala⁵ y dar cuenta de cómo la fecha de la solicitud de IPT resulta decisiva, en tanto acepta el recurso por haber instado la petición precisamente en aquella en la cual “finaliza su vida profesional activa a la edad de treinta años y pico”.

Treinta años considerados como edad límite, que hubiera sido un umbral más que discutible como precedente (frente a los “treinta y pico”, cuya indeterminación hacía que no llamara tanto la atención) de no haber tenido lugar la intervención correctora del Tribunal Supremo, en los términos que más adelante se pondrán de relieve.

1.2. La ausencia legal de especialidades respecto al régimen de prestaciones para los deportistas en la normativa general de Seguridad Social. El problema de la incapacidad permanente total

A partir de una integración primera de carácter aluvional, sectorial y fragmentada, y aun cuando a resultas de su profesionalización hubiera sido posible deducir la incorporación directa, el RD 287/2003, de 7 de marzo, procede formalmente a declarar que toda persona que merezca la consideración legal de deportista profesional queda incluida en el Régimen General de la Seguridad Social.

Una decisión que por tantas razones ha de ser valorada como muy positiva, ha dado pie, no obstante, a serias disfuncionalidades⁶, en particular por cuanto hace a la extrapolación

Entretenimiento, núm. 11, 2004, pp. 297-302 o SAMSÓ BARDÉS, F., “La cobertura de las lesiones deportivas ocasionadas en encuentros de las selecciones nacionales y autonómicas”, 2006, en http://www.iusport.es/opinion/samsó_lesiones_2006.htm.

⁵ Expresada, como compendio de un prolífico muestrario anterior, en STSJ Cataluña 13 junio 2012 (Rec. 6699/2011).

⁶ Un elenco de las mismas, entre más, en TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Balance y perspectivas de la Seguridad Social de los deportistas profesionales”, *Información Laboral*, núm. 3, 2014, pp. 112-114.

en bloque y conjunta de su acción protectora. A ello fuerza el art. 2 de la norma reglamentaria cuando reenvía en su alcance a lo dispuesto en el art. 114.1 LGSS [actual art. 155.1 TRLGSS], y que se concreta en las prestaciones recogidas en el art. 38 LGSS [vigente art. 42 TRLGSS], sin peculiaridad alguna atenta a las singularidades de su actividad.

El legislador debería haber sido consciente de algunos de los problemas que se venían suscitando en los Tribunales, en su mayor parte referidos precisamente a la IPT por mor de una corta carrera profesional en comparación con la común del resto de los trabajadores, dados los requerimientos físicos que la misma exige, así como los particulares riesgos a los que quedan expuestos, en particular en materia de lesiones físicas generadoras de incapacidades.

Sencillo resulta colegir de tal decisión –como observa quien de más datos dispone desde su privilegiada posición de Letrado de la Administración de la Seguridad Social– la avalancha de solicitudes de prestaciones de IPT a que se asistió de inmediato, con la peculiaridad de “efectuarse cuando el deportista ha finalizado su carrera profesional o se encuentra próximo a la finalización de la misma. En todos los casos el fundamento de la petición se encuentra en el estado físico del deportista tras varios años de práctica del deporte profesional al más alto nivel en el que las lesiones, sobrecargas musculares, traumatismos, han sido habituales, quedando secuelas inherentes a los mismos”⁷.

Tal debió ser su preocupante magnitud⁸ que, además de la desaparición de la mejora voluntaria para la contingencia de IPT recogida con anterioridad en los convenios de fútbol, baloncesto, balonmano y ciclismo (pues el carácter “usual” de la contingencia, así como la alta capitalización que precisaba su cobertura, la convertían en prohibitiva⁹), el apartado III. 2 c) del Acuerdo entre Gobierno y Agentes Sociales de 13 de julio de 2006 contemplaba una cláusula destinada a poner coto a tal desafuero, a cuyo tenor “la pensión de incapacidad permanente total, se excluirá para aquellas profesiones cuyos requerimientos físicos resulten inasumibles a partir de una determinada edad. Estas profesiones se determinarán reglamentariamente, previa comprobación de que los cotizantes a las mismas se mantienen en su práctica totalidad en edades inferiores a los 45 años”.

Con independencia de su técnica manifiestamente mejorable, así como de que las implicaciones finales de la medida podían llevar a extremos no deseados¹⁰ (y ello aun cuando

⁷ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007, p. 29.

⁸ Y en los comentarios al Acuerdo elaborados por UGT (en su día disponibles en internet) se reconocía expresamente que el origen de la norma radicaba en “evitar los reconocimientos de incapacidades a los futbolistas”; al respecto, MANRIQUE LÓPEZ, V. F., “La Seguridad Social de los deportistas profesionales”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007, p. 140, nota 34.

⁹ En este punto, CARDENAL CARRO, M. y BRAVO GUTIÉRREZ, P., “Las indemnizaciones a que tienen derecho los deportistas profesionales por lesión que determina la extinción de su contrato o el abandono de la práctica del deporte, según dos recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2006, pp. 351-368, MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “La protección social pactada colectivamente en los convenios del deporte profesional”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007, pp. 119-130 o BASAULI HERRERO, E., “Protección social complementaria en los convenios colectivos deportivos, con especial referencia a las recogidas respecto de la incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 23, 2008, pp. 179-203.

¹⁰ Por todos, el sugerente análisis de ALAMÁN CALABUIG, M., “El Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad Social y su impacto en la incapacidad de los deportistas profesionales”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 18, 2006, pp. 523-531.

la edad de 45 años no deje de ser claramente generosa, pues son excepcionales los deportistas que se acercan a la misma), la intención o reacción era clara. Incluida tal previsión en el Proyecto de Ley de 23 de febrero de 2007, las enmiendas introducidas por los grupos parlamentarios (núms. 24, 81, 82, 91, 128 y 158)¹¹ sirven para poner de relieve la honda preocupación –y las discrepancias– que el asunto merecía para todos, así como la necesidad de adoptar alguna medida;... y, sin embargo, el precepto propuesto fue retirado durante su tramitación, sin que desde ese momento conste ninguna otra iniciativa¹².

1.3. La ausencia de doctrina jurisdiccional y el “sorprendente” pronunciamiento comentado

La situación legal y judicial expuesta es portadora de patente inseguridad jurídica, sin que “tampoco la labor unificadora del Tribunal Supremo haya podido dar luz a la cuestión que se suscita”¹³, en tanto “no ha apreciado la necesaria contradicción entre los distintos pronunciamientos que se han sometido a su consideración”¹⁴.

La carencia no podía extrañar, pues según ha sentado el propio encargado de fijar doctrina jurisdiccional, “la necesidad de encontrar situaciones sustancialmente iguales restringe extraordinariamente la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina en los supuestos de reconocimiento de incapacidad, donde, por definición, las decisiones no son ni extensibles ni generalizables”, al tratarse habitualmente de supuestos “en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general”¹⁵.

No existía, ni se la esperaba, dados los numerosos precedentes en los cuales había sido suscitada la cuestión y sistemáticamente había sido rechazada¹⁶. Por tal motivo, no deja de

¹¹ Para más detalle, BOCG de 5 de junio de 2007.

¹² Quizá entendiéndolo, como un sector de la doctrina, que “la regulación de la incapacidad permanente total no debería apartarse de la regulación común, sin que la determinación de la incapacidad permanente total del deportista se haga depender de la edad del deportista o la posibilidad de desarrollar otras funciones dentro del ámbito organizativo del deporte profesional”, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007, p. 156; en igual sentido, BASAULI HERRERO, E., *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 251-254 o ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 382. No menos numerosos son los autores que claman justo por lo contrario, como ocurre con PANIZO ROBLES, J., “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)”, *Tribuna Social*, núm. 190, 2006, p. 26. DEL VALLE DE JOZ, J. I., “Incapacidad permanente total para la práctica de fútbol profesional una vez finalizada la carrera deportiva”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 29, 2010, p. 212 o TRIGUERO MATÍNEZ, L. A., “Balance y perspectivas de la Seguridad Social de los deportistas profesionales”, cit., pág. 114. Afirmando que “desde este punto de vista no deja de ser criticable que el legislador no haya previsto ningún tipo de singularidad respecto a este colectivo”, SSTSJ Cataluña 21 abril 2008 (Sent. 2844/2008) y 13 junio 2012 (Rec. 6699/2011).

¹³ STSJ Cataluña 22 septiembre 2008 (Rec. 5591/2008).

¹⁴ STSJ Cataluña 3 abril 2008 (Rec. 583/2007).

¹⁵ Con un elenco significativo de pronunciamientos en tal sentido, DEL VALLE DE JOZ, J. I., “Incapacidad permanente total para la práctica del fútbol profesional una vez finalizada la carrera deportiva”, cit., p. 207.

¹⁶ Además de la STS 9 junio 2007 (Rec. 4026/2005) y, resolviendo un recurso de revisión, ATS 26 noviembre 2013 (Rec. 715/2004), la larga serie que comprende los AATS 12 noviembre 2001 (Auto de inadmisión 4894/2000); 12 julio 2005 (Rec. 3982/2004); 30 noviembre 2006 (Rec. 2549/2005); 19 abril, 22 mayo y 13 diciembre 2007 (Rec. 464/2006, 2821/2005 y 4658/2006); 8 septiembre, 28 octubre y 3 diciembre 2009 (Rec. 388/2009, 509/2006 y 2048/2009); 17 marzo 2010 (Rec. 637/2009); 8 febrero 2012 (Rec. 2573/2011); 23 marzo y 28 octubre (Rec.

constituir relativa sorpresa que, al fin, el Tribunal Supremo encuentre dos sentencias en las cuales aprecia la necesaria identidad sustancial.

Desde luego, un somero examen de algunos de los supuestos en los que previamente rechazó la concurrencia de tal requisito presentan igual, si no mayor, similitud; también son patentes los elementos de separación que cabe apreciar entre los dos pronunciamientos comparados (dejando al margen el dato de que la lesión cuyas secuelas llevan a la incapacidad tuvo lugar con la selección en un caso y al servicio del club en otro, en la sentencia recurrida el trabajador estaba con contrato en vigor en el momento de juzgar los hechos, lo cual no ocurre en la de contraste, donde, tras la lesión y haber sido dado de alta, se firma un contrato que finaliza solo dos días más tarde por despido, y únicamente después se insta la declaración de IPT). El Tribunal Supremo, sin embargo, prescinde de casi todos los hechos singulares (de ahí que no pueda extrañar la suave imputación de quien aparezca que “quizá hubiera podido profundizar algo más en la justificación de la tesis de aceptación del recurso”¹⁷) y, quedándose tan solo en el dato de la edad como causa para denegar la prestación, procede a determinar el sentido de la norma con una valoración interpretativa de carácter general, susceptible de ser resumida –pues igual de breve es la sentencia– en dos afirmaciones: en primer lugar, “ha de discreparse en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física, sino de la edad”; y ello, en segundo término y como premisa mayor, porque “no existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionado –de 30 años–, y que por otro lado, es razonable que a esta edad pueda ejercerse”.

Tratar de ponderar la importancia de la sentencia (al margen de los titulares a que ha dado lugar) requiere detener la atención en el estado de la cuestión en los Tribunales hasta el momento de su pronunciamiento y, sobre su base y en particular, valorar cual puede ser su proyección hacia el futuro para así medir su trascendencia real.

2. EDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL EN LOS TRIBUNALES HASTA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

De las variadas cuestiones que ha suscitado el acomodo de la normativa general de Seguridad Social a las singularidades de la relación laboral de los deportistas profesionales, sin duda la relación entre edad e IPT constituye el tema más saliente, conforme ya cabía prever incluso antes de la integración general de todo el colectivo¹⁸. Indudablemente después de 2003 la cuestión alcanza mayor trascendencia, y las posiciones encontradas, y ya claramente delimitadas, van adquiriendo mayores matices y hasta creando “doctrina” de las Salas correspondientes –que no dudan en recrear una y otra vez sus precedentes–; más grave aún, al conocerse criterios tan dispares y reiterados, cabe detectar una curiosa selección del foro

1196/2012 y 216/2013, con aclaración en ATS 10 abril 2014); 9 julio y 1 octubre 2014 (Rec. 2805/2013 y 3049/2013) o 17 marzo 2016 (Rec. 2085/2015).

¹⁷ ROJO TORRECILLA, E., “A qué edad finaliza la vida laboral de un futbolista? ¿La edad puede ser un criterio para decidir la existencia de una invalidez permanente total?”, cit., párrafo final.

¹⁸ Valga la remisión a los apuntes que figuran en LEONÉS SALIDO, J. M., “¿Debe haber un límite de edad para la incapacidad permanente del deportista profesional?”, *La Ley*, T. IV, 2001, pp. 124 y 125 o DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Limitaciones físicas e incapacidad laboral permanente del deportista profesional”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 2, 2002, pp. 231-235.

conveniente, aprovechando para ello las posibilidades que ofrece a este respecto la norma de ritos social¹⁹.

Con la brevedad requerida, cabría agrupar las tesis defendidas en las dos que siguen.

2.1. El criterio (mayoritario) atento a la edad del deportista y a la función social de la prestación de incapacidad permanente

Sin perjuicio de otros precedentes que apuntaban en igual sentido²⁰, y aun cuando solo sea por las numerosas veces en las cuales ha sido invocada, cabe tomar como tesis de referencia la contenida en aquel pronunciamiento en virtud del cual, “tratándose de deportistas profesionales no cabe desconocer ni su muy limitada –en el tiempo– vida profesional, ni el hecho que en el último tramo de ella se vayan sumando lesiones –por traumatismos, simple desgaste por el esfuerzo y años, o ambas cosas a la vez– que son consustanciales a la propia actividad, de extremo esfuerzo y alto rendimiento, de manera que si se afirma la necesidad de que el deportista de élite se encuentre siempre al máximo de aptitud física para realizar su exigente cometido, y se llega a entender que todo menoscabo físico veda al correcto ejercicio de la actividad profesional, la consecuencia –a nuestro juicio inaceptable– necesariamente habría de ser la de que la vida laboral de estos deportistas concluiría siempre con declaración de invalidez permanente y no con su voluntaria retirada”. Al tiempo observa cómo “los procesos determinados por el ordinario trascurso de los años no son contingencia protegible por la prestaciones de incapacidad permanente, sino que la referida disfuncionalidad atribuible al natural proceso de envejecimiento más bien encuentra su natural cobertura en el mecanismo de la jubilación (...) [Por ello,] quizá no resulte desacertado entender que, en la misma forma, también el deterioro y desgaste inherente a los extremos esfuerzos del deporte de élite, con menoscabos físicos que se manifiestan lentamente y que se potencia con las inevitables pequeñas lesiones, no constituyen el objetivo a proteger como invalidez permanente; en caso contrario se llegaría a la rechazable conclusión anteriormente indicada, la de que la actividad laboral de los deportistas profesionales había de concluir generalmente con declaración de discapacidad”²¹.

Aparecen de este modo las dos constantes que va a acompañar cuanto se convierte en criterio ampliamente mayoritario en los Tribunales Superiores de Justicia: poner en relación la edad con los requerimientos físicos exigidos al deportista y hacer lo propio con la finalidad de la prestación de IPT.

¹⁹ VIDAL, P., “El desgaste y la edad en los deportistas profesionales: retirada o invalidez, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873, 2013, BIB\2013\2525.

²⁰ Un esfuerzo encomiable de rastreo, hasta la fecha tomada aquí como referente, el recogido en BASAULI HERRERO, E., “La prestación básica por invalidez permanente del deportista profesional”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, en especial pp. 131-136. Para un seguimiento hasta la fecha de su publicación, en 2007, de interés el conjunto de muestras seleccionadas por PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales”, cit., pp. 33 y ss. y ALAMÁN CALABUIG, M., “El Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad Social y su impacto en la incapacidad de los deportistas”, cit., pp. 525 y ss. Alcanzando hasta los “casos Cruchaga y Elías”, de 2011, OLMEDO JIMÉNEZ, A. y MATEO SIERRA, J. M., “Aspectos críticos de la última doctrina judicial en materia de incapacidad permanente total de los deportistas profesionales”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 35, 2012, pp. 517-527.

²¹ STSJ Galicia 8 noviembre 2000 (Rec. 3229/1997).

1º.- Por cuanto a la primera de ellas hace, no cabe duda de la “temprana caducidad natural de las facultades del deportista”²². La práctica del deporte al más alto nivel requiere, amén de una particular aptitud y cualificación, el continuo mantenimiento y perfeccionamiento para una dedicación intensa, con preparación y rendimientos muy exigentes, entrenamientos continuados y hábitos de vida saludable y compatible con los requerimientos demandados. Ser “élite”, o poder ganarse la vida con el deporte, conlleva, por tanto, un nivel físico óptimo, de manera tal que una disminución de la capacidad que en otros ámbitos resultaría apenas si relevante, en este trae aparejada la ausencia de ofertas, la no renovación o, cuando aún resten años de contrato, incluso la posibilidad de plantear un despido objetivo por ineptitud sobrevenida²³.

Tan elevadas demandas sirven para explicar que, a pesar de puntuales resoluciones²⁴, y la opinión favorable de algún autor²⁵, no haya espacio para incapacidad permanente parcial –no lo había tampoco en el antiguo art. 8 de la Orden de 21 de diciembre de 1979, pues solo reconocía los grados de IPT e IPA–, dada la incongruencia de los requerimientos mentados con la presencia de un deportista profesional que pueda serlo con una disminución de rendimiento del 33%²⁶; en consecuencia, que se pase, sin estadio intermedio alguno, de la plena capacidad a la IPT. También, por cuanto hace a prestación que aquí concita la atención, que la pérdida de capacidad con el paso de los años, asociada a la frecuente acumulación o degeneración de lesiones, lleve a plantear con toda crudeza la situación de quien ya no es apto para rendir al nivel exigido.

La presencia de tales accidentes no plantearán mayor problema –según se verá– cuando su gravedad manifiestamente impida con carácter definitivo la continuidad en el ejercicio de la profesión; estos comienzan precisamente cuando no concurre tal factor, no en vano a la inviabilidad de considerar el supuesto como una enfermedad profesional²⁷, procede añadir la

²² CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, p. 267.

²³ Sobre esta circunstancias intermedia entre la plenitud de capacidad y el deterioro evidente de la salud que surge cuando ni se puede rendir al nivel requerido, ni acceder a la incapacidad, incorporando una consideración específica al factor de edad, con carácter general, GOÑI SEIN, J. L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, pp. 437 y 438 o BRIONES GONZÁLEZ, C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, p. 103; en referencia específica el deporte, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “La extinción por ineptitud de los deportistas profesionales. Reflexiones desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2010”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 33, 2011, pp. 213-220.

²⁴ SSTSJ Andalucía/Málaga 16 marzo 1998 (AS 1672/1998) y Comunidad Valenciana 25 febrero 2003 (Rec. 3240/2002).

²⁵ Así, con fundamento en la aplicación sin mayor especialidad de la normativa general, por ejemplo, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas profesionales”, cit., p. 154.

²⁶ Sirvan los argumentos más detallados que ofrecen MALDONADO MOLINA, J. A., “Los deportistas profesionales en la Seguridad Social”, en *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), Comares, Granada, 2010, p. 610 o BASAULI HERRERO, E., *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, cit., pp. 210-216 y 395.

²⁷ Aun cuando así lo haya considerado, postulando que el hecho de no aparecer enunciadas en el cuadro reconocido entonces por RD 1995/1978 [en la actualidad por RD 1299/2006] no impedía una lectura amplia del catálogo, “al no tratarse de supuestos tasados, sino abiertos”, la STSJ Cataluña 30 enero 2002 (Rec. 4157/2001); entendiendo que tal parecer “constituye doctrina de la Sala” [pese al tenor concluyente en sentido contrario de la STSJ Cataluña 21 junio 2007 (Rec. 9555/2005)], STSJ Cataluña 21 julio 2008 (Rec. 1667/2007). En igual sentido, con apoyo en las no localizadas SSTSJ Cataluña 21 febrero 1995 y 14 enero 1998, así como en la STSJ Castilla-La Mancha 16

reticencia –pese al relativo grado de aceptación judicial cuando así se ha suscitado– a plantear la petición de IPT por enfermedad común²⁸ o por enfermedad de trabajo²⁹, prefiriendo acudir al accidente de trabajo en conexión con alguna lesión previa de la cual se hacen derivar las resultas pretendidas, bajo la forma de secuelas, como elemento de convicción a la hora de acreditar que ya no está en disposición de seguir desarrollando su profesión habitual.

Es en este punto donde los Tribunales recuerdan cómo, “en el fragor del debate judicial se olvida que el Derecho no es otra cosa que mero sentido común”, y ello obliga a “dar una respuesta adecuada en función de las reglas que la experiencia de razonamiento de la especie humana ha mostrado efectivas a lo largo de su evolución como un sistema de composición de los conflictos sociales”³⁰. Precisamente en atención a las mismas se viene a denegar a partir de dos argumentos fundamentales:

A.- “Sin necesidad de atender al debate jurídico suscitado, referido a la edad de los deportistas”, considerando que el cuadro clínico no alcanza la gravedad para seguir desempeñando la profesión, “puesto que las tareas de dicho empleo podrá seguir desarrollándolas sin que ello haya de entenderse necesariamente en el sentido de poder alcanzar unos resultados propios del deportista de élite o de una primera categoría, como quizá lo haya hecho en épocas anteriores”. Por tal motivo, y “si cuanto consta es que no sigue con su actividad, de ello no cabrá seguir que las limitaciones físicas (...) hayan sido la causa exclusiva de su abandono”³¹.

Se pretende, por tanto, eludir el conflictivo asunto de la edad, pero dejando patente la “ley del mercado”: “la alta exigencia del deporte profesional supone que no sea factible su ejercicio eficaz sin estar al cien por cien de la aptitud física [,pero ello no puede llevar a] considerar que cualquier deficiencia, aun real y objetiva, ha de traducirse en tal declaración [de IPT], pues las limitaciones de la capacidad laboral (...), cuando no llegan a impedir las tareas fundamentales de la profesión, por poder realizarse los cometidos esenciales de la misma, no suponen grado incapacitante alguno (...) aunque no se alcancen los resultados propios de un deportista profesional”. “Es obvio [que tales limitaciones] pueden dificultar, en

julio 2003 (Rec. 671/2002), el conocido como “caso Amunike”, SAMSÓ BARDÉS, F., “La responsabilidad en las lesiones del deportista profesional”, *Iuris*, núm. 85, 2004, pp. 38 y ss. o BASAULI HERRERO, R., “La prestación básica por incapacidad del deportista profesional”, cit., pp. 127 y 128.

La refutación a tal tesis (claramente minoritaria) en, por todas, STSJ Cantabria 7 septiembre 2005 (Rec. 526/2005) o, señalando los escasísimos supuestos en que podría tener cabida por aparecer expresamente listadas, PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales”, cit., pp. 34 y 35.

²⁸ SSTSJ País Vasco 23 junio 2015 (Rec. 979/2015) o 5 abril 2016 (Rec. 484/2016); de signo contrario, y de la propia Sala, STSJ País Vasco 13 noviembre 2012 (Rec. 2481/2012).

²⁹ Con un espléndido análisis de la STSJ Asturias 3 octubre 2008, HIERRO HIERRO, F. J., “Incapacidad permanente total, profesión habitual y contingencia causante: el caso del jugador de baloncesto ocupado en labores de conductor de autobús”, *Revista de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, núm. 26, 2009, pp. 311-314.

³⁰ STSJ Madrid 29 junio 2012 (Rec. 554/2012).

³¹ SSTSJ País Vasco 13 noviembre 2012 (Rec. 2481/2012) o Cataluña 6 febrero 2014 (Rec. 276/2013) y 20 abril y 12 mayo 2015 (Rec. 7224/2014 y 6731/2014). En el mismo sentido, STSJ Madrid 15 diciembre 2008 (Rec. 1649/2008).

la realidad del mercado, la contratación del trabajador (...), pero no constituyen enfermedad común invalidante para la profesión³².

B.- El segundo, intencionadamente eludido aun cuando implícito en el anterior, objetiva tal realidad del mercado de trabajo para seguir la consecuencia de que no es la acumulación o degeneración de las lesiones la causa de la pérdida de capacidad, sino la edad, según ejemplifica de manera elocuente aquel pronunciamiento a cuyo tenor “un futbolista de 39 años de edad no va a encontrar un club que le contrate para la práctica del fútbol profesional, por lo que, sin padecimiento alguno, no podría desarrollar la ‘profesión’ de futbolista”³³. Si se prefiere, el término de comparación sobre el estado de salud no es el deportista en abstracto, sino en concreto, de la misma edad, permitiendo afirmar, por ejemplo, que “el estado del trabajador (...) le permitía la práctica del fútbol en iguales condiciones que a otro futbolista de 35 años de edad, significando ello que, evidentemente, la edad del actor sí coadyuva [a] la capacidad de un deportista profesional para el desempeño de su cometido, sin que ello pueda ser considerado como un elemento discriminatorio, arbitrario o irrazonable, sino propio, inherente y consustancial a la naturaleza humana”³⁴.

De ahí que, aplicando el mencionado sentido común, surja aquella afirmación de referencia a partir de la cual, “como la experiencia pone de evidencia –por más que se conozcan notorias excepciones muy puntuales–, la vida activa de un futbolista profesional no continua más allá de los treinta años y pico”³⁵. Su aplicación más frecuente alude a un supuesto casi típico de deportista con una lesión grave de la que se recupera satisfactoriamente y sigue ejerciendo durante un tiempo significativo la profesión para, una vez alcanzada tal edad, instar una declaración de IPT que se le deniega por encontrarse en tal etapa de la vida, “momento en que normalmente suele comenzar a disminuir el rendimiento máximo (...) y las expectativas de continuidad en la actividad de competición son ilusorias”³⁶.

³² En los crudos y expresivos términos que figuran en las SSTSJ Cataluña 6 febrero 2014 (Rec. 276/2013) y 20 abril 2015 (Rec. 7224/2014).

³³ STSJ Cataluña 23 febrero 2004 (Rec. 8761/2002).

³⁴ Retomando el discurso allí donde lo dejó –también para un deportista de 35 años– la STSJ Baleares 12 septiembre 2006 (Rec. 344/2006), STSJ Cataluña 21 junio 2007 (Rec. 955/2005). De gran interés, en esta línea de razonamiento, SSJS, núm. 2, Pamplona 6 septiembre 2011 (Proc. 716/2010) y 21 febrero 2012 (Proc. 676/2011).

³⁵ STSJ Cataluña 13 junio 2012 (Rec. 6699/2011).

³⁶ STSJ Asturias 21 enero de 2005 (Rec. 2660/2003). Línea de pronunciamientos con semejante conclusión que cabe observar, entre más, cuando se afirma que el cese en la actividad no tuvo lugar “por motivo de las lesiones, sino cuando ya contaba con 32 años, edad en la que, aun manteniendo las condiciones físicas para la práctica deportiva, hay un importante hándicap en el contexto de una trayectoria que va llegando a su fin por mor de las exigencias que el fútbol profesional conlleva” [STSJ Castilla y León/Valladolid 25 febrero 2005 (Rec. 129/2005)]. “Si después de la lesión ha continuado su vida activa (...), no puede pretender después de su retirada acceder a una incapacidad permanente total, una vez que su vida activa ha finalizado” [recordando semejantes pasajes en las SSTS 26 junio 1998 (Sent. 4328/1998), 11 marzo 1999 (Sent. 1849/1999) y 14 marzo 2006 (Sent. 224/2006), el tenor de las SSTSJ Cataluña 13 junio 2012 (Rec. 6699/2011)]. “El menoscabo físico propio de la edad de 35 años tiene gran incidencia en los deportistas del fútbol competitivo, que de manera temprana origina el ocaso de tal actividad profesional” [SSTSJ Baleares 28 septiembre 2012 (Rec. 408/2011) y, recordándola, 6 febrero 2014 (Rec. 276/2013)]. “La finalización de la carrera puede deberse a otros factores tales como la edad o la falta de rendimiento exigido, pero no una lesión que le ha permitido seguir su profesión hasta los 31 años” [STSJ Cataluña 4 octubre 2012 (Rec. 6596/2011)]. En fin, “parece que fuera más su edad (37 años), que las dolencias padecidas, la razón de su falta de renovación contractual y el abandono de la práctica deportiva” [STSJ Andalucía/Sevilla 14 marzo 2013 (726/2012)].

2º.- Pero, al lado de este dato, también la edad juega un segundo papel para mostrar que no se está distorsionando su finalidad, y otorgando cuanto –con el matiz conferido por las comillas– pudiera ser catalogado como una especie de “jubilación anticipada”³⁷, sino compensando unos ingresos que se dejan de percibir (nunca una “renta que nunca se estaría percibiendo”³⁸). Este, que cabría calificar como “efecto positivo de la edad” a efectos de reconocer la IPT, aparece patente en los supuestos en los cuales media una lesión grave que no le permite continuar de la actividad, sirviendo para argumentar que “no parece lógico que un jugador a la temprana edad que tenía (26 años) decida abandonar voluntariamente la práctica del deporte profesional, por lo que hemos de considerar que dicho abandono estuvo motivado por las secuelas que padecía y que le dificultan sobremanera dicha práctica, lo que indudablemente contribuyó a que ningún equipo lo fichase tras finalizar su contrato y sin que tampoco se le propusiese la renovación”³⁹. En una segunda muestra, se argumenta que “la edad en el momento de su lesión (27 años), o en el momento de la emisión de la propuesta del EVI (29 años), no es de ninguna manera una edad en la que, *de facto*, haya de estimarse finiquitada la vida profesional de los practicantes de fútbol”⁴⁰. Por no seguir, se aprecia que “dada la entidad de la lesión ya no pudo realizar las actividades propias de su profesión habitual, y aunque hubiera estado en clubs de mayor entidad cuando sufrió la lesión, 29 años recién cumplidos, [la edad no] era tan avanzada como para no permitir la práctica deportiva durante varios años”⁴¹.

De este modo, los pocos años del interesado vienen a ser la mejor forma para acreditar justo lo contrario que en la anterior variante: precisamente en atención a ellos, si se trunca una carrera profesional en la que había serias expectativas de continuidad, procede el reconocimiento de la IPT⁴².

2.2. La tesis (minoritaria) sobre la falta de relieve de la edad para acceder a la prestación

Tras un pronunciamiento inicial en el cual se apuntaba que el deportista “tenía la edad de 31 años, y a esa edad existen multitud de profesionales ejerciendo de futbolistas a plena satisfacción”, así como –sobre todo– que “tampoco existe norma que impida el acceso a la incapacidad a los deportistas profesionales a partir de una determinada edad”⁴³, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se convierte en autor de un criterio sólido de refutación al hasta entonces –y después también– abiertamente el más difundido. Su pronunciamiento de referencia –que sirve contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina ahora analizado– contempla la solicitud de quien “tenía una edad avanzada para la práctica del fútbol, 35 años, cuando inicia el proceso de incapacidad temporal (...), y aunque no puede negarse que tal edad, o cercanas, es la propia de quienes se ven obligados a retirarse de la práctica

³⁷ Catalogando de tal modo la solicitud, STSJ Asturias 21 enero 2005 (Rec. 2660/2003).

³⁸ En el argumento finalista que defiende PANIZO ROBLES, J., “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)”, cit., p. 26.

³⁹ STSJ Andalucía/Málaga 29 junio 2001 (Rec. 348/2001); y ello, conforme reconoce el pronunciamiento, aun cuando prosiguiera, después de la operación y el alta, jugando algunos partidos o minutos que pueden ser considerados simbólicos o “de prueba”.

⁴⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 3 octubre 2007 (Rec. 1173/2007).

⁴¹ STSJ Andalucía/Sevilla 29 marzo 2007 (Rec. 3443/2006).

⁴² El razonamiento [recogiendo los precedentes dados por la STSJ Cataluña 17 marzo 1998 (Sent. 2297/1998) y 3 abril 2008 (Sent. 2844/2008)], por extenso, en STSJ Cataluña 13 junio 2012 (Rec. 6699/2011).

⁴³ STSJ Cantabria 13 octubre 2003 (Rec. 578/2003).

deportiva (...) [el interesado] continuaba en la práctica del fútbol, y es en el ámbito de este desarrollo profesional, y no de otra profesión distinta y posterior (una vez finalizada la breve vida del deportista profesional, lo que suele ser frecuente), cuando sufre la lesión”; “es decir, mientras estuvo en activo y contratado, y aunque no le respetaran las lesiones, conservó aptitud para jugar al fútbol”. Sobre tal base fáctica concede la prestación y, aun cuando en posición extrema, tal dato no se aparta del criterio mayoritario, sí introduce dos razonamientos que serán clave para supuestos posteriores: en primer lugar, “ningún dato, sino en el meramente presuntivo, atribuye a la edad la causa directa e inmediata del abandono (...) [pues] no puede obviarse la realidad de futbolistas que, jugando incluso en la primera división, han rondado los 40 años o los han cumplido en pleno ejercicio profesional y con rendimiento muy satisfactorio”; en segundo término, “la edad avanzada del deportista profesional no es elemento impositivo por sí solo de la calificación de invalidez”⁴⁴.

En pronunciamientos ulteriores la ruptura se convierte en total, pues ya no se trata de alguien con una edad avanzada que sufre una lesión capaz de alejarlo del terreno de juego, sino de quien la padece, se recupera, y sigue jugando diecinueve años más hasta alcanzar los 36 años, momento en el cual, y ya sin empleo, insta la incapacidad. Esta se le concede, “puesto que no existe límite legal o reglamentario para ello, ni tampoco es extraño a la práctica profesional que, a la misma [a esa edad], se continúe con su ejercicio (...), sin tener que ser el más exigente de la liga”. En virtud de tal consideración, “lo cierto es que el actor, pese a su lesión en la veintena siguió trabajando; y, en la actualidad, por su agravación, ya no puede, en el ejercicio de la misma profesión que en el momento del accidente, y no otra”⁴⁵.

El criterio encuentra esporádica y parcial acogida en algún otro Tribunal⁴⁶, pero el mayor respaldo lo obtiene cuando lo hace suyo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual sienta sin ambages –aun cuando *obiter dicta*, para dejar clara su posición– cómo, “si bien no ha de obviarse el hecho de que la vida útil del deportista profesional queda considerablemente mermada por razón de la edad en relación con otros sectores profesionales, ello no debe llevarnos a fijar cotos temporales distintos a los determinados por el legislador, el cual del mismo modo que tuvo a bien otorgar a tal sector profesional relevancia diferenciadora regulando su nacimiento y desarrollo mediante las disposiciones que se contienen en el RD 1006/85 (...), no ha acontecido lo mismo como dicho colectivo profesional respecto a la cuestión debatida –integrándolos en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que en cuanto a la edad para causar pensión de incapacidad permanente se estableciera ninguna matización–, evidenciando la intención del legislador de sometimiento a los criterios

⁴⁴ STSJ 7 septiembre 2005 (Rec. 526/2005); en idéntico sentido, y alejándose del criterio general de su Sala, al poner de manifiesto que no son sus 31 años la causa del apartamiento de las canchas como baloncestista, sino una lesión durante un entrenamiento, es decir, “por causa de un concreto y probado accidente y no de su edad”, STSJ Cataluña 3 abril 2008 (Rec. 583/2007).

⁴⁵ STSJ Cantabria 28 junio 2006 (Rec. 532/2006); reiterando doctrina para un baloncestista de 38 años que, pese a graves dolencias continuó practicando el balonmano como profesión hasta que sufrió una lesión capaz de convertir la prestación en imposible y llevar a la rescisión del contrato, STSJ Cantabria 11 octubre 2007 (Rec. 726/2007).

⁴⁶ Pues se parte de que, en principio, no procedente reconocer la IPT, “atendiendo también a una edad en la que la mayoría de los profesionales han abandonado la práctica deportiva [33 años]. Pero es precisamente esa realidad [la que], al menos para el concreto puesto de portero o guardameta, desmiente la afirmación, no cabiendo hablar tampoco de abandono por su parte de la práctica deportiva voluntariamente (...), porque fue precisamente la falta de superación del reconocimiento médico a que sometió al deportista el club que pretendía contratarle, la determinante de la conclusión de su carrera deportiva”, STSJ Aragón 28 enero 2008 (Rec. 6/2058).

generales (...). Es por ello que, al no existir límite legal o reglamentario respecto de la edad, a salvo la ya referida de jubilación, para el ejercicio profesional de tal deporte, no ha de ser tenido en cuenta tal factor como determinante a los efectos de la incapacidad pretendida”⁴⁷.

3. LA IMPORTANCIA POTENCIAL Y REAL DEL CRITERIO EXPRESADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO. VALORACIÓN FINAL

Criterio formal frente a criterio finalista. He ahí el dilema a resolver por el Tribunal Supremo.

En principio, se alinea claramente con la doctrina “minoritaria”, al discrepar de la solución dada en la sentencia recurrida, que presupone la finalización de la vida activa por la edad de 30 años y no por la incapacidad, argumentando “que no existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada, y que por otro lado, es razonable que a esa edad pueda ejercerse”.

Procederá inferir, a sus resultas, la desaparición en los Tribunales de esa especie de presunción de conformidad con la cual “a los treinta y pico” las retiradas de los deportistas con secuelas de lesiones tienen lugar por razón de edad y no de incapacidad, que ciertamente había llegado a acortar en demasía el promedio de años de ejercicio profesional.

Desde ese punto de vista cabrá, ciertamente, saludar la intervención en unificación de doctrina. Pero, bajo el parecer de quien suscribe, no será factible ir mucho más allá por dos hechos fundamentales: de un lado, los propios Tribunales Superiores de Justicia, en los pronunciamientos de los últimos años, ya había procurado “suavizar” ese tenor, sustituyendo la alusión a una edad concreta por referencias más vagas a una natural decadencia de las aptitudes físicas del deportista con el paso del tiempo; de otro, la última frase del propio Tribunal Supremo (“es razonable que a esa edad pueda ejercerse”) va a permitir seguir manteniendo—incluso a partir de modelos estadísticos de sencilla construcción—la idea de que, a partir de cierto momento de la carrera de un deportista, quepa inferir que es excepcional la posibilidad de continuar desempeñando la profesión.

A resultas de tales datos parece sencillo colegir que la brecha entre los pareceres encontrados en suplicación continuará abierta, y mientras para algunos seguirá siendo factible retrotraer las secuelas a una lesión primigenia aun cuando medien incluso años de normal ejercicio profesional desde una antigua lesión, para otros el interesado habrá de seguir en activo a la espera de una lesión que “lo retire” si quiere tener una prestación de IPT, pues en otro caso será la pérdida natural de aptitud la causante de su no continuidad en el deporte.

Descubierta la punta de iceberg de un problema evidente ya en el momento de la incorporación al Régimen General de la Seguridad Social sin introducir peculiaridad alguna, no hace falta indagar en profundidad para ver que del mismo penden otras cuestiones de entidad que suponen otros tantos frentes abiertos. Noticia ha quedado de la desaparición de la mejora voluntaria por IPT en los principales convenios estatales del deporte profesional, pero

⁴⁷ Citando el precedente dado por la STSJ Madrid 11 septiembre 2006, la tesis que se asienta en STSJ Madrid 3 octubre 2009 (Rec. 414/2009) y se recuerda como criterio de la Sala —aun cuando se resuelve sin entrar en tal debate— en STSJ Madrid 29 julio 2012 (Rec. 554/2012).

a la misma cabe unir, por ejemplo, la discrepancia notable sobre la interpretación de la indemnización prevista en el art. 13 d) RD 1006/1985 en favor de aquel cuyo contrato se extinga por declaración de incapacidad permanente⁴⁸, o la delimitación de la profesión habitual –y la fijación del hecho causante– cuando a la práctica del deporte ha seguido la de otra profesión durante un mayor o menor espacio de tiempo⁴⁹.

Todo lo expuesto clama por una necesaria intervención, no del Tribunal Supremo (pues ya es excepcional, y además resulta de efectos limitados), sino del legislador, ordenada a proporcionar adecuada respuesta a cuanto clama por una regulación acorde con la singularidad de la relación, bajo el riesgo de adaptaciones circunstanciales y abiertas a un casuismo en que las peculiaridades de la actividad difícilmente se amoldan al esquema general o común⁵⁰, justificando de manera clara un sistema especial⁵¹, donde el nivel de exigencia física es

⁴⁸ En los Tribunales, baste constatarlo, antes de la primera unificación de doctrina, en SSTSJ Cantabria 13 octubre 1993 (Rec. 664/1993), Cataluña 18 enero y 26 junio 1998 (Sent. 147/1998 y 4382/1998), Comunidad Valenciana 30 noviembre 1999 (Rec. 4260/1996) o Andalucía/Sevilla 19 enero 2000 (Rec. 1279/1998).

Sentado criterio jurisdiccional por STS 2 marzo 2004 (Rec. 2820/2003), la cuestión siguió abierta al debate, conforme recogen, por ejemplo, las SSTSJ Aragón 20 septiembre 2005 (Rec. 624/2005), Murcia 5 diciembre 2005 (Rec. 1247/2005), 6 febrero 2006 (Rec. 7/2006) y 12 febrero 2007 (Rec. 453/2006), Castilla-La Mancha 9 febrero 2006 (Rec. 1504/2004), Cataluña 14 marzo 2006 (Rec. 251/2004) y 12 noviembre 2009 (Rec. 5615/2008), País Vasco 13 febrero 2007 (Rec. 2859/2006), Madrid 22 octubre 2008 (Rec. 3415/2007) o Asturias 3 abril 2009 (Rec. 91/2009).

Con un nuevo pronunciamiento en unificación de doctrina a través de la STS 10 junio 2010 (Rec. 4394/2008), el debate aún dista de estar cerrado, según muestran las SSTSJ Cataluña 2 diciembre 2010 (Rec. 5484/2009) y 7 octubre 2011 (Rec. 5843/2010), Andalucía/Granada 12 enero 2011 (Rec. 2488/2010) o Castilla y León 24 abril 2014 (Rec. 458/2014).

En la doctrina científica, y amén de las obras citadas al hilo de la mejora voluntaria, cabe remitir a los distintos pareceres que recogen VELASCO, M., “Comentario de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2004, sobre los deportistas profesionales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 638, 2004, BIB/2004/1585; GARCÍA SILVELO, E. A., *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 156-159 o FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “La indemnización del artículo 13 d) RD 1006/1985 y la Seguridad Social”, en *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.), y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVELO, E. A. (coords.), cit., pp. 631-645.

⁴⁹ Entre muchas más, SJS, núm. 4, Murcia 29 septiembre 2000 (Rec. 873/1999) y SSTSJ Navarra 29 julio 2002 (Rec. 170/2002); Cataluña 23 febrero 2004 (Rec. 8741/2002), 28 mayo 2007 (Rec. 2572/2006), 21 abril y 22 septiembre 2008 (Sent. 2844/2008 y Rec. 5591/2007), 21 abril 2009 (Rec. 445/2008) y 20 febrero 2012 (Rec.262/2011); Castilla y León/Valladolid 28 febrero 2005 (Rec. 129/2005); Cantabria 30 junio 2005 (Rec. 300/2005); Asturias 20 abril 2007 (Rec. 1619/2006); Murcia 18 junio 2007 (Rec. 676/2007); Aragón 28 enero 2008 (Rec. 6/2008); Galicia 18 septiembre 2008 (Rec. 525/2008) o Baleares 25 febrero 2015 (Rec. 345/2014).

En la doctrina, excelente el planteamiento, entre otros, de TRILLO GARCÍA, A., “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de septiembre de 2008”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009, pp. 263-271 y, del mismo autor, “Incompatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo para la profesión de futbolista y la pensión de incapacidad permanente total para la profesión de especialista derivada de enfermedad común”, *Revista de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, pp. 255-293; HIERRO HIERRO, F. J., “Incapacidad permanente total, profesión habitual y contingencia causante: el caso del jugador de baloncesto ocupado en labores de conductor de autobús”, cit., pp. 312-313 o DEL VALLE DE JOZ, J. I., “Incapacidad permanente total para la práctica del fútbol profesional una vez finalizada la carrera deportiva”, cit., pp. 207-211.

⁵⁰ ROQUETA BUI, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 512-516.

⁵¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Balance y perspectivas de futuro de la Seguridad Social de los deportistas profesionales”, cit., pp. 112-113.

fundamental y no solo lesiones, sino inevitablemente la edad, han de jugar como riesgos con entidad propia⁵².

Propuestas sugerentes no faltan por cuanto hacen a la IPT: desde que, dado el escaso período de carencia, se establezcan cotizaciones especiales por riesgos profesionales⁵³, pasando por la eliminación de la pensión vitalicia y su sustitución por una indemnización a tanto alzado⁵⁴, hasta confiar tal protección a la Mutalidad de Deportistas Profesionales⁵⁵ o, genéricamente, considerar que el sistema de previsión social complementaria es el llamado a mejorar y garantizar la protección de deportistas después de haber cesado en su actividad laboral⁵⁶.

La ausencia de ideas alternativas no será, por consiguiente, el problema fundamental; más bien cabrá situar este en la pasividad y/o ausencia de voluntad a la hora de proporcionar solución a cuanto cabe considerar un despropósito desde el inicio de su andadura.

⁵² MANRIQUE LÓPEZ, V. F., “La Seguridad Social de los deportistas profesionales”, cit., p. 140.

⁵³ ALEMÁN CALABUIG, M., “El Acuerdo de Medidas de Seguridad Social y su impacto en la incapacidad de los deportistas”, cit., pp. 529-530.

⁵⁴ OLMEDO JIMÉNEZ, A. y MATEO SIERRA, J. M., “Aspectos críticos de la última doctrina judicial en materia de incapacidad permanente total de los deportistas profesionales”, cit., p. 527.

⁵⁵ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales”, cit., pp. 213-214.

⁵⁶ PALOMAR OLMEDA, A., “Los sindicatos en el deporte español”, *Revista Jurídica de Deporte y Entrenamiento*, núm. 13, 2005, pp. 236-237.

Efectos económicos del recargo de prestaciones Fecha de inicio de los Efectos Económicos del Recargo de Prestaciones (al hilo de la STS de 20-9-2016)

Date of Initiation of the Economic Effects of the Surcharge of Benefits

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

El Tribunal Supremo aborda la determinación de la fecha de efectos económicos del recargo de prestaciones por ausencia de medidas de seguridad, en el contexto del conjunto de sus resoluciones previas y, sobre todo, profundizando en la compleja naturaleza jurídica del recargo de prestaciones de la Seguridad Social. De acuerdo con dicha naturaleza compleja el recargo no sólo es una sanción, sino que también tiene carácter de prestación. Ello se corresponde con la línea jurisprudencial anterior, pero en esta sentencia aclara el Tribunal Supremo que el recargo tiene sustantividad propia respecto a la prestación de la Seguridad Social. Y por ello el artículo 43.1 LGSS se debe aplicar al recargo de forma separada.

Abstract

The Supreme Court addresses the determination of the date of economic effects of the surcharges of benefits due to the absence of security measures, in the context of all previous resolutions of the Supreme Court and, in particular, of the complex legal nature of the surcharges. In accordance with this complex nature, the surcharge is not only a sanction, but also a benefit. This corresponds to the previous line of the Court. But in this judgement it is clarified that the surcharge has its own substantivity, with respect to the provision of Social Security. And therefore Article 43.1 LGSS should be applied to the surcharge separately.

Palabras clave

seguridad social; enfermedad profesional; recargo de prestaciones; efectos económicos

Keywords

social security; occupational disease; surcharge of benefits; economic effects

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La STS del pasado 20 de septiembre de 2016¹ es de gran interés en la medida en que aborda la determinación de la fecha de efectos económicos del recargo de prestaciones por ausencia de medidas de seguridad; lo que afronta en el contexto del conjunto de resoluciones previas del Tribunal Supremo y, sobre todo, profundizando en la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, como vía necesaria para la valorar la producción de sus efectos jurídicos.

El supuesto de hecho originador del litigio procesal se refiere a un trabajador de la empresa Uralita S.A. que, tras haber prestado servicios en el centro de trabajo de dicha empresa en Cerdanyola durante veintiséis años (desde el 7 de marzo de 1956 hasta el 20 de abril de

¹ STS de 20-9-2016 (RJ\2016\4891), sentencia núm. 753/2016, que decide –y estima parcialmente– el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3346/2015 (habiendo sido ponente el Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez).

1982), desarrolló la enfermedad de asbestosis pulmonar con alteración ventilatoria severa (habiendo trabajado en un entorno de fabricación de elementos del conocido fibrocemento, en cuya composición existe un 10% de amianto). Como consecuencia de ello el 10 de marzo de 2011 fue declarado en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional.

Es importante que el trabajador afectado puso en marcha a partir de ahí sendas reacciones jurídicas. La primera de ellas consistió en la interposición el 14 de julio de 2011 de una demanda por responsabilidad civil derivada de la mencionada incapacidad, demanda que fue estimada, condenándose a la empresa al abono de la cantidad de 30.00 euros por daños y perjuicios². La segunda reacción –que es la que realmente interesa aquí– tuvo lugar algunos días más tarde, concretándose en la incoación de un expediente de recargo, presentando el interesado la correspondiente solicitud el 23 de julio de 2011, siendo resuelto dicho expediente por el INSS mediante resolución de 26 de septiembre de 2012. En dicha resolución se declaró la ausencia de medidas de seguridad adecuadas, adoptándose como consecuencia de ello, en primer lugar, la decisión de imponer a la empresa de un recargo del 30% sobre la prestación de incapacidad permanente; estableciéndose, en segundo lugar, los efectos de dicho recargo desde la misma fecha de la resolución en la que se reconoció la incapacidad permanente. Podemos adelantar que la primera de las decisiones de la mencionada resolución fue posteriormente confirmada en sede judicial –aumentándose incluso el porcentaje del recargo al 50%–, siendo la segunda decisión la que generó el debate planteado posteriormente en el recurso de suplicación ante el Tribunal Supremo. Pero, en la medida en que los dos pronunciamientos de la resolución se basan en la inexistencia de medidas de seguridad adecuadas, debemos indicar que una parte muy importante de la declaración de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social se dedica –de manera bastante farragosa– a la explicación de la ausencia de tales medidas –especialmente con anterioridad a 1977³–,

² Decisión que fue ratificada en recurso de suplicación por medio de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 23 de julio de 2013 (PROV 2013, 340590).

³ La Declaración de Hechos Probados de la indicada Sentencia se hace eco de esta situación, que explica con gran detalle en los Hechos 3º a 7º. Fue en este sentido muy importante el Informe Técnico del Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo, emitido el 10 de marzo de 1977, que constató la realidad anterior y generó un cambio esencial. La propia sentencia se encarga de recordar “que el actor trabajó en la empresa URALITA, S.A. como operario desde el 7 de marzo de 1956 a 20 de abril de 1982” (Hecho 3º). Es relevante dicha constatación por el retraso en la prohibición legal del uso de amianto, puesto que sólo a partir de 1982 se exigió no superar el nivel de 2 partículas por centímetro cúbico, cuando anteriormente el nivel permitido era de hasta 175 partículas por centímetro cúbico. Como la sentencia reconoce, no se podía constatar que la empresa superase la cantidad de amianto legalmente permitida vigente en el tiempo de vida laboral del trabajador, aunque tampoco con anterioridad a 1977 se realizaban mediciones fiables. Por ello el mencionado Informe Técnico (del Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo) resultó fundamental, ya que analizó la situación de higiene laboral en la empresa y realizó recomendaciones concretas (anticipándose a los cambios normativos), lo que dio lugar a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En efecto, el Informe Técnico, si por un lado acudía a la regulación vigente en aquel momento, que establecía en 175 partículas por centímetro cúbico el nivel permitido de tratamiento de amianto (Real Decreto 2414/1961, Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas), criticaba por otro lado que dicha cuantía (basada en estudios realizados en 1938) había sido muy significativamente alterada en la legislación comparada, no sólo por el transcurso de un largo lapso de tiempo, sino, sobre todo, por los estudios (más recientes) que habían evidenciado la relación entre el desarrollo de cáncer pulmonar y la inhalación de amianto (especialmente de crocidolita, que es la forma de amianto más activa). Por tanto en dicho Informe se consideraba exigible la aplicación, como cantidad máxima permitida en ocho horas de exposición diaria, de 2 partículas por centímetro cúbico, límite que se consideraba rebasado en una gran cantidad de puestos de trabajos, y también en un número importante de ellos se apreció que una parte considerable del amianto era crocidolita, lo cual agravaba el posible riesgo cancerígeno atribuible a dichos

pudiendo citarse, a modo de síntesis, el grado de rotundidad con que alude a “la relación de causalidad entre el incumplimiento de URALITA S.A. de sus obligaciones preventivas y la enfermedad del actor” (Hecho 8º), haciendo suyas las palabras del Informe de la Inspección de Trabajo:

“En el caso que nos ocupa la omisión de todo el conjunto de las medidas de seguridad descritas, como las relativas a la extracción localizada del contaminante, protección respiratoria, limpieza de los locales de trabajo, etc... no cabe duda que supuso un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, riesgo que se manifestó finalmente en asbestosis, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado lesivo no hubiese llegado a producirse. La asbestosis se produce exclusivamente a través del contacto con fibras de amianto”.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Planteamiento del debate

Fue el recargo, y su diferente valoración por las partes, lo que originó posteriormente el litigio judicial, puesto que tanto el beneficiario como la empresa interpusieron demanda judicial, tras las respectivas reclamaciones previas. La demanda del trabajador solicitaba aumentar el recargo al 50%, en tanto que la empresa pedía en su demanda que quedara sin efecto la resolución administrativa de imposición del recargo (por pretendida inexistencia de actitud negligente o infractora) y, de forma subsidiaria, que el efecto económico de dicho recargo comenzara a partir de la fecha de tres meses previos a la de la solicitud, y no desde la declaración de la incapacidad permanente (siendo esta segunda solicitud la que, como se sigue

puestos. A partir de ahí el Informe efectuaba recomendaciones concretas sobre medidas de seguridad, como la necesidad de realizar la limpieza general de locales e instalaciones por aspiración, la utilización obligatoria de equipos de protección respiratoria o la necesidad de prestar atención a la eficacia de los filtros de los equipos de aspiración, para asegurar una eliminación total de las partículas. El 15 de marzo de 1977 (es decir, 5 días más tarde), la Inspección Provincial de Trabajo ordenó a la empresa URALITA, S.A. la suspensión de una determinada relación, en coherencia con el mencionado Informe Técnico, a partir de lo cual la empresa comenzó a activar un conjunto de medidas preventivas en distintos frentes. Pero no fue hasta julio de 1982 cuando, mediante la Orden Ministerial de 21-7-82 del Ministerio de Trabajo (BOE nº 191), se estableció legalmente el límite medio de 2 partículas por centímetro cúbico para exposiciones de 8 horas diarias y 40 horas semanales (con un valor máximo de 10 partículas por centímetro cúbico que no podía superarse en ningún momento de la exposición). Con posterioridad, y como consecuencia de la necesaria transposición de normas comunitarias, pueden mencionarse otras normas importantes, como el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto, que cumplía la con la obligación de transponer la Directiva 83/477/CEE, lo que se hizo mediante la OM de 31-10-84 (BOE nº 267), modificada posteriormente por la OM de 7-1-87, sobre Normas Complementarias del Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto (BOE nº 13) y la OM de 26-7-93, que modificaba los artículos 2, 3 y 13 de la primera OM, así como el artículo 2 de la segunda OM mencionada (BOE nº 186). También debe mencionarse la Orden de 7-12-2001, por la que España transpuso la Directiva Comunitaria 1999/77/CE, por la que se prohíbe el uso y comercialización de todo tipo de amianto y de los productos que lo contengan. Interesa igualmente, a nivel internacional, la ratificación por parte de España, en 1990, del Convenio 162 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación a los trabajos con riesgo de amianto (publicada en el BOE nº 281). Téngase en cuenta por último que el 11-10-2006 entró en vigor el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, actualmente en vigor.

exponiendo, constituiría el objeto litigioso decidido finalmente por parte del Tribunal Supremo en el recurso de casación).

El Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, que conoció de ambas demandas acumuladas, dictó sentencia a favor del trabajador –elevando el recargo al 50%–, desestimando íntegramente las pretensiones de la empresa, lo que fue confirmado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴. Tras lo cual la empresa Uralita S.A. interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina “alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, de fecha 2 de diciembre de 2013⁵; así como la infracción del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 123 y 127 de la misma Ley”. A partir de aquí, en base a los mencionados motivos del recurso, se centra el debate, lo que en realidad significa que se restringe, ya que en un principio se planteó en términos más amplios, incluyendo como primer elemento el asunto del establecimiento o no del recargo (y la consiguiente determinación de su porcentaje). Ahora, en la formulación del recurso de casación, queda el debate reducido al segundo de los elementos en su día planteados: la determinación de la fecha a partir de la cual se han de producir los efectos del recargo; aunque el Tribunal Supremo considera que no puede decidir dicha cuestión si no es en conexión directa con la consideración de la naturaleza jurídica de dicho recargo.

La STSJ de Cataluña, recurrida en casación por unificación de doctrina, decidió retrotraer los efectos del recargo a la fecha de la resolución en que se reconoció la incapacidad permanente –10-3-2011–, aduciendo, mediante cita literal de sentencias anteriores de la misma Sala, que los recargos económicos “se extienden en la misma amplitud que el de las distintas prestaciones de seguridad social que se puedan ir devengando desde el momento en que se produce el hecho que genera la enfermedad o el accidente”. Ello significaba no aplicar al recargo el artículo 43.1 de la LGSS de 1994 (art. 53.1 en la Ley actualmente vigente), que establecía que los efectos del reconocimiento de las prestaciones han de producirse a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud⁶. En cambio la STSJ Castilla y León (sede de Valladolid) de 2-12-2013 (invocada como sentencia de contraste para el recurso de casación para la unificación de la doctrina) sí aplica la retroactividad establecida en el art. 43.1, argumentando para ello la naturaleza esencialmente prestacional del recargo. Queda así totalmente centrado el debate. Sin embargo, nótese que la solución adoptada por la STSJ de Cataluña difiere de la de la STSJ Castilla y León, no en el carácter o naturaleza –prestacional o no– del recargo, puesto que no se plantea dicha consideración, sino que se distingue estrictamente en la no aplicación al recargo de la retroactividad establecida en el artículo 43.1 LGSS.

⁴ STSJ Cataluña de 8-7-2015 (PROV 2015, 229967), recurso de suplicación 2399/2015.

⁵ PROV 2013, 381757.

⁶ “El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud” (art. 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; ha pasado a ser el art. 53.1 en el nuevo Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

2.2. Compleja naturaleza jurídica del recargo de prestaciones

Para el Tribunal Supremo los efectos del recargo de prestaciones sólo pueden ser aclarados partiendo de la “compleja naturaleza jurídica” del mismo, residiendo dicha complejidad en que su carácter sancionador o preventivo es compatible con el hecho de que “cuando estemos en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo, éste habrá de aproximar su régimen jurídico, hasta donde sea jurídicamente posible, al que resulte propio de las prestaciones de Seguridad Social”⁷. Y, más adelante añade (en el mismo F.J. 3º), como consecuencia de la misma complejidad de su naturaleza jurídica, “que ciertamente se desprende del artículo 123 LGSS [actual art. 164 en el nuevo Texto Refundido] que cuando se reconoce el recargo, éste va unido de manera esencial e inseparable a una prestación de Seguridad Social causada en contingencias profesionales, *pero también resulta claro que el propio recargo tiene de alguna manera sustantividad propia*”.

La alusión, por parte del Tribunal Supremo, a la singularidad especial de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, es decir, a un carácter híbrido, como combinación del carácter sancionatorio –o preventivo– y del carácter prestacional –o indemnizatorio– viene a coincidir con la teoría mantenida al respecto por un importante sector de la doctrina laboralista. No podemos dejar de mencionar en este sentido –entre otros autores– al Profesor Monereo, quien desde hace ya tiempo viene defendiendo la naturaleza compleja o mixta del recargo (su doble dimensión: punitiva y reparadora), por la combinación de su carácter sancionador junto con un componente indemnizatorio (debido al perjuicio causado por el siniestro laboral), habiendo resaltado en este tipo de sanción extraordinaria (“sanción compleja unitaria”, entre lo público y lo privado) su modernidad, puesto que “son justamente este tipo de sanciones complejas las que han demostrado mayor eficacia para atender a los fines perseguidos”⁸.

⁷ El Tribunal Supremo cita sentencias anteriores en las que –reconsiderando una línea precedente–, se sostiene que prevalece la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva cuando se trata de la aplicación de los efectos contemplados en la normativa de la Seguridad y están en juego los derechos de los beneficiarios. Así, p.e., SsTS 23-3-2015 (RJ 2015, 1520), 14-4-2015 (RJ 2015, 2806), 5-5-2015 (RJ 2015, 2408), 18-5-2016 (RJ 2016, 2493).

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, Madrid, Civitas, 1992, págs. 22-89; Vid. también del mismo autor “La responsabilidad de Seguridad Social. El supuesto especial del recargo de prestaciones”, Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales, 1, 2004, págs. 11-25; “La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y Régimen Jurídico”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), Tratado Práctico a la Legislación Reguladora de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Granada, Comares, 2005, págs. 747-762; igualmente el ensayo del mismo autor titulado “El recargo de prestaciones” en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS MARÍN, P. (dirs.), Tratado de Salud Laboral, Pamplona, Aranzadi, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº extra 1, 2016, págs. 85-92; MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El recargo de prestaciones y la nueva doctrina jurisprudencial. Una reflexión crítica a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y de 23 de marzo de 2015”, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 12, 2015, págs. 89-97; MOLINA NAVARRETE, C., “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva ‘modernidad’ de una institución jurídica clásica”, REDT, 79, 1996, págs. 787-828; CRUZ VILLALÓN, J. y JOVER RAMÍREZ, C., “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”, *Temas Laborales*, 50, 1999, págs. 245-276; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Elcano (Pamplona), Aranzadi, 2001; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “El recargo de prestaciones: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 53, 2004, págs. 395-437; PURCALLA BONILLA, M.A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud*

2.3. Fecha de efectos del recargo

La sentencia comentada llega, en base a la compleja naturaleza del recargo de prestaciones, a la consecuencia de que resulta incuestionablemente de aplicación el artículo 43.1 LGSS, que en su parte final establece una retroacción de tres meses desde el momento de la solicitud (del propio recargo). Pero el verdadero fundamento de esta consecuencia no está única ni principalmente en el carácter indemnizatorio –o prestacional– del recargo, compatible con su cariz esencial sancionatorio, sino en su singularidad o naturaleza *sui generis*. Dicho en otros términos, la cuestión verdaderamente importante no es que se ha de aplicar el artículo 43.1, sino que está en el cómo de dicha aplicación: una aplicación de la prescripción y de la retroactividad del recargo de forma separada, en virtud de su sustantividad propia (respecto a la prestación de Seguridad Social a la que complementa)⁹. Según afirma la sentencia –en su F.J. 3º– “esa naturaleza del recargo próxima a la prestacional cuando aplicamos normas relativas a las prestaciones de Seguridad Social y a la vez la sustantividad o existencia propia e independiente del mismo se ha de poner entonces de relieve cuando de la aplicación de los efectos de su reconocimiento se refiere [sic], de tal manera que resulta insoslayable la aplicabilidad del número 1 del artículo 43.1 LGSS”. En dicha norma –se continúa diciendo– se hace alusión, al regular los efectos del reconocimiento, “tanto a prestaciones prescriptibles como imprescriptibles (...), de manera que el recargo contemplado en la forma que hemos razonado, producirá sus efectos económicos sobre la prestación o prestaciones reconocidas –o que se reconozcan después– con una retroacción de tres meses únicamente, y no desde la fecha de la prestación –que es independiente– que hubiese sido reconocida”. De esta manera el Tribunal Supremo concluye que la fecha de de efectividad del recargo no puede ser el 10 de marzo de 2011 –que es la fecha en que se declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente, sino el 23 de marzo del mismo año, por coincidir con la retroacción de tres meses desde el momento en que el interesado presentó la solicitud de establecimiento del recargo.

VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA (RECAPITULACIÓN).

La sentencia comentada posee ciertamente una gran relevancia porque, aunque no puede considerarse novedosa en la defensa del carácter indemnizatorio del recargo de prestaciones (junto al carácter sancionatorio), sino que, en relación a ello, se apoya en un número significativo de sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo, ofrece

laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva, Granada, Comares, 2000; GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de Seguridad y Salud en el trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2003 (3ª ed.); MUÑOZ MOLINA, J., “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 59, 2005, págs. 143-169; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Madrid, Tecnos, 2006; RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., “El recargo de prestaciones: puntos críticos sobre el procedimiento de reconocimiento”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015, págs. 1-32.

⁹ El Tribunal Supremo añade que esa sustantividad propia se basa en el hecho de que puede prescribir la acción para el reconocimiento del recargo por el transcurso de cinco años y porque, por las circunstancias que sean, puede existir la prestación de Seguridad Social sin que exista ningún recargo reconocido. A título ejemplificativo, en relación al primer argumento, cita la STS 19-7-2013 (RJ 2013, 7304) la STS 12-11-2013 (RJ 2014, 489) y la STS 18-12-2015 (RJ 2015, 6415).

importantes aportaciones, como se acaba de exponer, que pueden sintetizarse en estos cinco puntos:

Hay una escasa diferencia –de sólo 13 días– entre la fecha decidida por la sentencia del Tribunal Supremo para el inicio de efectos del recargo, y la fecha acogida por la sentencia recurrida del TSJ de Cataluña.

Por lo tanto el interés del fallo no está en esa diferencia de 13 días, sino en el hecho de que se ha de aplicar el art. 43.1 LGSS, como hizo la sentencia de contraste del TSJ de Castilla y León, aunque no en atención a la “naturaleza esencialmente prestacional” del recargo a la que alude dicha sentencia de contraste.

Efectivamente el Tribunal Supremo vincula de forma muy estrecha el efecto económico del recargo (y su fecha inicial) con la naturaleza jurídica del mismo; pero aprovecha la oportunidad para ofrecer una visión mucho más clara respecto a dicho asunto, en la línea de la mejor doctrina científica sobre la compleja naturaleza del recargo.

Como consecuencia de dicha concepción compleja distingue entre la consideración prestacional del recargo (que ya venía siendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, en términos de compatibilidad con su carácter sancionatorio) y el hecho de que el recargo no ha de confundirse con la prestación de la Seguridad Social, sino que tiene independencia y sustantividad propia; motivo por el cual el artículo 43.1 LGSS se ha de aplicar al recargo de forma separada de la prestación a la que complementa.

Debe decirse por último que la claridad que ofrece la sentencia se ve aumentada por presentar una visión bastante completa sobre el recargo, incluyendo una pluralidad de aspectos sobre el mismo.

RETA y SETA. El incremento del 20 % en la Incapacidad permanente total cualificada y su posible inconstitucionalidad en los requisitos de acceso

RETA Y SETA. The increase of 20 % in the permanent total qualified Disability and his possible unconstitutionality in the requirements of access

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD. DTO. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE VALENCIA.

EX-MAGISTRADA SUPLENTE, SALA SOCIAL. TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

Resumen

El acceso a la pensión de incapacidad permanente total cualificada en el RETA y en el SETA recibe un tratamiento muy desigual en comparación con los trabajadores por cuenta ajena. La exigencia de que no sean titulares de sus propios medios de producción o de ostentar la condición de arrendatarios podría ser inconstitucional por suponer un trato desigual con los trabajadores por cuenta ajena, a la vez que puede estar vulnerando el derecho a la propiedad privada e ir contra las normas de encuadramiento en el sistema de Seguridad Social.

Abstract

The access to the pension of permanent total disability qualified in RETA and in the SETA, it gets a very unequal treatment in comparison with the workers for foreign account. The exigency of which they are not holders of his own means of production or of showing the lessees' condition might be unconstitutional for supposing an unequal treatment with the workers for foreign account, simultaneously that can be damaging the right to the private property and going against the procedure of straddle in the system of National Health Service.

Palabras clave

Incapacidad permanente; seguridad social; incompatibilidad; autónomos; actividad agraria

Keywords

Permanent Disability; social safety; incompatibility; autonomous; agrarian activity

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Incapacidad permanente total de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General (en adelante, RGSS) aparece descrita en el artículo 194.1 LGSS¹ y se caracteriza porque inhabilita al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta². El grado de total exige que el trabajador no pueda realizar ninguna de las tareas de su profesión habitual o esté inhabilitado

¹ Para el cómputo del período mínimo cotizado exigible sirve el cómputo de las gratificaciones extraordinarias (STS de 28-1-2013, rec. 812/2012).

² STSJ de la C. Valenciana de 6-2-2015, rec. 3045/2014.

para la realización de las fundamentales tareas de su profesión habitual (STSJ de Cataluña de 1-7-2016, rec. 1260/2016; STSJ de Navarra de 17-11-2014, rec. 469/2014)³.

En la calificación de este grado impera la descripción detallada de las tareas que el trabajador realizaba en su profesión habitual⁴, que no debe confundirse con su grupo profesional (STS de 28-2-2005, rec. 1591/2004; STSJ de Extremadura 14-7-2005, rec. 60/2005; STSJ de Madrid de 17-7-2006, rec. 1681/2006). No obstante, resulta posible compatibilizar dos pensiones de Incapacidad permanente total si procede de actividades distintas (STSJ de Andalucía /Granada de 16-7-2015, rec. 941/2015; STSJ de la C. Valenciana de 31-3-2015, rec. 2730/2014), pero no es posible compatibilizar dos pensiones de distintos regímenes si las lesiones son las mismas (STSJ de Cataluña de 7-3-2016, rec. 6997/2015). A la vez resulta posible compatibilizar la pensión de incapacidad permanente total con la pensión de jubilación parcial procedente de una actividad posterior compatible con el grado de incapacidad permanente (STS 28-10-2014, rec. 1600/2013; STSJ de Cataluña 14-3-2014, rec. 5428/2013).

Dentro del grado de incapacidad permanente total resulta posible percibir una cantidad superior cuando nos encontramos en lo que se denomina por la doctrina incapacidad permanente total “cualificada”. Esta situación se produce cuando el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente total alcanza una determinada edad. La edad que permite el acceso a dicha situación es la de 55 años. En este sentido, el artículo 196.2.2º párrafo LGSS determina que los “declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”.

La normativa reguladora de la cuantía de la total “cualificada” se encuentra recogida en el artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, sobre prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social⁵, la cual trae su causa del art. 11.4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio⁶, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

³ STSJ de Madrid de 6-7-2016, rec. 327/2016, el cual sufre sensibilidad química múltiple e hipersensibilidad electromagnética.

⁴ PEREZ ALONSO, M^a. A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009, P. 272; ROQUETA BUJ, R.: “La incapacidad permanente”, en AA.VV.: Derecho de la Seguridad social. Editorial Tirant. Valencia, 2015, p. 345; BLASCO LAHOZ, J.F. y LOPEZ GANDIA, J.V.: Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2015, p. 447.

⁵ Artículo 6 D 1646/1972, de 23 de junio, determina que el Incremento de la pensión de incapacidad permanente total es el siguiente: 1. El derecho a incremento de la pensión por incapacidad permanente total previsto en el número cuatro del artículo 11 de la Ley 24/1972 se reconocerá, en su caso, a los trabajadores declarados en dicha situación a partir del 1 de julio de 1972, siendo competente, a estos efectos, el mismo Organismo que reconozca o hubiere reconocido la pensión; 2. El requisito de edad exigido en el precepto legal citado será, como mínimo, de 55 años; 3. El incremento a que el presente artículo se refiere consistirá en un 20 por ciento de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión; 4. El incremento quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo.

⁶ Art.11.4 Ley 24/1972 expresa que los “Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el número anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y

Este incremento es incompatible con el trabajo o con la realización de tareas análogas (STSJ de Cantabria 10-4-2000, rec. 1291/1998) y con las prestaciones por desempleo (STSJ de Cataluña 25-11-2015, rec. 4713/2015)⁷. Precisamente, el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 determina que el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo. Cuestión distinta se plantea si resulta posible el percibo de la prestación por desempleo cuando el trabajador es declarado incapacitado permanente en el empleo compatible con la primera incapacidad permanente (STS 3-3-2014, rec. 1688/2013).

Así, por tanto, la graduación de total cualificada se obtiene por aquellos que habiendo sido calificados de inválidos permanentes en su profesión habitual, reúnen una serie de circunstancias, como es la falta de preparación o el lugar de residencia, esto es, las circunstancias que rodean al trabajador hace muy difícil obtener otro empleo distinto a su profesión habitual, compatible con la pensión de incapacidad permanente total obtenida.

El reconocimiento de esta pensión, denominada “cualificada”, exige dos condiciones: 1ª) que el beneficiario tenga 55 años de edad; 2ª) que concurren las circunstancias de falta de preparación general o especial, y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia. La acreditación de tales requisitos permite presumir la previsible dificultad para encontrar un empleo compatible con la capacidad laboral residual del beneficiario de la pensión de invalidez permanente total. Es más, los tribunales reconocen el incremento del 20% con solo acreditar el requisito de edad, sin necesidad de probar la dificultad de encontrar un trabajo en una profesión distinta a la que venía desarrollando, de forma habitual, pues tal extremo constituye un “hecho notorio” por las circunstancias socioeconómicas y el elevado nivel de desempleo existentes en nuestro país (por todas, STS de 4 marzo 1992; STSJ Galicia 15-7-2014, rec. 695/2012), esto es, hay un cierto automatismo en el reconocimiento de este incremento del 20% (STSJ de Castilla de Castilla-La Mancha 4-4-2005, rec. 1550/2004).

De esta manera cuando se acredite dificultades para encontrar empleo y falta de formación, además de la edad de 55 años se percibirá el incremento del 20%⁸, esto es, a groso modo, la característica principal de la “cualificada” reside en obtener una mayor cuantía en la pensión de incapacidad permanente.

Este incremento no tiene el carácter de otra pensión sino que es un complemento de la misma, si bien tiene una cierta autonomía para su reconocimiento y está sometido al plazo de reconocimiento de 5 años (STS 12-3-2007, rec. 4885/2005). El incremento del 20% tiene carácter prestacional (STS 29-11-2010, rec. 3355/2009).

De este modo, la total cualificada permite al trabajador obtener un incremento de la pensión consistente en un 20% sobre la base reguladora de la incapacidad permanente total, al alcanzar la edad de 55 años. Precisamente, sobre la constitucionalidad de la exigencia de edad, se pronunció la STC 137/1987, de 22 de julio, que la declaró procedente, por razones financieras. Para el reconocimiento de la total cualificada es suficiente la edad de 55 años y la profesión del trabajador (STS 4-3-1992).

circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”.

⁷ PEREZ ALONSO, M^a.A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Ob. Cit., p. 273.

⁸ PEREZ ALONSO, M^a.A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Ob. Cit., p. 273.

De este modo, cabe destacar que este incremento en la pensión no pierde, en mi opinión, su naturaleza de prestación contributiva y obsérvese, por tanto, que no está condicionado a un límite en el nivel de rentas del trabajador por cuenta ajena sino que, simplemente, está sujeto a que el incapacitado no tenga trabajo en otra profesión distinta a la habitual o que no perciba prestaciones de desempleo, lógicamente, procedente de algún empleo perdido en profesión distinta a la habitual, de la que trae causa la incapacidad permanente total y, por ende, que haya sido compatible con el grado de total para la profesión habitual.

Cabe advertir, que es posible percibir el incremento del 20%, aun cuando el trabajador por cuenta ajena tenga rentas millonarias procedentes de activos financieros, patrimoniales, de inmuebles, etc. siempre que lo que no tenga sea trabajo en una profesión distinta y además, reúna el condicionante de la edad de 55 años.

Por el contrario, para la total cualificada de los trabajadores por cuenta propia cuya actividad sea autónoma, propiamente dicha, o una actividad autónoma de carácter agraria, se les exige que no tengan la titularidad o la condición de arrendatario de sus propias tierras, cuando es evidente que la titularidad de las tierras se mantiene de generación en generación por ser un bien, altamente estimado y con claras connotaciones afectivas y familiares, en suma, la norma pretende que se renuncie a los bienes que han servido para el sustento del autónomo, para que pueda ser merecedor de la “total cualificada”, un absurdo de la propia norma que no tiene justificación y que estaría conculcando, de un lado, el derecho a la propiedad privada y, de otro lado, chocaría con el más elemental principio de igualdad de trato entre trabajadores del RGSS y RETA y SETA, al estar exigiendo para las mismas situaciones diferentes requisitos, además, de ir contra el principio de prestaciones contributivas que están al margen de elementos y requisitos asistenciales de carencia de rentas o carencias de bienes. Es evidente que hay que arbitrar otro mecanismo distinto al fijado en estos momentos.

Por ello, se puede considerar que las condiciones que exige el 38.3º párrafo del D.2530/1970, introducido por R.D. 463/2003, de 25 de abril, para el percibo del incremento del 20%, de la total cualificada, en la pensión de Incapacidad permanente total en las pensiones del RETA y SETA es inconstitucional, por ofrecer un trato desigual y, aparentemente, sin justificación en el acceso al incremento de la total cualificada, como más tarde se verá.

2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN EL RETA Y EN EL SETA. EL ACCESO AL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA. SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

En el RETA y por ende en el SETA, de conformidad con el artículo 36 del D 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se reconoce la Incapacidad Permanente en los

grados de total⁹, absoluta¹⁰ y gran invalidez,¹¹,¹². No se tiene derecho a la parcial derivada de contingencias comunes¹³, pero sí, si deriva de contingencias profesionales¹⁴.

Los conceptos de incapacidad permanente en sus diferentes grados serán los que se determinan para el RGSS, tal y como reza el artículo 36.2 D.2530/1970. No obstante, se entenderá por profesión habitual la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba en alta en este régimen al producirse la incapacidad permanente protegida por el mismo (art. 36. 2, in fine D.2530/1970). Por su parte, en el artículo 38.3 del D.2530/1970, introducido por R.D. 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia, prevé el percibo del incremento del 20% en la total cualificada. No obstante, los tribunales consideran que no procede el percibo del 20% en incapacidades anteriores a 2003 (STS de 21-12-2009, rec. 746/2009; 19-5-2010, rec. 3461/2009; Auto TCO 7-10-2008, rec. 3336/2008).

Conviene destacar que existe diferencias sustanciales y abismales a la hora de interpretar la norma entre la protección que se ofrece a los trabajadores por cuenta ajena del RGSS y a los trabajadores por cuenta propia del RETA y del SETA, siendo mucho más tuitiva si se trata de un trabajador por cuenta ajena que si se trata de un trabajador por cuenta propia.

Considero que esta dualidad de trato debe ser abandonada de inmediato y dar un paso más a la protección en condiciones de igualdad, tanto por parte del Derecho del Trabajo como por parte del Derecho de la Seguridad Social para proteger de igual modo a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, dado que un trabajador cuenta propia, no es una gran empresa sino una persona física, con la misma necesidad de protección que lo es un trabajador por cuenta ajena, máxime teniendo en cuenta que los tiempos avanzan hacia una generalización del trabajo por cuenta propia, como ya se viene observando con las nuevas formas de autoempleo, emprendimiento, falsos autónomos y cualquier forma distinta utilizada por las grandes empresas para no tener trabajadores por cuenta ajena y, motivado en gran parte, por la robotización de los procesos productivos¹⁵; por tanto, el futuro se presenta frente a una masiva existencia de trabajadores autónomos, a los que los operadores jurídicos no pueden denegarles la protección, siendo que actualmente, por inercia y creencias ancladas en los siglos pasados y con una percepción de realidades erróneas, deniegan la protección del derecho a la seguridad social, a los autónomos y agrarios, como si se tratara de grandes terratenientes, simple y llanamente porque mantienen la titularidad de sus negocios, cuando precisamente, en

⁹ STSJ de Galicia de 21-2-2014, rec. 6125/2011.

¹⁰ STSJ de Andalucía /Sevilla de 27-2-2014, rec. 1253/2013.

¹¹ STSJ de Navarra 12-5-2016, rec. 213/2016.

¹² Resulta posible el acceso a la Incapacidad permanente parcial derivada de contingencias profesionales cuando requiere una disminución del rendimiento normal no inferior al 50%, por aplicación del art. 4.2 del RD 1273/2003, vid. STS 18-10-2016, rec. 2367/2015.

¹³ STS de 29-3-2016, rec. 3756/2014; STSJ de Madrid 13-11-2013, rec. 366/2015.

¹⁴ En cuanto a la fecha de efectos, vid. la STS 22-6-2016, rec. 353/201, fecha de efectos de la prestación reconocida en RETA que considera que cuando el beneficiario se encuentra en alta en dicho régimen y la invalidez ha sido reconocida en sentencia sin haber estado precedida de IT y el beneficiario permanece alta en dicho Régimen, se fija en la fecha del dictamen del EVI que reconoció la IP y no en la fijada por el INSS que era la fecha de baja en el RETA por entender que el alta en dicho régimen supone la realización de trabajo efectivo; vendedora a domicilio.

¹⁵ MONEREO PEREZ, J.L.: “Transformación del trabajo y futuro del derecho del trabajo”, en Revista de Derecho de las Relaciones laborales nº 5/2016.

el percibo de la pensión de jubilación ésta circunstancia ya se admite como hecho o situación posible, siempre que exista un regente del negocio distinto al pensionista.

Actualmente, se está impidiendo a los trabajadores por cuenta propia el acceso a la pensión de seguridad social, principalmente en materia de incapacidad permanente, en igual de condiciones que la ofrecida a los trabajadores por cuenta ajena, elaborando los más variopintos argumentos para dar tratos diferentes, cuando lo cierto es, que todos los trabajadores trabajan (cuenta ajena y propia), todos los trabajadores cotizan (cuenta ajena y propia) y, si, se apura, incluso, los trabajadores autónomos trabajan muchas más horas, sin limitación de jornada, siendo por tanto su trabajo más duro y penoso, lo que repercute negativamente en su salud, amén de exigirles estar al corriente en el pago de las cuotas para el percibo de las prestaciones, de modo que al mismo grado de invalidez debería ser misma cuantía y mismos condicionantes en el acceso de la pensión. Precisamente, se tiende a la homogeneidad de todos los regímenes hacia el RGSS (como sucedió con futbolistas, representantes de comercio, empleados de hogar, agrarios cuenta ajena), máxime cuando el mismo decreto regulador de autónomos determina que los conceptos de incapacidad permanente en sus diferentes grados serán los que se determinan para el RGSS, tal y como reza el artículo 36.2 D.2530/1970.

Así, el diferente trato a la hora de acceder a la incapacidad permanente, se puede ver en la STCO de 27-3-2006, rec. 6411/2003¹⁶, donde se puede observar, claramente, la diferente vara de medir entre el RGSS y el RETA en el acceso a la Incapacidad permanente en un supuesto de pluriactividad. Así, el recurrente, trabajador de alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social como consecuencia de sus actividades simultáneas como trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena, sufrió un infarto de miocardio en virtud del cual solicitó la declaración en ambos regímenes de la situación de invalidez permanente absoluta, declaración que obtuvo finalmente en el RGSS, mediante Sentencia de 5 de marzo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que consideró que las lesiones sufridas inhabilitaban al trabajador para cualquier profesión u oficio, mientras que en el caso del RETA la solicitud fue desestimada por Sentencia de la misma Sala y de la misma fecha en la que se declaraba que las lesiones del actor, no sólo no le inhabilitaban para el desarrollo de cualquier tarea ocupacional que el mercado de trabajo pudiera ofertarle, sino ni siquiera para las propias o más fundamentales de su profesión habitual de administrativo.

De otro lado, cabe destacar que el incremento del 20% no estaba recogido para los autónomos hasta el R.D. 463/2003, de 25 de abril (STSJ de Cantabria de 20-11-2013, rec. 679/2013), si bien, los condicionantes que se han consignado en este precepto lo hacen prácticamente imposible de percibir, puesto que se exige no sólo no ser titular de la explotación mercantil o industrial, sino que además cuando se trate de explotación agraria o marítimo-pesquera, no se tenga la condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Además se considera que el incremento del 20% no se puede reconocer como se hace en el RGSS, mediante el denominado “automatismo” en el reconocimiento de dicho incremento, siendo necesario en el RETA y SETA acreditar las circunstancias que originan el

¹⁶ El argumento empleado por el TCO para estimar el recurso no fue tanto la vía del artículo 14 CE sino el artículo 24 CE referido a la tutela judicial efectiva.

percibo del incremento, puesto que en el RETA y SETA, las exigencias establecidas para su concesión son distintas, sin que las mismas puedan entenderse probadas por notoriedad, siendo necesario acreditar las circunstancias que lo acreditan (STSJ de Castilla-La Mancha 4-4-2005, rec. 1550/2004)¹⁷.

Los requisitos que exige el artículo 38.3º párrafo del D.2530/1970, para poder percibir la total “cualificada” y percibir el 20% son los siguientes:

- a) Que el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años;
- b) Que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

El incremento de la pensión quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de incapacidad permanente total que viniese percibiendo (STS de 5-6-2015, rec. 2204/2014). Este incremento se le deniega por no acreditar que ha abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como autónomo¹⁸. En el mismo sentido, se mantiene la STS de 15-7-2015, rec. 2204/2014, al considerar que “deben concurrir conjuntamente los tres citados requisitos que el señalado precepto legal exige, por lo que no basta con el cumplimiento de la edad de 55 años, y ni siquiera tampoco con el de no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia; sino que es necesario, además, que no se ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Es palmario, que con esta regulación, el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce actividad mercantil o comercial alguna, así como impedir que tenga acceso al incremento del 20% de la pensión quien continua percibiendo ingresos económicos derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, aun cuando haya cesado en la actividad profesional. En este sentido, conviene recordar, que también en el RGSS el incremento del 20% es un derecho excepcional, vinculado no solo al cumplimiento de la edad de 55 años, sino también a las circunstancias sociales y laborales del pensionista que le impiden encontrar una nueva actividad retribuida, como indica el art. 139.2 de la LGSS, por lo que no es extraño que el legislador haya querido establecer una cautela de similar naturaleza al extender este beneficio al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”.

Esta misma posición, había sido precisamente mantenida por otras resoluciones judiciales y así, se dice que el percibo del incremento es incompatible con la realización de actividades por cuenta propia (STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012). Se le deniega el incremento del 20% en la prestación por incapacidad permanente total por ostentar la titularidad de establecimiento mercantil (SJS nº 3 de Pamplona 12-9-2014, rec. 1265/2013); este incremento

¹⁷ La doctrina del TS en orden al reconocimiento del incremento del 20% para los trabajadores del RGSS se rige por el automatismo, según expresa las SSTS 13-11-2000 (RJ 2000, 9638) y de 11-12-2000 (RJ 2001, 806), puesto que una vez que consten como hechos probados la edad del solicitante, superior a los 55 años, y la profesión del trabajador, las circunstancias sociales y laborales de dificultad de readaptación profesional pueden ser reconocidas sin necesidad de actividad probatoria específica cuando constituyan hechos notorios» (STS de 10-03-87 [RJ 1987, 1378] y 4-03-92 [RJ 1992, 1617]); sin embargo en el RETA, las exigencias establecidas para su concesión son distintas, sin que las mismas puedan entenderse probadas por notoriedad.

¹⁸ Vid. STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012, donde se realizó actividad económica de explotación ganadera.

se le deniega por no acreditar que ha abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como autónomo (STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012, donde se realizó actividad económica de explotación ganadera).

Pero, por el contrario, nos puede servir la STS de 1-12-2009, recud. 1674/2008, a modo de paralelismo donde se permite el percibo de la pensión de invalidez permanente absoluta con el desempeño de cargo de administrador social retribuido, por lo que la condición de mantener la titularidad del negocio, no impide considerar la posibilidad de seguir cobrando la incapacidad permanente¹⁹.

c) Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Precisamente, es la letra c) del artículo 38 D.2530/1970 la que, en mi opinión, se puede considerar que el tratamiento ofrecido a los autónomos es de todo punto inconstitucional, pues condiciona el percibo de dicho incremento a que el autónomo o bien no ostente la titularidad del establecimiento mercantil o industrial o bien, para el caso, de tratarse de una explotación agraria o marítimo-pesquera, no ostente la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

De ahí que, una primera lectura, podría dar lugar a considerar que estamos en una situación paralela entre el trabajador por cuenta ajena del RGSS y el trabajador por cuenta propia o autónomo del RETA o del SETA, a los que aparentemente se les trataría de igual modo. Ahora bien, si por el contrario, analizamos determinados casos concretos podemos concluir que al trabajador autónomo se le trata de peor condición que al trabajador por cuenta ajena, por una razón cuya lógica es totalmente aplastante, el trabajador por cuenta ajena, como sabemos es ajeno a los medios de producción, por tanto, carece de cualquier posesión en los medios de producción y, por ello, queda excluido de cualquier consideración por parte del legislador en estos términos para centrar la incompatibilidad para el percibo de su incremento, salvo que, realice actividad cuenta ajena, en cuyo caso, deviene incompatible con el percibo del incremento de la total cualificada.

Por el contrario, precisamente el trabajador autónomo precisa, de manera permanente de la titularidad de su negocio para el ejercicio de su profesión y si bien, es cierto, que no sería posible, en la lógica actual, compatibilizar el percibo de la pensión con mantener la titularidad del negocio y el ejercicio de su profesión es por ello que el precepto determina que no se ostente la titularidad del negocio, siendo lógica la consecuencia de determinar incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión y el percibo de la pensión de invalidez, si bien con los matices que más tarde se verán; no obstante, ya se permite la compatibilidad entre negocio y pensión mediante la denominada jubilación activa.

¹⁹ El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado, según expresa, la STS de 1-12-2009, recud. nº 1674/2008, ponente Aurelio Desdentado.

Ahora bien, más problemática se presenta con la segunda incompatibilidad que se recoge en el mismo precepto en el sentido de establecer que cuando se trata de una explotación agraria o marítimo-pesquera, resulta preciso para poder percibir el incremento del 20% no ostentar la posición como propietaria, arrendataria, usufructuaria u otro concepto análogo. De este modo, la norma incompatibiliza el percibo del incremento, para tareas agrarias o marítimo-pesqueras siempre que no se ostente ni la posición de propietario, arrendatario, usufructuario o concepto análogo y es, precisamente, en este apartado donde más disfunciones se pueden plantear entre la práctica y la legalidad, caso de la STS 5-7-2016, rec. 379/2015, objeto del presente comentario y que más tarde se comentará, amén de otras disfunciones que se presentan con las normas de encuadramiento, referidas al sistema especial de trabajadores autónomos, conocido como SETA y que aparecen descritas en el artículo 324 LGSS.

3. EL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA DEL RETA Y SETA Y SU POSIBLE COMPATIBILIDAD CON OTRAS RENTAS PROCEDENTES DE ACTIVOS

Si tomamos en consideración los datos que ofrece la STS 5-7-2016, recud. 379/2015, que es desestimado contra la sentencia del TSJ de Andalucía/Granada de 8-10-2014, objeto de este comentario, lo más destacable es lo siguiente:

1º.- Al trabajador encuadrado en el SETA, se le reconoce una incapacidad permanente total para la profesión habitual a la edad de los 63 años y éste recurre la sentencia de instancia solicitando una absoluta y subsidiariamente, una total cualificada, denegándose ambas.

2º.- El autónomo agrícola había arrendado las fincas a sus dos hijos por período de 5 años, a cambio del 10% de la cosecha o 2.250 euros anuales, además de la subvención íntegra.

El Tribunal considera que el incremento del 20% no se vincula solo a la existencia de la edad de 55 años sino a la concurrencia de los requisitos adicionales que se recogen en el artículo 38.1 del D. 2530/1970, de 20 de agosto y así, el tribunal considera con base en la STS de 15-7-2015, rec. 2204/2014, que para el percibo del 20% deben concurrir los tres requisitos del precepto, de modo que no basta tener 55 años y, ni siquiera tampoco con el no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o propia, sino que es necesario además, que no ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo (F.J. nº 2º).

Cabe destacar que, el tema es controvertido y pese a la posición de estas sentencias existen otras resoluciones judiciales con opciones distintas.

Los supuestos que en la práctica pueden presentarse son variados y no están delimitados con exactitud por la norma. Así, por ejemplo, no está delimitado con suficiente nitidez si la obtención de rentas procedentes de locales comerciales estarían o no vetadas para la consecución del 20% de la total cualificada. Esta situación ha sido afrontada por la STSJ de Cantabria 20-11-2013, rec. 679/201, la cual considera que no es impedimento para el percibo del 20%, de la total cualificada, el percibo de rentas derivadas del arrendamiento de local de negocio, de tal modo que se concluye que “aunque ostenta la titularidad de dos inmuebles, que son locales comerciales, con una participación del 50% y que se encuentran alquilados, estando además en alta en el impuesto de actividades económicas, en el epígrafe 8612 (alquiler de locales industriales), el tribunal reconoce el complemento del 20%.

El hilo argumental utilizado es considerar que no puede equipararse su participación en el arrendamiento de los locales de negocio, con una actividad retribuida por cuenta ajena o propia, que determine su inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social”. En este sentido, la sentencia determina que: “La incompatibilidad del incremento del 20%, no comprende cualquier tipo de emolumentos que el pensionista pueda percibir, en virtud de la titularidad que ostente sobre un determinado bien inmueble, sino que solo es incompatible en aquellos casos en los que se acredite que el sujeto sigue percibiendo, aunque solo sea en parte, los beneficios económicos que el negocio sigue generando. De ahí que el precepto se refiera exclusivamente a los “establecimientos mercantiles o industriales (...). Cabe interpretar que el controvertido art. 38.1.c) del Decreto 2530/1970, solo comprende los supuestos en los que la titularidad recae sobre el establecimiento en el que se desarrolla una determinada actividad mercantil o industrial por parte de un tercero, que determina una participación en las ganancias o beneficios derivados de la misma. Pero no, en los supuestos en los que dicha titularidad solo afecta al bien inmueble, aunque como consecuencia de un contrato, como el arrendamiento, se obtengan las correspondientes rentas pues el precio pactado en concepto de alquiler, no supone participación alguna en los beneficios derivados de la actividad mercantil o industrial que se desarrolle en el mismo (...). Conviene precisar que a lo anterior, no se opone el hecho de que el actor se encuentre en situación de alta en el impuesto de actividades económicas, pues éste impuesto grave, de forma directa, no solo la realización de actividades empresariales, sino también cualquier tipo de actividad económica o artística y de hecho, el alquiler de locales, no se encuentra entre las actividades empresariales, sino en las económicas”.

En otro orden de cosas, considero que el impedimento de la norma o las especiales exigencias en el acceso a la cualificada y por ello al 20% carecen de justificación, dado que en la práctica, para el percibo de la pensión de jubilación de un trabajador del RETA y SETA, el titular del negocio puede mantener la titularidad del negocio, pero ello implica que tenga un persona regente del negocio con amplios poderes para ejercer las funciones inherentes a la titularidad del negocio, causando el regente alta en RETA²⁰. Lógicamente, el titular puede mantener la titularidad pero no la actividad laboral, pero sí que puede mantener la titularidad en Hacienda y en Seguridad Social (STSJ de Cantabria de 20-11-2013, rec. 679/2013; en parecidos términos, STS de 1-12-2009, recud. nº 1674/2008).

De este modo, el argumento debería ser el mismo para el percibo del complemento del 20%, en el RETA y SETA, esto es, se debería percibir, aun cuando se mantenga la titularidad siempre y cuando no se realice actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, según reza el artículo 38.3.b D. 2530/1970.

A mayor abundamiento para nuestra tesis, nos sirve el propio artículo 324 LGSS, quien al establecer los requisitos para el encuadramiento en el SETA en el que se exige entre otros requisitos, ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por ciento de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea

²⁰ STSJ de Cataluña de 27-11-2013, (contenciosos-advo), rec. 256/2012: alta de oficio: improcedencia: persona que siendo pensionista tiene el mero mantenimiento de la titularidad del negocio y desempeña las funciones inherentes a dicha titularidad; STSJ de Asturias 28-2-2014, rec. 318/2014, incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de un trabajo por cuenta propia.

inferior al 25 por ciento de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas, sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

Precisamente, si se observan las normas de encuadramiento en el SETA, resulta palpable que para poder estar encuadrado en este sistema especial es necesario obtener unos determinados rendimientos procedentes de las actividades agrarias, cifrados en el 50% y siempre que la parte obtenida directamente de la actividad agraria no sea inferior al 25%, de tal modo que, en mi opinión, no bastaría para desestimar la total cualificada en el RETA y en el SETA, mantener la titularidad u ostentar la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo, como exige el artículo 38.c) del D.2530/1970, para el percibo de este incremento porque dichos requisitos están claramente en contra de las normas actuales de encuadramiento del propio RETA y SETA del artículo 324 LGSS y, a su vez, en clara contradicción con el trato que se ofrece a los propios trabajadores por cuenta ajena para el acceso al mismo incremento del 20% en la total cualificada, puesto que a éstos últimos, se les presume una falta de preparación para encontrar otro empleo, por el mero hecho de tener la edad de 55 años, como se ha expresado anteriormente, sin tomarles en consideración otras percepciones que les pueden proceder de bienes o rentas que perciban de recursos económicos, propiedades, activos financieros, etc.

En mi opinión este trato diferente que ofrece la norma es inconstitucional porque la situación, pese a las distintas posiciones judiciales, se puede considerar atentatorio del principio de igualdad, máxime teniendo en cuenta que para el acceso a las pensiones de incapacidad permanente en el RETA y SETA se rige por las normas del RGSS por expresa disposición del artículo 36 del D.2530/1970²¹ y artículo 318 c) LGSS, de tal modo que resulta difícil y no justificable un trato diferente entre el RGSS y el RETA y SETA. De este modo, solo se justifica un trato diferente ante situaciones diferentes²², padeciendo el trabajador invalido permanente total del RETA y SETA, la misma situación de necesidad para el percibo del incremento del 20%, dado que ya tiene una situación incapacitante en el grado de total que le impide realizar la profesión habitual, y una determinada edad, la de 55 años, que le dificulta encontrar otra actividad compatible con su situación de invalidez en paralelo con los trabajadores por cuenta ajena.

A mayor abundamiento, el precepto el artículo 38.c) del D.2530/1970, entronca directamente con el derecho de la propiedad privada recogido en el artículo 33 de la CE²³, pues precisamente, el artículo 38 del D. 2530/1970 penaliza “mantener la titularidad u ostentar la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo”, esto es penaliza ser propietario, cuando precisamente, esto es lo que caracteriza y justifica la diferencia entre trabajador cuenta propia y cuenta ajena, ser o no ser propietario de los medios

²¹ Artículo 36 D.2530/1970 Situación protegida y conceptos: Uno. Estará protegida por este régimen especial de la Seguridad Social la situación de invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez; Dos. Los conceptos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, serán los que se determinan para el régimen general de la Seguridad Social. No obstante, se entenderá por profesión habitual la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba en alta en este régimen al producirse la incapacidad permanente protegida por el mismo.

²² STCO 30-10-2003, rec. 1836/1997.

²³ Vid. TEDH Caso latridis contra Grecia. Sentencia de 25 marzo 1999, Demanda núm. 31107/1996 sobre interpretación del derecho de propiedad privada que engloba no solo la propiedad de bienes corporales; algunos otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar como «derechos de propiedad» y como «bienes».

de producción, de tal modo que no puede ser ese el impedimento para el percibo de la “cualificada”, pues en tal caso se está pidiendo una condición de imposible cumplimiento o, simplemente, aboca al RETA y SETA a tener que vender sus bienes de producción para poder percibir el complemento de la “cualificada”. Simplemente, un absurdo, un despropósito y, por ende, un trato desigual con los del RGSS, pues éstos, los trabajadores por cuenta ajena, pueden ostentar bienes de toda clase como propietarios y no, por ello, les resulta incompatible con el percibo de la “cualificada”, máxime teniendo en cuenta que estamos ante prestaciones contributivas que están en función de lo cotizado al sistema de Seguridad Social.

Otro tanto sucede con otra condición que se le exige al RETA y SETA para poder recibir la cualificada y que consiste en que si se ha realizado tareas agrarias no ostente la posición como, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo para el percibo de este incremento. Precisamente, estas condiciones vuelven a situar al RETA y SETA de peor condición que al trabajador del RGSS, esto es, el artículo 38 c) del D. 2530/1970, vuelve a chocar claramente con el derecho a la propiedad privada, pues exige que no se ostente la condición de arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo, precisamente, esta exigencia carece directamente de sentido, si bien resulta más fácil de sortear la incompatibilidad simplemente dejando de ostentar alguna de estas posiciones para el supuesto de que las tierras no sean del pensionista. Pero, por el contrario, si el propietario de las tierras es el propio pensionista y tras la declaración de incapacidad permanente total arrienda las tierras a sus hijos o familiares o terceros, en tal caso, la STS de 5-7-2016, rec. 379/2015 no le permite tampoco el acceso al incremento del 20% al considerar que se ostenta la posición de arrendador, usufructuario o concepto análogo.

A mi juicio, esta solución del tribunal supremo es totalmente injusta y errónea, porque el percibo de unas pequeñas rentas, concretamente, el 10% o 2.250 euros anuales procedentes del alquiler de las tierras no es equiparable a tener la condición de arrendador de tierras para la explotación y ejercicio de las mismas, de las que se derivaría el encuadramiento en el SETA, según el artículo 324 LGSS. De este modo, el derecho a la propiedad privada y derecho a ejercer el arriendo y otros derechos reales sobre nuestros bienes y cosa, de los artículos 33 de la CE y 348 y ss. del Código Civil y artículo 1 de la Carta social europea²⁴, choca con el artículo 38 c) del D. 2530/1970 con la más pura lógica, puesto que precisamente, si analizamos de nuevo el artículo 324.2 LGSS que determina los requisitos de ejercicio de la actividad agraria encuadrable en el SETA y por ende, en el RETA, nos encontramos con que a “los efectos previstos en este sistema especial, se entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma unidad técnico-económica, pudiendo la persona titular o titulares de la explotación serlo por su condición de propietaria, arrendataria, aparcerera, cesionaria u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria. A este respecto se entiende por actividad agraria el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales”. De esta manera no puede servir el mantenimiento de la titularidad de los derechos reales como justificativo de la denegación del incremento del 20%, al menos, en el plano de las prestaciones contributivas, sí que puede ser el ejercicio de la actividad productiva, como en el RGSS, pero no la mera titularidad de los bienes porque vulnera el derecho de propiedad privada.

²⁴ Parte 1. 1.-Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; Vid. sobre el estudio de la Carta social europea a SALCEDO BELTRAN, C.L.: “La aplicabilidad directa de la Carta social europea”, en *Revista Trabajo y Derecho* nº 13/2016; JIMENA QUESADA, L.: “El comité europeo de derechos sociales”, en *Revista europea de derechos fundamentales* nº 25/2015.

La promoción del autoempleo a través de la protección por desempleo

Promoting self-employment through unemployment protection

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Resumen

A tenor de la actual tasa de desempleo y del giro de las políticas en favor de la promoción de la actividad autónoma, este trabajo aborda tanto el régimen jurídico como el ciclo vital de una prerrogativa que a ciencia cierta actúa como relación causa y efecto entre sendas realidades, léase la opción de compatibilizar tutela pública y una nueva actividad profesional o, en su caso, suspender la primera durante cierto tiempo como medida de gracia para el impulso de la segunda. No obstante y a pesar de los esfuerzos del legislador, los resultados no acompañan y, en consecuencia, alientan el debate sobre lo inadecuado del modelo de protección por desempleo.

Abstract

Given the current unemployment rate and the turn to policies promoting self-employment, this study addresses both the legal regulations and the life cycle of a prerogative that acts as a cause and effect relation between these two situations, that is, the option of harmonizing public protection for unemployment and a new professional activity, or, where appropriate, discontinuing the former for a certain time as a measure to foster the latter. However, and despite the efforts of the legislator, the results are not good, and as a result, raise the debate about the inadequacy of the unemployment protection model.

Palabras clave

Sistema de Seguridad Social; Régimen General de la Seguridad Social; prestación contributiva de desempleo; dinámica de la prestación; fomento del trabajo autónomo

Keywords

Social Security system; General Scheme Social Security; contributory unemployment benefits; dynamics of benefit; promotion of self-employment

1. INTRODUCCIÓN

Está demostrado; la vertiginosa tasa de desempleo en España ofrece carta de naturaleza a un problema alarmantemente consolidado: el alto nivel de paro en sí mismo y, en el marco del porcentaje de ocupación, la apabullante variable de temporalidad. Que acontecimientos de fuerza mayor como la gran crisis económica que desde 2008 se ceba en el globo han causado estragos resulta innegable, pero no deviene menos cierto el reconocer que bastante tiempo antes se transparentaban señales de inquietantes deficiencias a nivel estructural que alimentaban, en términos peyorativos, la patología del paro; con talante orientativo, la indefinición en el catálogo de servicios a cubrir por el Servicio Público de Empleo o la desidia en la reforma de las modalidades de contratación laboral (perspectiva material), la desatención a colectivos en situación de exclusión social (perspectiva subjetiva) o la creciente problemática en cuanto al régimen de descentralización territorial de competencias en favor de las Comunidades Autónomas (perspectiva geográfica y funcional)¹.

¹ OJEDA AVILÉS, A.: “Las políticas activas de empleo en España”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, Laborum, 2015, páginas 66 y siguientes.

Tomando como referencia de tiempo originaria la transición desde la dictadura franquista a la democracia constitucional, se abre un nuevo periodo de reajuste político social y, especialmente, de sufrimiento económico que, en materia de política de empleo y contratación, viene a sufragar una vidriosa componenda: el fomento de la contratación temporal *coyuntural*, interpretado este calificativo no tanto desde una posible formalidad en cuanto a su carácter temporal sino más bien *sin causa*, pues el objetivo último era el de crear empleo a cualquier precio. Desde este preciso instante y a pesar de los esfuerzos del legislador de 1994 por tratar de revertir esta tendencia (contratación a tiempo parcial, ruptura del monopolio público en labores de contratación, etc.), el incremento de la precariedad en el trabajo dependiente se ha convertido en una constante entrelazada al continuo descenso de la contratación laboral indefinida, involución progresiva y permanente que, a la postre, viene siendo materializada en una tasa de desempleo total que, salvo puntuales picos de oscilación, permanece anclada desde hace años en variables superiores al 20 por cien.

Así las cosas y desde una perspectiva contemporánea, en el horizonte de la lucha contra este mal endémico que encarna, en pleno siglo XXI, el trabajo temporal, la primera gran composición de lugar y tiempo viene mediatizada por la práctica imposibilidad de crear más y mejores puestos de trabajo por cuenta ajena y carácter indefinido, circunstancia que obliga a la política de empleo a cambiar la dirección del viento. Actualmente, se promueven el emprendimiento, la autonomía y el interés por cuenta propia como fundamento no sólo de una visión profesional cercana a corto o medio plazo sino también, directamente, de la más rabiosa actualidad²; han sido varias las manifestaciones normativas que, tanto de un modo directo como colateral, han postulado un favorecimiento activo de este formato de actividad profesional y entre las que se encuentra, acaso como el principal exponente, la Ley 20/2007, de 11 de julio, que da vida al *Estatuto Básico del Trabajador Autónomo* (en adelante *EBTA*). Esta expresión legislativa se ha visto acompañada por otras cosechas originadas en el trienio 2011-2013 y que no vienen sino a ratificar la idea de que el trabajo autónomo es sinónimo de opción para la ocupación profesional del ser humano.

Con todo y con ello, es preceptivo subrayar en el ánimo del detalle que en este nuevo escenario social parece claro que la idea nuclear ha de quedar institucionalizada en la promoción *pasiva* del trabajo autónomo; ello es sinónimo de afirmar que trata de relanzarse el mismo, entre otras posibilidades, desde la tesitura, más concretamente la ayuda, que representa el disfrute, con carácter previo, de una prestación contributiva por causa de desempleo *ex* artículos 266 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la más reciente versión del *Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social*³ (en adelante, *TRLGSS*). En este orden de cosas y en aquello que podríamos denominar el *tripartito* de la figura legal, destacan en particular tres vías operativas y tres patrones

² La presentación por separado de estos tres sustantivos, sin lugar a dudas que no resulta baladí. Representantes de la doctrina se afanan en recalcar que no nos hallamos ante términos sinónimos por cuanto, dese un punto de vista material, el *emprendimiento* se refiere a una actividad mientras la *autonomía* hace referencia al modo, o uno de los modos, a través de los cuales se pone en ejercicio la mencionada labor (ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 566); asimismo y desde una dimensión de exégesis espiritual, mientras el emprendedor es un *entusiasta*, el autónomo es un *sufridor* (CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 107).

³ BOE de 31 de octubre de 2015.

normativo-temporales cuya analítica de desarrollo, obviamente, habrá de informar el grueso de este trabajo; por el momento, baste con su presentación:

En lo que concierne, en primer término, a las premisas de actuación, la construcción legal ofrece las siguientes:

1ª. La opción de hacer compatibles, durante un específico segmento temporal, la tutela de naturaleza prestacional y la tarea por cuenta propia⁴.

2ª. La suspensión de la prestación contributiva, igualmente durante cierto tiempo, como consecuencia de la puesta en marcha de una actividad autónoma⁵.

3ª. El derecho de opción entre la nueva prestación por desempleo que se haya podido generar gracias a la cotización por una segunda actividad y el régimen originario de tutela, hasta cierto momento en suspenso pero ahora ya extinto.

En aquello que concierne, en segundo término, al proceder legislativo que el juego de estos elementos oferta con el discurrir del tiempo:

1. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de *medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*⁶, la cual promueve directamente y a través de su exposición de motivos el *facilitar opciones de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo*.
2. La Ley 11/2013, de 26 de julio, de *medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*⁷. Su principal apuesta, la atención a la política de fomento del autoempleo, con especial llamamiento a uno de esos sectores particularmente desfavorecidos en cuanto al acceso al campo profesional como es el de los jóvenes.
3. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre⁸, a día de hoy la última de las manifestaciones de reforma, seguramente y con prontitud la penúltima, pensadas para la promoción del trabajo autónomo y que, sin grandes novedades *ex novo* en la temática objeto de tratamiento, supone una veloz reforma de reformas al incidir directamente sobre los contenidos aportados por la precedente Ley 11/2013.

En suma, el efecto perverso de la contemporánea realidad social, base al fin y al cabo para la ulterior creación jurídica que representa el Derecho, con mayúscula, provoca una mutación en la hasta ahora clásica política de empleo inherente al Derecho del Trabajo para que sus tornas giren en favor de aquello que, otrora, era considerado un territorio cuanto menos grisáceo: el trabajo autónomo. Además, su promoción no actúa tanto por la proclamación de un modelo propio, novedoso, sino a través del estímulo indirecto que enarbola la tutela por causa de desempleo en el Régimen General de la Seguridad Social, y es que tal no sólo simboliza una cobertura económica sustitutiva de un salario que se deja de percibir sino también, casi con mayor importancia en la interpretación del espíritu de la ley desde hace

⁴ Artículo 33 EBTA (introducido mediante artículo primero, apartado ocho, de la Ley 31/2015).

⁵ Artículo 271.1.d) TRLGSS.

⁶ BOE de 13 de diciembre de 2002.

⁷ BOE de 27 de julio de 2013.

⁸ BOE de 10 de septiembre de 2015.

algunos lustros, un exponente de motivación para fomentar una pronta reincorporación al mercado productivo⁹. Pues bien y de manera concordante con esta aseveración, la opción legal de compatibilizar prestación contributiva por desempleo y activación de una labor, quizá autónoma o acaso dependiente, así como de suspender, no extinguir, el disfrute de la primera durante cierto tiempo por efecto operativo de la segunda, ofrece carta de naturaleza a uno de los principales baluartes de este gran objetivo del fomento de la ocupación profesional, particularmente en lo que al trabajo por cuenta propia atiende.

Claro es, en el otro platillo de la balanza ejerce su peso el interrogante en torno a si convergen en la *praxis* los resultados que dogmática y originariamente se ansían. Qué duda cabe, hacer reformas jurídicas es relativamente fácil, lo difícil, y por tanto aquello que ha de resultar lo verdaderamente valorable, es que germinen los frutos apetecidos.

Este planteamiento argumental así como la interpretación finalista en términos de eficacia, modela la esencia que pretende fundamentar la presente reflexión en torno a desempleo y productividad, la cual necesariamente se ha de sustentar, en primer lugar, sobre la exégesis de los presupuestos que construyen la prerrogativa jurídica para así dar paso, en segundo término, a un repaso en el tiempo del caminar que la misma, metafóricamente, va hollando.

2. LOS PRESUPUESTOS CAUSALES

Si recurriésemos a un símil deportivo, las propuestas de integración que cabe esperar entre prestación contributiva y actividad profesional ulterior, léase compatibilización, suspensión u opción, conforman las reglas del juego; ahora bien, de nada sirven las susodichas sin la intervención de unos deportistas que, mediante su puesta en práctica, cumplan *in fine* el espíritu causal de su misma actividad. A los efectos del presente estudio, nuestros interesados, en suma, nuestros deportistas, son tanto el factor trabajo como el elemento temporal, los cuales, en consecuencia, son merecedores de un estudio con el necesario grado de especificidad.

2.1. La modalidad de trabajo

La regla básica de partida en la historia inmediatamente anterior a la reforma por desempleo obrada en 2002, informa que la abstracción del sustantivo *trabajo* que venía empleando el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 parece declinar en favor de su equivalencia a *trabajo por cuenta ajena*, pues únicamente éste y más concretamente su extinción, conforme ciertos parámetros legales, daba lugar a tutela contributiva por causa de desempleo. De manera complementaria, esta tesis se habría de ver al tiempo amparada por la opción legislativa contemplada en el artículo 210.3 del recién mencionado Texto Refundido que posibilita, finalizada la segunda actividad, un derecho de opción entre reabrir la prestación, hasta ahora en suspenso pero ya extinta, o iniciar el disfrute, en sentido originario, de aquella otra cuya titularidad se haya podido generar con la nueva labor, labor en consecuencia y, como condición inexcusable, de talante subordinado.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La revisión de la reforma de la protección del desempleo en la Ley 45/2002”, *Relaciones Laborales*, 2003, 4, y VALDÉS DAL-RE, F.: “Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social”, *Revista de Derecho Social*, 2002, 20.

Tomando como referencia interpretativa la doctrina emanada de los Tribunales de Justicia, cabe arribar a una conclusión semejante. En primer término y respecto a la modalidad de trabajo, su opción se decanta porque sólo desencadene la extinción de la prestación, generándose el correlativo derecho de opción, el trabajo por cuenta ajena, en tanto aquel otro protagonizado por cuenta propia suponga una mera suspensión; lo contrario, derivan, desencadenaría una discriminación favorecedora de la pasividad laboral por cuanto parece no apoyarse a quien intenta abandonar su situación de desempleo comenzando una actividad en régimen de dependencia¹⁰ y al tiempo, mediante interpretación extensiva del anteriormente mencionado postulado jurisprudencial, si el trabajo autónomo sólo implica una paralización temporal, será imposible hablar de un poder en pro de una elección mientras el mismo siga vinculado a la vicisitud extintiva, no así a la de carácter meramente suspensivo.

Pues bien y a pesar de la enjundia innegable de estos argumentos, con todo y con ello es lo cierto que, en la *praxis*, hubo un momento en que vino imperando la posición contraria, esto es, considerar que también el trabajo por cuenta propia conlleva el fin de la tutela del desempleo y, por ende, debe ser tolerado como puente para un futuro derecho de opción, una tendencia que con el lógico transcurso del tiempo se fue asentando particularmente desde el punto de vista jurisprudencial, al ser el propio Tribunal Supremo quien unifica doctrina en pos de lo que coloquialmente habría de considerarse un *hacer la vista gorda* a la regla general antes presentada e incluir también, de este modo, la funcionalidad del trabajo autónomo¹¹.

Olvidando por un instante la notoriedad de la fuente complementaria del ordenamiento jurídico, obvio deviene el traer a colación que esta tesitura se ha estabilizado atendiendo a la nueva composición que oferta la fuente principal del mismo, léase la ley. Ciertamente, no nos hallamos ante una mutación de la misma pero sí frente a una novedosa previsión de enfoque suplementario que, obviamente, cercena el privilegio de la exclusividad que en la regulación hasta el momento vigente venía ostentando el trabajo subordinado. Efectivamente, desde hace una década en términos aproximados y con fijación normativa de orden preferente en el *EBTA*, cristaliza en nuestro sistema una pretendida ordenación de cobertura en favor de la extinción de un trabajo por cuenta propia; la así concebida y conceptuada como *prestación por cese de actividad*¹². Sin entrar a desmenuzar su régimen jurídico así como la eficacia que de la misma cabe esperar, baste a los efectos de nuestro estudio el demandar, en origen, un tratamiento paralelo, pues si en el espacio de la actividad en régimen de dependencia la causa que aminora los efectos desmotivadores de una extinción es la generación de una nueva prestación por desempleo contributivo, reclámese idéntico tratamiento en favor del autónomo ahora que éstos también se encuadran en el círculo causal de la protección por inactividad forzosa, no genérica. Ahora bien, sea

¹⁰ A modo de ejemplo, *vid.*, STSJ de Murcia de 21 de octubre de 1993 (RJ. 4439), fundamento jurídico segundo o STSJ de Andalucía –Sevilla– de 1 de julio de 1994 (RJ. 3105), fundamento jurídico primero. Desde la perspectiva de las tesis doctrinales, “se trata, por tanto, de una extinción condicionada a que se genere un nuevo derecho, pues en otro caso es simple suspensión tras esos periodos accidentales del mercado de trabajo” (LÓPEZ GANDÍA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo”, *Relaciones Laborales*, 1985-II, página 404); *vid.*, también, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, *Documentación Laboral*, 50, página 72.

¹¹ STS de 18 de marzo de 1998 (RJ. 3000), fundamento jurídico octavo.

¹² Artículos 327 y siguientes TRLGSS. Puede consultarse una pluralidad de aportaciones doctrinales recientes sobre la materia en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

ello demandable únicamente desde 2007 por influjo de dicha norma, no en consecuencia en el periodo anterior, por motivos obvios y, sobre todo de componenda jurídico legal.

Ciertamente, el presente razonamiento sobre modalidad de trabajo toma como base la imprecisión en la exégesis de los conceptos *trabajo* y *Seguridad Social* aplicables al caso y, en consecuencia, creo que es preceptivo aclarar de manera suficiente los términos de la controversia. No hay censura en entender aquello que pudieran ser concebidas como las líneas directas de actuación, esto es, si hay trabajo por cuenta ajena en el régimen de Seguridad Social que contempla desempleo, no hay problema en la viabilidad de la prerrogativa; si hay actividad por cuenta propia en una estructura que no alberga desempleo, idéntica contundencia pero para llegar a la tesis contraria, esto es, su prohibición; ahora bien, aspecto radicalmente distinto materializa aquel otro que pudiéramos identificar como líneas cruzadas de actuación o, planteado en otros términos, ¿qué habrá de ocurrir en aquellos supuestos en los que hay trabajo por cuenta ajena en un régimen o sistema que no contempla desempleo como lo es, por ejemplo, el de los empleados de hogar? Acaso formulado en otros términos, qué se supone ha de tener más peso, ¿la modalidad actuarial en términos jurídicos laborales o su cobertura complementaria mediante Seguridad Social?

2.2. El factor tiempo

Las dudas que ha venido generando la interpretación del factor trabajo, hacen que la discusión termine inclinándose inexorablemente en favor de la exégesis del presupuesto temporal. Como punto de partida una idea que, aunque nade en los dictados de una cierta lógica, presenta a mi particular entender una importancia extraordinaria: si a menudo es complicado determinar con precisión cuándo un trabajo ha finalizado al efecto de poder afirmar que su hasta ahora titular entra en situación legal de desempleo, la prerrogativa que es objeto de estudio otorga un plus de dificultad en el abordaje de la controversia por cuanto no ha de ser uno sino dos los trabajos que finalicen, dando lugar con ello a ese potencial derecho de opción.

En la génesis de la temática, dos son los planteamientos a tratar: en primer lugar, justificar la exigencia de una determinación duración en la nueva tarea como frontera entre las vicisitudes suspensiva y extintiva de la prestación y, en segundo término, si ha de ser necesariamente una labor de tracto sucesivo o si, complementariamente, también una yuxtaposición de actividades en modo fijo-discontinuo puede habilitar la consecuencia jurídica.

2.2.1. El cuánto de la duración

Si tomamos como punto de partida material el trabajo por cuenta ajena, la extensión sobre un periodo de 12 meses como límite de la suspensión *versus* extinción pudiere tener como sentido el que éste es el periodo mínimo de cotización legalmente exigible para adquirir el derecho a una nueva prestación contributiva por desempleo y, por ende, una alternancia en términos de elección. Sin embargo y por aquello que respecta al trabajo autónomo, el duplicar tal presupuesto temporal parece tener como fin último la incentivación del mismo, lo cual resulta aplicable tanto en la época en la que no era viable una tutela por cese de actividad en favor del autónomo como en aquella otra en la que se ofrece carta de naturaleza a la misma, dadas sus evidentes carencias. Analicemos con detalle sendas prerrogativas.

En lo que atiene a la extensión temporal en referencia al trabajo en régimen de dependencia, a mi modo de entender esta tesis no es exacta. Es un dato cierto el que tanto el nacimiento como especialmente la duración de la prestación protectora están en función de la ocupación cotizada durante un concreto espacio temporal inmediatamente anterior al hecho causante; en este orden de cosas, el artículo 210.1 TRLGSS de 1994 consagra que el enclave mínimo de contribución para el beneficio de la protección es de 360 días, un límite muy cercano al año pero no equivalente, de tal manera que es absolutamente necesario diferenciar entre periodos, y particularmente en referencia al periodo legalmente exigido, para poder hablar de extinción de la prestación o, en su caso, articulación de una nueva. A tenor de estos presupuestos me parece incongruente la redacción del artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994 en orden a condicionar un posible derecho de opción conforme a lo previsto en el artículo 210.3 de idéntica norma¹³ cuando se haya cumplido la premisa mayor de extinguir la prestación por desempleo, que hasta ahora permanecía suspendida, por efecto del desarrollo de una actividad cuyo transcurso es igual o superior a doce meses, y ello porque el referido poder de elección, en estricta interpretación del inciso legal aludido, queda supeditado única y exclusivamente a la titularidad de una nueva prestación por desempleo, requisito que adquiere carta de naturaleza con la cotización mínima que prescribe el apartado primero de este mismo precepto¹⁴. La consecuencia, entonces, se refleja en que queda en el aire un intervalo de 5 ó 6 días, dependiendo del carácter bisesto, o no, del año en cuestión, en el que sería factible el trámite electivo sin necesidad de que la anterior prestación haya finalizado.

Por lo que concierne, en segundo lugar, a la extensión de 24 meses respecto del trabajo autónomo, supone sin duda el dato más llamativo al que el lector se enfrenta en el primer acercamiento al nuevo texto del artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994. Realmente, la reflexión en torno a los motivos que han conducido al legislador a plasmar esta modificación sugiere numerosas opiniones para el debate, sin embargo y aunque sin duda no parece fácil llegar a un epílogo claro y contundente, habría dos justificantes para sustentar esta reforma:

En primer lugar, confirmar un dato cual es la imposibilidad de vincular la duración de la segunda actividad con el paréntesis mínimo de cotización exigible como *conditio sine que non* para una nueva prestación de desempleo. Si ya antes de la transformación legislativa esta premisa era poco menos que inaceptable al no generar el trabajo autónomo derecho a tutela frente a esta contingencia, ahora queda fuera de toda duda al desconectarse con total nitidez los enclaves de tiempo impuestos para un aspecto y el otro.

En segundo término y a buen seguro como la más interesante y por ello conscientemente reservada para el final, la ratificación de que todas aquellas tareas que rebasen las fronteras de tiempo estipuladas en el artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994 y hayan venido siendo encuadradas en regímenes de Seguridad Social que no instituyen tutela por desempleo, no implicarán suspensión sino extinción de la prestación en cuestión.

¹³ A juicio de ciertos autores, cabría la posibilidad de considerar la interpretación del artículo 210.3 como independiente de la del artículo 213, pues no la necesita para existir (RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La reforma del desempleo desde una óptica jurisprudencial”; en VVAA, *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2004).

¹⁴ En similar línea interpretativa, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, pág.75.

En opinión personal y sin dejar de reconocer un cierto sentido a estas argumentaciones, más bien me inclino por pensar y en base a ello afirmar que, quizá, lo único que habría de latir en el sentir del legislador es una suerte de compensación al permitir un ciclo vital superior a todas aquellas actividades que exigen en su puesta en marcha una importante dotación presupuestaria, de tal manera que dicho retraso viniera a hacer más proporcional y con ello mitigar los drásticos efectos de una extinción frente a los más benevolentes de una potencial suspensión. En otras palabras, acaso no esté pensando tanto en el primer término que supondría el aumento de actividades autónomas sino más bien en garantizar que, las ya vigentes, no supongan un quebradero de cabeza económico a sus titulares, pues ese pretendido estado de bienestar es lo que, metafóricamente, permitirá abonar el terreno para la activación de más actividades autónomas.

In fine, me parece que en nada debe sorprender esta conclusión si lo que verdaderamente se persigue es un argumento mucho más de base como la salud financiera del sistema¹⁵; en estricta opinión personal nos hallamos ante un poder jurídicamente tutelado que responde más a un interés económico, de ahorro, en favor de las arcas del sistema que a un trato de mejora hacia el beneficiario de la propia prestación aun cuando, llegado el caso, jueguen a su favor el principio *pro operario* que contemplan tanto el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores¹⁶ como el TRLGSS¹⁷ e incluso la teoría sobre vicios del consentimiento en apoyo del artículo 1265 del Código Civil: un derecho de opción que, por cierto y aunque la ignorancia de la ley no excluye de su cumplimiento, ha de ser informado al potencial interesado por parte de la Administración de la Seguridad Social.

Sea como fuere y desde estas líneas, tampoco está de más el hacer una nueva llamada a favor de una mayor atención por parte del legislador en la redacción de la norma para de alguna manera facilitar el andamiaje jurídico y, ya de paso, el acceso por todos los ciudadanos a la cobertura que el propio sistema parece otorgar¹⁸.

¹⁵ En la misma línea, MOLINA NAVARRETE, C. al afirmar que “(...) el resultado más visible no es una ampliación de la protección sino más bien una reestructuración o redistribución del gasto” [“La contrarreforma del sistema de protección por desempleo”, *Estudios Financieros (Revista de Trabajo y Seguridad Social)*, 2003, 238 página 55].

¹⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE 24 de octubre); artículo 3.5.

¹⁷ Artículo 3.

¹⁸ El ya comentado beneficio que repercutiría sobre la salud financiera de la Seguridad Social, implica pensar, por mente del legislador, que para el sistema es más beneficioso que el sujeto titular decida reanudar la prestación suspendida antes que acogerse a la nueva. Sin embargo, y en mi opinión, este argumento queda en entredicho cuando se toman en cuenta los principales presupuestos formales –y de fondo– que mediatizan tal reanudación: 1) solicitud en los 15 días siguientes a la extinción del segundo trabajo so pena de entender perdidos los días intermedios si se hace *a posteriori*, 2) considerar reactivado automáticamente el compromiso de actividad salvo supuestos excepcionales y 3) estimar aplicable la misma cuantía económica por efecto de la regla general según la cual, salvo contadas excepciones, no se actualizan las bases reguladoras (RIVAS VALLEJO, P.: “Dinámica de la protección por desempleo: suspensión y extinción de las prestaciones”, *Tribuna Social*, 2003, 150, página 54); a mayor abundamiento, las discusiones que puede generar este último e interesante aspecto vienen ejemplificadas en la STS de 8 de junio de 1994 (RJ. 6313).

En efecto, al hilo del razonamiento y frente a ello, cabría preguntarse: A) ¿por qué condicionar la reanudación a idénticos presupuestos que la petición inicial cuando resulta que la misma ya ha sido solicitada y concedida? (a modo de ejemplo y en idéntica línea interpretativa, la STS de 11 de noviembre de 1996 (RJ. 8417), estima que para la reanudación de una prestación en suspenso no ha de operar el plazo de 15 días para solicitud formal, pues éste queda restringido al nacimiento de la misma, propiamente dicho), B) ¿por qué la entidad gestora se reserva el derecho a prescribir un nuevo compromiso de actividad si la labor puede ser la misma? (téngase en cuenta además que, como señala la doctrina, muchos de estos supuestos en los que cabe tal posibilidad están

2.2.2. El cómo de la duración

En aquello que concierne al segundo planteamiento, en igual medida relacionado con el factor tiempo aunque desde una óptica diferente, se planteaba la duda en torno a qué papel jugaba el desarrollo pretendidamente ininterrumpido, o no, de la actividad en cuestión. A este respecto es lo cierto que, casi como no podía ser de otra manera, tanto la doctrina¹⁹ como la jurisprudencia han preconizado bastantes dudas interpretativas y aunque resulta evidente que cada una de las mismas puede llegar a tener vida propia, la pregunta que llegados a este punto y en aras del factor originalidad debiéramos de formular es la siguiente: ¿es posible, al menos bajo determinados condicionantes, una combinación de ambas?

En contra de aquello que cabría identificar como un posicionamiento fácil y que materializa no otra solución que la de decantarse unilateralmente por alguna de las tesis extremas, creo que en función de cuál haya de ser la tesis que informe cada caso en particular podrían entrar en juego las dos. La gran duda, como resulta lógico deducir, no se centra en la opción de tracto sucesivo sino más bien en lo concerniente a si un cúmulo de prestaciones laborales podría conducir al mismo resultado partiendo del dato que la casuística puede habilitar dos o más actividades asalariadas, con o sin solución de continuidad, u otras tantas entrelazadas de trabajo dependiente y autónomo. Dos grandes posicionamientos a este respecto:

En primer término, si se logra concatenar dos o más tareas asalariadas incluso sin solución de continuidad aunque dentro siempre de los parámetros legales, no habría razones para concretar moderadamente una exclusión del derecho de opción siempre que se haya dispuesto la cuantía suficiente en forma de cotización. He aquí el presupuesto fundamental para oficializar derecho a una nueva prestación por desempleo²⁰.

Ahora bien, si las actividades que se suceden sin solución de continuidad en primera instancia son de distinta naturaleza, léase trabajo por cuenta ajena, autónomo o aquel otro a tiempo parcial y carácter indefinido, conviene puntualizar, no por mero interés personal sino en este caso como simple transmisor de lo que aporta el propio legislador, que *para fijar la*

indeterminados; ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto Legislativo 5/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 31) o, finalmente, C) ¿por qué no habilitar una revalorización de la base reguladora que implicase un incremento de la cuantía a recibir, aunque sólo fuese a modo de compensación por la pérdida de las bases de cotización obtenidas con la segunda actividad de cara al futuro? Como se puede comprobar, son interrogantes que ponen en tela de juicio el optar por la reanudación y, en consecuencia, la pretendida salud financiera del sistema.

¹⁹ A modo de ejemplo y a favor de un único trabajo, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, página 76; partidario de la tesis de la yuxtaposición de actividades, entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo”, página 404.

²⁰ En esta tesis podría ser incluido el referente del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma de 2001, esto es, aquel que no se repite en fechas ciertas y, en consecuencia, aquel donde no se conoce *ex ante* el término inicial/final de los intervalos de paro. En cualquier caso, y a juicio de la doctrina, podemos estar ante otro intento típico por desviar la atención hacia artificios estadísticos que embellezcan los datos aún en ausencia de justificante para tal operativo jurídico; *vid.*, a este respecto, APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, 2002, 19, página 48.

*aplicación del artículo 212.1.d), o, 213.1.d) TRLGSS se estará a la duración del último trabajo realizado tras cuyo cese se solicite la reanudación*²¹.

Distinto es el caso, sin embargo, en el que entre tales actividades laborales el sujeto protagoniza periodos de inactividad, circunstancia que, a su vez, puede suponer una bifurcación en el abordaje de la prerrogativa dependiendo de si reactiva temporalmente la prestación por desempleo que ya tenía reconocida y que ha permanecido en suspenso, o no, pues en tantas ocasiones como ello sobrevenga, se volverá a iniciar el cómputo de los doce meses desde cero y además, reiterando con ello apreciaciones ya vertidas aunque sumamente notorias, las nuevas cotizaciones aportadas con posterioridad no habrán de ser tenidas en cuenta a efectos de una posible y nueva prestación²². Analicemos, con el detalle que merece, sendos condicionantes.

Acaso y como principal exponente en toda esta parafernalia de segmentos de actividad *versus* segmentos de inactividad, el trabajo fijo-discontinuo²³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo deja patente que la viabilidad de esta mecánica en la mencionada modalidad contractual tiene carácter necesario ya que, bajo la circunstancia inversa, la prerrogativa se convertiría sencillamente en imposible; además y por interpretación extensiva, amplía el campo de influencia al resto de supuestos para beneficiar las opciones de los administrados, en el sentido claro de posibilitarles el alcanzar el mínimo de los 360 días de cotización²⁴.

Con carácter más específico aunque sin abandonar por ello dicho círculo temático del trabajo fijo-discontinuo, la particularidad más interesante por tratarse, quizá, de la más problemática, es aquella en la que no se reactiva con carácter inmediato a la suspensión del trabajo el disfrute de la prestación, dándose de este modo rienda suelta a la conocida como *doctrina de paréntesis*²⁵ que, en esencia y bajo interpretación jurisprudencial, cristaliza en uno de los principales exponentes de traducción de ciertos enclaves de inactividad en periodos de cotización efectiva que habrán de redundar positivamente en el cobro de según qué prestaciones, particularmente el desempleo. Esta doctrina permite delimitar el hecho causante que supone la situación legal de desempleo no en el cierre temporal de la actividad sino en el momento inmediatamente anterior al inicio de una excedencia siempre que, eso sí, pueda acreditarse por el sujeto potencialmente beneficiario una voluntad, no exclusivamente inicial sino igualmente de tracto sucesivo en el tiempo, de retornar al mercado de trabajo, voluntad que normalmente queda justificada con su inscripción en el Servicio Público de Empleo. No es tutela en dinero aunque sí tiene un trasfondo económico, tampoco resulta en puridad una cobertura en especie pero, al fin y al cabo, es garantía de mejor protección.

Lo que pretendo hacer ver con independencia de cada caso en particular, en suma, es que no se tiene por qué tratar de un enclave cerrado a modo de cuenta atrás, sino de un segmento formal modelable que no se ha de ver consumido por potenciales e intermedios periodos de inactividad siempre que, naturalmente, a lo largo de los mismos no se reactive el

²¹ Instrucción sexta (párrafo cuarto) para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo. La redacción literal de esta Instrucción puede ser abordada en *Estudios Financieros*, Legislación y Jurisprudencia, 2003, 240, página 179.

²² Artículo 269.3 (2º inciso) TRLGSS.

²³ Un estudio detallado en VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos"; sendos trabajos, en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

²⁴ STS de 28 de enero de 2009 (RJ. 2868).

²⁵ STS de 4 de abril de 2011 (RJ. 3697).

disfrute de la prestación pues, en tal caso, el cómputo quedaría reseteado. En cualquiera de los casos, lo reseñable es que siguen dándose cita numerosas dudas acerca del tratamiento de esta cuestión; los postulados en juego parecen ser portadores de argumentos probatorios tanto a favor como en contra, sin embargo la solución camina por los derroteros de subrayar la regla del carácter ininterrumpido excepto en aquellos supuestos en que se apeguen labores temporales sin espacios intermedios de inactividad, completándose así el periodo mínimo de cotización exigido para reglamentar una nueva prestación.

3. EL CICLO VITAL DE LA PRERROGATIVA

Presentados hasta el momento los aspectos clave de contenido que sustentan el régimen operativo de la propuesta, corresponde ahora percutir sobre el andamiaje formal y evolutivo de su ciclo vital, dinámica que, cabe recordar, se ampara en tres grandes momentos que devienen materializados, respectivamente, por otras tantas normas jurídicas. El examen de las mismas, enmarca la acometida que ahora se inicia.

3.1. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre

Nos hallamos, sin lugar a duda, ante una de las manifestaciones normativas de reforma más importantes en materia de tutela por causa de desempleo, por no decir la de mayor calado, en el periodo ya consumido de siglo XXI. El justificante principal de esta afirmación, cabe ser hallado en el propio epígrafe identificativo de esta ley, pues refiere textualmente la *mejora de la ocupabilidad* como una suerte de inseparable compañero de viaje, al menos y de manera potencial de ahora en adelante, respecto a lo que tradicionalmente ha supuesto la clásica tutela frente al paro forzoso.

Sea como fuere y al margen de meras consideraciones de orden formal, nos deben interesar aquellos aspectos de contenido normativo, de Derecho positivo, que de alguna manera permitan cimentar la causa y reflexionar sobre el sentido último de evolución de las normas y más concretamente de la propuesta reguladora que ellas mismas otorgan; para el caso que nos ocupa, una política de fomento de la ocupación profesional desde el trampolín que representa el previo beneficio de una prestación contributiva por desempleo. Me permito recordar en este punto de la reflexión, que tales ingredientes temáticos son los ya examinados en el epígrafe II de este mismo trabajo; así las cosas, el volver a traer a colación ahora algunos de los mismos, no ha de ser tomado como una reiteración sino, en todo caso, como una plasmación formal, en términos de tiempo, de la operativa que es objeto de estudio; una perspectiva diferencial y, sobre todo, diferenciada.

El principal punto a destacar en la regulación sobre ciclo vital de la cobertura contributiva por desempleo, es que la Ley 45/2002 incorporaba novedades de contenido, con carácter *ex novo*, respecto a su fuente originaria que hubo de materializar el, por aquel entonces, enormemente controvertido Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo²⁶, y respecto del que el texto parlamentario presentó tratamiento homónimo. Desde un punto de vista temático y en lo que a nuestro interés estricto concierne, el artículo primero, apartados cuatro y cinco, según se trate del Real Decreto o de la Ley respectivamente, ofrecen carta de naturaleza al abordaje del generoso supuesto que materializa el ver suspendida una prestación contributiva como consecuencia de la puesta en marcha de una nueva actividad; la diferencia

²⁶ BOE de 25 de mayo de 2002.

hay que encontrarla en el modo de actuar, vía omisión en el primer texto mientras que, en el segundo, queda mecanizado al amparo de un reconocimiento explícito.

El núcleo temático más interesante que demandaba la capacidad de análisis, era el concerniente a la tipología de actividad cuya ejecución resultaba viable sin que se viera de golpe extinta la prestación contributiva por desempleo; si trabajo por cuenta ajena o, en idéntica medida, el trabajo por cuenta propia. Con independencia del mayor o menor calado que cada uno de los planteamientos posibles pudiese deparar, la Ley 45/2002 viene a resolver definitivamente la problemática admitiendo sendas modalidades si bien bajo coordenadas de tiempo diferenciadas en cuanto a su duración como posibles participes en el juego de esta operativa²⁷. Ahora bien, en caso de extinción de la prestación contributiva por superación de la extensión máxima a tales efectos prescrita, ha de quedar claro que sólo cabrá poder electivo cuando se haya dado lugar a una nueva tutela económica frente a idéntica situación de necesidad, pues tal es precisamente la exigencia que impone el 210.3 TRLGSS de 1994, y resulta que el trabajo autónomo no permite ello porque en aquellos regímenes típicos donde el mismo tiene cabida, queda excluida la protección por tal contingencia (ejemplo: RETA)²⁸ y en otros que comparten el trabajo por cuenta ajena y el autónomo, queda abortada para estos últimos (ejemplo: REA)²⁹.

En otras palabras, si antes de esta expresión legislativa la pregunta era por qué es necesario desarrollar una nueva actividad asalariada por espacio igual o superior a 12 meses para ostentar un derecho de opción que, en su caso, permita reabrir la prestación en suspenso, resulta que, con la entrada en vigor de la Ley, a este interrogante, de por sí intacto, se le pudo adicionar otro con la siguiente proposición: ¿por qué se extiende el término final hasta los 24 meses, tratándose de labores por cuenta propia? En idéntica medida, aquello que hace referencia no tanto a la extensión mínima en el tiempo de la nueva actividad sino más bien al formato –tracto preceptivamente continuado, o no– de la misma. De todo ello, quiero insistir, lo cierto es que el fundamento espiritual y dogmático de estos planteamientos ha sido ya abordado con la necesaria suficiencia en apartados precedentes de este trabajo; a tales nos remitimos, en consecuencia, al efecto de suavizar el contenido de la presente dialéctica escrita.

Como reflexión personal, nos encontramos a fecha o anualidad 2002 en la encrucijada de dilucidar si se asiste a una transformación de fondo en el entramado operativo de esta figura o si, por el contrario, esto ya acontecía con anterioridad a la reforma y ha venido a la postre gozando de luz verde, sibilinamente traslúcida digámoslo así, acaso por la anuencia del orden jurisdiccional. Desde luego que este último posicionamiento es el que cuenta con mayores visos de certeza. Ciertamente, la vicisitud suspensiva es factible con sendos tipos de actividad pero, oficialmente y tras la extinción de la prestación, dado el momento histórico en el que nos encontramos, sólo el trabajo por cuenta ajena puede dar lugar a una nueva prestación y, por tanto, legalizar un derecho de opción siempre que, subrayo, se haya extinguido la tutela por desempleo en el pasado reconocida al superarse las variables de tiempo con el ejercicio de esa

²⁷ La principal novedad de orden normativo, cabe reiterar, es la habilitación del trabajo autónomo como causa, también, de extinción de la prestación hasta ahora en suspenso. Este dato viene además reforzado con la dicción literal de la Instrucción sexta para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo, la cual en el ánimo de subrayar de manera vehemente tal aseveración, aplica la mencionada regla con carácter retroactivo a las colocaciones que como autónomo sean previas a 14 de diciembre de 2002 y se hallen, obviamente, dentro del plazo máximo de duración estipulado.

²⁸ En interpretación a contrario del artículo 27.1. D. 2530/1970, de 20 de agosto.

²⁹ *Idem*, artículo 25.1. D. 2123/1971, de 23 de julio.

nueva actividad asalariada; lo contrario, confiere crédito a un mero intento por salvaguardar la salud financiera del sistema pero por razones *contra legem*, indefendibles en consecuencia.

3.2. La Ley 11/2013, de 26 de julio

Transcurrida la primera década del siglo XXI, es evidente que la ineficacia de la política de empleo, particularmente en aquello que atiende a la creación de nuevos puestos de trabajo bajo el presupuesto de la dependencia y particularmente el ciclo vital indefinido así como el consecuente nivel de desempleo en nuestro país, ofrece la representación de una auténtica lacra social³⁰.

En este contexto sombrío, accede al tráfico jurídico la Ley 11/2013 de *medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo*, la cual representa una acometida para un nuevo giro de tuerca en favor del trabajo productivo, más concretamente en pro del trabajo autónomo productivo. La recién mencionada práctica imposibilidad de generar trabajo subordinado hace que las tornas giren en favor del quehacer por cuenta propia, el cual tuvo años atrás su gran materialización jurídica a través del *EBTA*, generándose de este modo una conciencia de poder que demanda para este sector de profesionales un régimen jurídico cada vez más semejante al del tradicional trabajo por cuenta ajena.

El punto culminante en cuanto a las propuestas de esta Ley 11/2013, lo representa una singular atención a uno de los sectores de población particularmente desfavorecidos en cuanto a sus opciones de acceso al mercado de trabajo: los jóvenes³¹. Es un hecho el que tales protagonistas tienen escasas opciones de colocarse en régimen de dependencia y que, aquellos que lo consiguen, lo hacen bajo el peyorativo condicionante que representa la más absoluta precariedad, léase temporalidad en cuanto al ciclo vital y parcialidad en lo que respecta al horario de trabajo. Así las cosas, ya con anterioridad a esa expresión legislativa y como uno de los principales exponentes en esta cruzada, se impulsa la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, dentro de cuya apuesta se embarca la última versión del formato en origen presentado sobre la química jurídica entre política activa de autoempleo y política pasiva de tutela frente a desempleo forzoso.

Pero centrándonos en la regulación contemplada en la Ley 11/2013 sobre suspensión/extinción de la prestación contributiva por desempleo e incluso su opción de compatibilidad con un nuevo trabajo, la construcción hasta ahora vigente es retocada con fundamento en el añadido de un régimen más favorable para los trabajadores por cuenta propia jóvenes, entendiéndose por tales los menores de 30 años de edad.

La interpretación sistemática de varios de sus preceptos, oferta dos grandes novedades:

³⁰ Para un análisis exhaustivo, MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La política de empleo en España tras la primera década del siglo XXI”, en VVAA, *Políticas públicas de Empleo. Un estudio desde el Derecho comparado*, Comares, 2013.

³¹ En torno a la importancia que conlleva una adecuada selección de los sujetos potencialmente beneficiarios de los exponentes de lucha contra el desempleo juvenil, también conocidos como colectivos diana, vid., CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Incentivos laborales para combatir el desempleo juvenil: una reordenación obligada”, en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 559-560.

1ª. Se contempla la opción de compatibilizar la tutela por desempleo con la realización de un trabajo por cuenta propia en el espacio de 270 días o, en su caso, la unidad temporal proporcionalmente inferior pendiente de disfrute siempre que, entre otros requisitos, se acredite una edad inferior a los 30 años en el origen de la actividad autónoma. Siguiendo lo que parecen ser los dictados de un nuevo tiempo y conforme a los cuales la semántica ha de ayudar a crear nuevas propuestas conceptuales en favor de instituciones o prerrogativas ya conocidas, este *modus operandi* pasa a ser conocido como *emprende con crédito*³².

Nos hallamos ante un primer gran llamamiento normativo en favor de este sector poblacional así como de su futuro que, naturalmente, suaviza el exigente tenor del actual artículo 282 TRLGSS. Sin lugar a dudas, ello ofrece una lectura altamente positiva en consonancia con la opinión ya vertida por la doctrina y parcialmente ratificada por la jurisprudencia, en orden a evitar las situaciones de tendencia al fraude que esta pauta legal denotaba³³.

2ª. Se habilita como causa de suspensión de la prestación contributiva la realización de un trabajo por cuenta propia (opción legal que, en términos modernistas, pasa a conocerse como *emprendimiento con red*)³⁴ de duración inferior a 60 meses por parte de un autónomo menor de 30 años de edad, cuya relación jurídica conste debidamente formalizada mediante alta inicial en cualquiera de los regímenes especiales de autónomos, léase RETA o Trabajo en el Mar.

La gran diferencia, así las cosas, es el periodo de extensión de esta suerte de dispensa por cuanto, en lo que hace referencia a todos aquellos autónomos que superen la treintena de edad, el límite de duración de la labor a efectos de suspensión permanece en 24 meses; ello siempre, me permito recordar, con la mente puesta en la anualidad 2013.

Presentadas lacónicamente estas propuestas de reforma, es el momento de retomar la analítica de los dos factores, léase tipo de trabajo y tiempo, que se erigen como la esencia de la prerrogativa al efecto de tratar de comprobar qué es lo que ha cambiado.

En lo que hace referencia al presupuesto del tipo de trabajo y, de manera consecuente, su encuadramiento en uno u otro régimen de Seguridad Social, la primera variable permanece intacta, esto es, se admite tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo por cuenta propia; la diferencia está en la segunda, es decir, en el régimen de Seguridad Social en el que haya de ser encuadrado el protagonista de dicha actividad, por cuanto no mucho más allá de un lustro hacia el pasado el trabajo por cuenta propia no generaba la tutela por causa de desempleo;

³² *Vid.*, GUINDO MORALES, S.: “El fomento público del autoempleo”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 504-506.

³³ El Tribunal Supremo viene aceptando la regla de la compatibilidad entre la prestación y el trabajo de carácter marginal; aspecto distinto es el llegar a ser capaces de precisar con la necesaria exactitud la semántica del mencionado epíteto. Desde el punto de vista doctrinal y para un análisis más detallado de la problemática, *vid.*, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

³⁴ *Vid.*, GUINDO MORALES, S.: “El fomento público del autoempleo”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 504-506, así como CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 107.

ahora sí. Desde el *EBTA* se regula una prestación por cese de actividad que, de alguna manera, aproxima su régimen jurídico al del trabajo por cuenta ajena.

En lo que concierne al factor tiempo, realmente ya ha sido comentado, la novedad en términos cuantitativos es la del incremento a 60 meses, en términos de extensión máxima, del privilegio que supone la suspensión de la prestación contributiva por desempleo, constituyéndose de este modo en una especie de discriminación positiva en favor de los autónomos menores de 30 años de edad.

La pregunta que llegado este punto es necesario formular adquiere un tenor más que directo: ¿a qué responde este nuevo régimen jurídico?

Buscando de nuevo una interpretación sistemática de sendos postulados, acontece, en términos de recordatorio, que en la versión originaria que distinguía entre 12 y 24 meses de suspensión según se tratase de trabajo dependiente o autónomo, pasaba porque la horquilla de menor duración coincidía con el periodo mínimo de cotización al objeto de generar un derecho a cobertura contributiva por desempleo, un alegato que por defecto empareja a este segmento anual con el trabajo por cuenta ajena. Paralelamente y dado que el trabajo autónomo no puede ser fuente, hasta un determinado momento, de prestación por desempleo, se duplica la duración de esta prerrogativa al efecto de compensar un potencial mayor riesgo en términos de presupuesto económico y asunción de futuros resultados.

Ahora bien, si desde 2007 el trabajo autónomo presenta ya aparejada una prestación por cese de actividad, ¿en qué posición queda la duplicidad de tiempo en la suspensión por trabajo por cuenta propia respecto al dependiente y, sobre todo, qué ultra-sentido ofrece el incremento hasta los 60 meses en el caso de los menores de 30 años de edad?

A mi modo de entender, no hay argumentos de corte jurídico sino, en todo caso, dos que responden más a perfiles sociológicos y económicos:

- El primero, el de mejor favorecer a un sector demográfico en aras del rejuvenecimiento del mercado productivo.
- El segundo, alargar al máximo una carrera laboral y, por ende, de seguro en términos de cotización, frente a la operativa de una prestación del sistema institucional que no hace sino afectar al entramado que lo sustenta.

El gran problema que se vislumbra es la falta de aporte por parte del jurista en la regulación de ésta y otras cuestiones que afectan al Derecho de Seguridad Social; haciendo propias las palabras de destacados representantes de la doctrina especializada, en la tensión entre un modelo de competitividad por la innovación y calidad del producto y del empleo o bien otro de mera reducción de costes del trabajo, impera el segundo de los mismos³⁵. Cuidado, no pretendo con ello argumentar que haya que exceptuar a otras ciencias en esta causa tuitiva, sólo quiero recalcar que la dimensión jurídica es fundamental a la hora de garantizar una adecuada y, sobre todo, eficaz regulación de una específica realidad social que, a día de hoy, es la más influyente en la vida del ser humano. Hoy en día, el Derecho de la Seguridad Social

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques"; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 190.

sufre una sensible crisis de identidad, y realmente no cabe pensar que el legislador no sepa, es que sencillamente no se atreve a regular según qué cuestiones, una tendencia que en ningún caso puede resultar inocua³⁶, máxime cuando se ha consentido el activar en el tráfico jurídico una decidida propuesta en favor del emprendimiento y el trabajo por cuenta propia sin haber estudiado *ex ante* los potenciales efectos negativos de este modelo en el marco de nuestra actual economía de mercado habilitada por los artículos 33 y 38 CE, una acometida que, de haberse llevado a efecto, a buen seguro hubiera dejado al descubierto el alto índice estadístico de fracaso empresarial³⁷.

3.3. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre

El impulso del autoempleo, tanto del individual como colectivo, ha sido uno de los ejes de las políticas que en los últimos años se han llevado a cabo en materia de empleo.

Con este párrafo se da comienzo, en sentido literal, al preámbulo de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que *se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía social*, por el momento la última de las acometidas legislativas sobre uno de los perfiles temático y normativo que alientan la presente investigación. Su título, de entrada, es suficientemente ilustrativo en cuanto a la metamorfosis que experimenta el modo de pensar respecto al tipo de actividad profesional a promocionar, representando desde hace casi una década el trabajo autónomo la cúspide de la pirámide; pero, es más, en esta tercera manifestación normativa sobre la específica prerrogativa objeto de estudio, el legislador parece darse cuenta de que, sí, hay que mantener la apuesta por el autoempleo, pero no limitando las medidas de impulso a un determinado sector del mismo, en cuanto a edad se refiere.

Mi opinión, de entrada, es muy positiva. Quien esto escribe dejaba constancia, escasos meses atrás, que la propuesta legislativa que acaba de ser presentada no había producido los resultados que originariamente cabría haber esperado³⁸.

Las novedosas aportaciones que ahora acceden al tráfico jurídico, se sintetizan en eliminar la *barrera de edad* que impedía tanto el régimen de compatibilidad con la prestación contributiva por desempleo como, en su caso, el beneficio de un periodo de suspensión más extenso –de 24 a 60 meses– a quienes pusieran en práctica una actividad autónoma una vez alcanzada la frontera de los 30 años de edad. Dicho de otro modo, se mantienen sendas medidas de propulsión del trabajo autónomo si bien ampliándose el abanico de potenciales beneficiarios hasta sencillamente hacerlo coincidir con cualquier trabajador autónomo así como acto administrativo de alta, léase la inicial o cualquiera de las sucesivas, que pudieren tener lugar en la formalización de la carrera de seguro y relación protectora del interesado.

³⁶ Una reflexión más detallada al respecto de este planteamiento en MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “Hacia una desregulación jurídica del Derecho de Seguridad Social”; en VVAA, *El Derecho del Trabajo en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2015.

³⁷ En similar línea interpretativa, *vid.*, CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”, así como VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”; sendos trabajos, en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 101-104.

³⁸ MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La suspensión/extinción de la prestación por desempleo en favor de los autónomos jóvenes: balance de un bienio”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 421.

Sinceramente, la decisión no puede ser más acertada pues la lógica que conlleva el ayudar a un profesional por cuenta propia en la génesis de su actividad –causa de la compatibilidad– así como aquella otra concerniente a la acometida por evitar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse para el propio profesional por mor de la cercanía de la fecha de extinción de la prestación respecto a la susodicha actividad –causa de la duración de la suspensión– no pueden quedar aparejadas a una determinada edad del elemento subjetivo sino en todo caso a una tipología de actividad, en tanto bastión de una dimensión objetiva.

Para finalizar, una última consideración de Derecho positivo que evidentemente es novedad con esta expresión legislativa. Cuando a lo largo del transcurso de la suspensión el profesional solicite reanudar la prestación por desempleo con posterioridad a los primeros 24 meses y siempre que, obviamente, no haya venido compatibilizando el disfrute de la misma con la actividad profesional o, en su caso, que haya finalizado el plazo máximo de 270 días para el solapamiento, deberá acogerse al principio de causalidad, técnicamente demostrar que el cese en tal actividad autónoma tiene su origen en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, además de otras posibles más vidriosas y en ocasiones difíciles de demostrar como la fuerza mayor o la violencia de género³⁹; *sensu contrario*, si se oficializare en los dos primeros años desde el comienzo de la actividad, el reenganche será libre con tan solo reactivar la correspondiente inscripción legal como demandante de empleo⁴⁰. En fin, se trata de una contramedida frente a la virtud de la regla principal que en ningún caso condiciona el acceso al disfrute de la misma sino, en todo caso, el control durante su ciclo vital.

4. UNOS DATOS ESTADÍSTICOS

4.1. Vicisitud suspensiva de la prestación por la puesta en marcha de una actividad profesional⁴¹

| <u>AÑO</u> | <u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación dependiente o autónoma) | <u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación dependiente) | <u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación autónoma) |
|------------|--|---|--|
| 2001 | 55,3 | 54,7 | 0,5 |
| 2002 | 56,3 | 55,8 | 0,5 |
| 2003 | 55,6 | 54,7 | 1,0 |
| 2004 | 56,1 | 55,1 | 1,0 |
| 2005 | 56,7 | 55,6 | 1,2 |
| 2006 | 57,0 | 54,4 | 2,9 |
| 2007 | 61,4 | 60,2 | 1,2 |
| 2008 | 61,9 | 60,1 | 1,1 |
| 2009 | 42,5 | 42,0 | 0,5 |
| 2010 | 40,8 | 40,2 | 0,1 |
| 2011 | 43,5 | 42,3 | 1,2 |
| 2012 | 36,8 | 35,7 | 1,1 |
| 2013 | 38,8 | 37,5 | 1,4 |
| 2014 | 44,8 | 43,2 | 1,6 |

³⁹ Artículo 271.4 TRLGSS.

⁴⁰ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 576.

⁴¹ Fuente: www.empleo.gob.es

En lo que hace referencia a la interpretación del porcentaje sobre la variable conjunta, el transcurso de los 13 tránsitos por anualidad evidencian 9 casos de incremento de bajas de la prestación por causa de colocación –representando el tope máximo porcentual el año 2014 con una oscilación al alza de 6 puntos– por tanto solo 4 casos de disminución; ahora bien, los descensos de 2 de esas 4 anualidades superan los 6 puntos porcentuales, esto es, el tope marcado de reducción de prestaciones, llevándose la palma de manera abrumadora, casi escandalosa, el año 2009 con un descenso en el total de peticiones de baja respecto a la tutela de nada más y nada menos que casi 20 puntos porcentuales. La explicación parece bastante clara si atendemos al instante temporal; el peor dato en la eficacia de la prerrogativa objeto de estudio se ubica en el primer año de la crisis global claramente asentada, mientras que el mejor dato coincide en la anualidad donde comienzan a verse reflejados los mejores datos macroeconómicos de la recuperación a nivel europeo pero, sobre todo, doméstico.

En aquello que concierne a la variable sobre colocación por cuenta ajena, la oscilación por anualidades se muestra mucho más estrecha; hay 7 incrementos de baja por colocación –representando el tope máximo porcentual el año 2007 con una oscilación al alza de 5,8 puntos– por casi el mismo número de incrementos, 6 para ser exactos, donde la palma se la lleva –peyorativamente hablando– de nuevo el curso 2009 al registrar un incremento, redondeado, de 18 puntos porcentuales. La argumentación justificativa, por motivos, es exactamente la misma que en el caso anterior, y ello porque de la media total de bajas en la prestación por causa de colocación –50,5 por cien– el 49,4 por cien se adscribe a ocupaciones por cuenta ajena.

En lo que atiene a la variable sobre colocación por cuenta propia, la igualdad en términos de proporcionalidad está más presente que nunca; 6 anualidades evidencian un incremento a favor en el sentido de reducción de prestaciones en pro de nuevas colocaciones autónomas y donde se lleva la palma el año 2006 con 1,7 puntos, 5 anualidades de ascenso con un límite en el año 2007 de igualmente 1,7 puntos y, por último, 2 anualidades donde se mantienen idénticos parámetros –2002 sobre 2001 y 2004 sobre 2003, respectivamente–. Realmente, la interpretación del trabajo por cuenta propia deja pocas valoraciones: igualdad en número de anualidades sobre ascenso o descenso e igualdad en cuanto a la expresión de los puntos porcentuales; por ello, quizá las principales conclusiones se han de centrar en que, positivamente, se mantiene una tendencia al alza en el último quinquenio en favor del aumento del emprendimiento pero, al tiempo y negativamente, se perpetúa una ínfima representación de la influencia del trabajo autónomo sobre el dependiente, pues del total del 50,5 por cien de bajas en la prestación por causa de colocación, tan sólo el 1,1 por cien de las mismas se corresponde al trabajo autónomo.

En fin, una interpretación de corte más integral que acaso permita una valoración más cercana, más clara, evidencia que a lo largo de década y media de vigencia del siglo XXI, más de la mitad de las vicisitudes modificativas en el ciclo vital de la prestación contributiva por desempleo acontecen por causa de colocación en vez de la que sería la causa más normal, léase la conclusión del periodo legalmente establecido en base al periodo de cotización acreditado, lo cual no deja de ser una estadística buena pero manifiestamente mejorable. Dentro de la misma, la división, en la causa de colocación, entre actividad subordinada y autónoma; sí que evidencia una clara inclinación en la balanza en favor de la primera hasta el punto de que

convierte a la segunda en prácticamente irrelevante, aspecto claramente negativo si tenemos en cuenta el empeño del legislador, a lo largo de los últimos años, en promover el trabajo por cuenta propia como la esencia de la contemporánea y futura productividad.

4.2. Especial referencia al campo de aplicación de los trabajadores jóvenes⁴²

En el bienio que transita entre mediados de 2013 e idéntico corte de la anualidad 2015, el cardinal total de desempleados jóvenes se reduce, sin embargo y al amparo de una tendencia inversa, su variable porcentual se incrementa en relación al desempleo total; el pico máximo que coincide curiosamente con el ecuador del bienio referido, se sitúa en 0,8 décimas. Qué duda cabe, el dato ofrece una connotación evidentemente negativa al albur de lo que sería una interpretación directa, no obstante considero importante y por tanto conveniente minimizar los efectos de dicha lectura a través de la contextualización del dato en una masiva escapada de la protección frente a desempleo de trabajadores, hasta entonces de carácter inactual, que superan la barrera de los 30 años de edad.

En aquello que concierne, de manera más específica, al ascenso de autónomos o emprendedores, no se produce a ciencia cierta un incremento destacable y realmente digno de ser subrayado en esta asociación de ideas; los números reflejan un ascenso de 0,1 décimas que materializa un tránsito del 1,9 al 2,0 de expresión en términos porcentuales. *In fine*, no parece institucionalizarse una química medianamente aceptable entre sendas prerrogativas.

5. CONCLUSIONES

Cuando se acomete un análisis científico sobre una nueva y enésima reforma de Seguridad Social, sistemáticamente se llega al mismo desenlace: no hay fórmula humana de cerrar un círculo de razonamientos en positivo, siendo de este modo la espiral la figura que gráficamente mejor contribuye a describir la tesitura. No obstante, sí parece constatarse un cambio controlado en la causa que inspira este tipo de transformaciones normativas y es que si bien las acontecidas en el sexenio que contextualiza la formulación política que representan los Pactos de Toledo hasta la finalización del siglo XX presentan un predominante talante economicista, es notorio que a partir de 2001 el punto de vista se sitúa estratégicamente en el fomento del empleo, en premiar el incremento de la productividad⁴³, lo cual no equivale en términos absolutos, sírvase el dejarlo meridianamente claro, al arrinconar los condicionantes económicos o sociológicos.

En esta novedosa realidad, se presenta como algo fácilmente acreditable el que la política de empleo inherente al Derecho del Trabajo y promotora de una actividad dependiente o por cuenta ajena, abre progresivamente sus compuertas en favor de uno de esos otrora territorios grises, de uno de los tradicionalmente excluidos campos temáticos y normativos de exceptuación respecto a su ámbito de influencia cual es el trabajo autónomo. La principal particularidad es que no lo lleva a cabo, en términos de exclusividad, a través de una modalidad activa sino prioritariamente pasiva que conecta con el reconocimiento previo de una prestación

⁴² Un estudio más exhaustivo en MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La suspensión/extinción de la prestación por desempleo en favor de los autónomos jóvenes: balance de un bienio”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 415 y siguientes.

⁴³ MERCADER UGUINA, J.R.: “Reformas y contrarreformas en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002 como telón de fondo”, *Temas Laborales*, 2002, 66.

contributiva por causa de desempleo que no sólo de manera lógica sino también legalmente adquiere carta de naturaleza en la ejecución y extinción –regla general– de una labor por cuenta ajena. Es precisamente en esta estela en la que se mueve el estudio de la prerrogativa traída a colación en la presente investigación.

En el año 2002 se produce la primera gran reforma en materia de desempleo al amparo de ese singular presupuesto que cristaliza el fomento de la ocupación y, como una de sus acometidas, la posibilidad de comenzar una nueva actividad productiva, ya por cuenta ajena ya por cuenta propia, con la generosidad por parte del legislador que representa el no ver extinguida sino tan sólo suspendida por tiempo cierto la prestación contributiva por desempleo que ya viniera disfrutando tiempo antes el sujeto causante como consecuencia de la finalización previa de una tarea en régimen de dependencia. Éste es el marco de estímulo que supone la novedosa construcción, con el aliciente añadido de que si la acometida es por cuenta ajena y por tiempo suficiente como para generar una nueva tutela sustitutiva por idéntica causa de paro forzoso, se abre para el beneficiario la potestad de optar por la misma o bien reabrir la otrora suspendida, dependiendo lógicamente de qué sea aquello que más le pudiera beneficiar, si el factor económico, el factor tiempo o, acaso, una simbiosis de los mismos.

Más de una década después (2013), el legislador retoca esta formulación legal para impulsar la figura material del trabajo autónomo y la dimensión subjetiva del trabajador joven. En este orden de cosas facilita a quien, en idéntica tesitura de disfrute de un desempleo contributivo ponga en marcha una labor por cuenta propia, el gozar de la generosidad de la suspensión hasta los 60 meses de la citada en primer término e incluso a compatibilizar trabajo y prestación durante el periodo inicial de 9 meses desde la puesta en marcha de la primera. Todo ello con el denominador común, al tiempo que requisito inexcusable, de que el titular de dicha actividad sea menor de 30 años de edad.

El tercer y último pasaje converge en el 2015, cuando el legislador decide suprimir la barrera de edad, esto es, mantiene la suspensión extensa, facilita que perviva la compatibilidad pero, sin embargo, no lo limita a los menores de 30 años de edad sino que amplía el abanico a cualquier trabajador autónomo, quedando condicionada no obstante y también como novedad *ex novo* la excepción de la suspensión, tras el transcurso de los 24 primeros meses, al principio de causalidad legal.

Con todo y con ello, acaso ésta y no otra habría de ser la conclusión de mayor notoriedad, nos hallamos ante un claro ejemplo de disociación entre la teoría y la práctica.

La teoría postula una medida para favorecer en origen una actividad con tal de que sea productiva y que, con el tiempo, decide centrarse en el trabajo autónomo como alternativa al enquistado trabajo dependiente; adicionalmente, toma como referencia inicial determinados sectores poblacionales por patrón sociológico de edad que, a la postre, se ve generalizado en favor de la causa.

Sin embargo, en la realidad empírica los resultados han sido más bien escasos. Como principal factor de base de cara a la interpretación, en la pugna entre el incremento de solicitantes de tutela por causa de desempleo que viene auspiciada por la crisis económica y la presión política en pro de la austeridad que se materializa en una continuada acometida por reducción de costes, es más que evidente que, a día de hoy, vence la *praxis* economicista frente

a la equidad social⁴⁴. Pero tratando de descender un peldaño en este manto de abstracción, ingredientes tales como el recelo que tradicionalmente sugiere un trabajo por cuenta propia o el miedo a las consecuencias que *in fine* puede provocar su quiebra, no contribuyen a que esta medida haya producido los resultados esperados, de ahí que la reforma de 2015 aporte más a la generalización que a la especificación, es decir, trata de atar cabos para curarse en salud pero no arriesga en favor de aquello que, a la postre, queda retratado como una nueva y estéril propuesta de reforma coyuntural.

⁴⁴ Una reflexión más pausada en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 166.

La gestión administrativa y financiera del Fondo de Reserva de la Seguridad Social

The administrative and financial management of the Social Security Reserve Fund

JAVIER AIBAR BERNAD

FUNCIONARIO PERTENECIENTE AL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El Fondo de Reserva de la Seguridad Social, de gran actualidad en estos momentos, se concibió desde sus inicios como un instrumento para complementar, en periodos económicos adversos, la financiación del nivel contributivo de la Seguridad Social.

La gestión del Fondo debe ser contemplada desde los puntos de vista administrativo y financiero. Esa gestión, en sus diferentes apartados, no está exenta de cierta complejidad: desde la determinación de los excedentes presupuestarios y las dotaciones que se decidan, hasta la inversión de los recursos, pasando por la calificación de los supuestos en los que se puede disponer de los activos del Fondo, tal como se prevé en la Ley General de la Seguridad Social.

En el presente artículo se analizan todas esas cuestiones, y se tratan otros aspectos aunque de manera más abreviada no menos interesantes, como son la necesidad de abordar una nueva norma que modernice la gestión del Fondo, el funcionamiento de sus órganos de control y de seguimiento, la disposición de activos que se ha realizado en los últimos años o las características de su cartera de valores.

Abstract

The more up-to-date than ever Social Security Reserve Fund was originally conceived as an instrument to complete the financing needs of the contributory regime of the Social Security system in economically difficult times.

The management of the Reserve Fund must be analyzed from a two-fold perspective: administrative and financial. Being technically complex issues, attention is drawn to the definition of budget surpluses and allocations, to the clarification of the cases wherein the withdrawals of assets is allowed according to the General Social Security Law, and to the investment of resources.

This article goes through all these issues in depth, and deals more briefly with other relevant such as the need of a new regulation which favors the management of the Reserve Fund, the functioning of the control and supervisory committees, the withdrawals made in recent years or the characteristics of securities portfolio.

Palabras clave

Fondo de Reserva / dotación / inversión / disposición / excedente presupuestario / activos / cartera de valores /

Keywords

Reserve Fund / allocation / investment / withdrawal / budget surplus / assets / securities portfolio

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL FONDO DE RESERVA

Desde la aprobación del Pacto de Toledo en 1995, mediante el que se diseñó una nueva fórmula para la financiación de la protección social, se ha avanzado correctamente en el esclarecimiento de las fuentes de financiación de la Seguridad Social. Así, después de diferentes contratiempos, el nivel contributivo del Sistema se hizo cargo del sostenimiento de las prestaciones correspondientes a los cotizantes.

En la actualidad hay una importante unanimidad en el apoyo al principio de separación de fuentes, lo que lleva a un fortalecimiento del Sistema y de su autonomía, vinculando las cuotas sociales sólo a la financiación de las prestaciones contributivas, sin perjuicio de que la financiación de la Seguridad Social se pueda complementar en su caso con recursos

provenientes de la imposición general. De otro lado, la acción protectora en la modalidad no contributiva y universal se financia mediante aportaciones del Estado.

En ese contexto el Fondo de Reserva de la Seguridad Social se concibió como un instrumento fundamental para contribuir a garantizar la financiación de la Seguridad Social, dándose cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 41 y 50 de la Constitución española, así como para atenuar las consecuencias de los ciclos económicos adversos, y para hacer frente a los efectos demográficos desfavorables que pudiesen afectar negativamente al equilibrio entre ingresos y gastos del sistema. Cabe recordar que a finales del año 2011 el Fondo de Reserva disponía de 66.815 millones de euros.

De acuerdo con la citada búsqueda del equilibrio financiero de la Seguridad Social, en la medida en que el uso de los recursos del Fondo de Reserva favorece la atención de las necesidades en materia de prestaciones contributivas, se asegura el principio de separación de fuentes, proporcionando un margen temporal para la adopción de medidas orientadas al reforzamiento financiero de la Seguridad Social.

Los primeros antecedentes del Fondo de Reserva se encuentran en la Ley 193/1963¹, en su Base decimoctava, que trataba sobre el régimen económico-financiero de la Seguridad Social, y en el artículo 52 de su Texto Articulado², estableciéndose “la posibilidad de constituir fondos de nivelación mediante la acumulación financiera de las diferencias anuales entre la cuota media y la natural prevista”. También se determinó en el citado artículo que “en los casos en que la naturaleza de las prestaciones así lo requiera, se constituirán asimismo fondos de garantía para suplir posibles déficits de cotización o excesos anormales de siniestralidad”.

Más adelante, el Real Decreto-Ley 36/1978³, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, en su Disposición Adicional segunda, modificó en parte lo regulado sobre esta cuestión hasta entonces, al establecer que “en la Tesorería General se constituirá un fondo de estabilización único para todo el Sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos. Esta reserva de estabilización será invertida de forma que tenga el grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente precisas”.

La norma anterior fue complementada por la Ley 37/1988⁴, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, en cuyo artículo 24.2 estableció que “El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previo informe del Ministro de Economía y Hacienda, determinará, para atender a las necesidades futuras de la Seguridad Social, la materialización financiera del superávit, si lo hubiera, resultante de la liquidación del Presupuesto de aquélla”.

Todas las anteriores disposiciones se incorporaron al Real Decreto Legislativo 1/1994⁵, por el que se aprobó el Texto Refundido de la LGSS (en adelante LGSS/1994). En su artículo 87, dentro de la Sección titulada “Recursos y sistemas financieros de la Seguridad Social” se

¹ Ley 193/1963, de 28 de diciembre (BOE de 30 diciembre) sobre Bases de la Seguridad Social.

² Aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22 de abril).

³ Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de diciembre (BOE de 18 de noviembre).

⁴ Ley 37/1988, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre).

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).

dispuso que “en la Tesorería General se constituirá un fondo de estabilización único para todo el sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos”, y en su artículo 88 se estableció la previsión de que “las reservas de estabilización que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, serán invertidas de forma que se coordinen las finalidades de carácter social con la obtención del grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente preciso”. Por último, en el artículo 91.1 LGSS/1994, sobre remanentes e insuficiencias presupuestarias, se incorporó el siguiente texto: “En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un Fondo de Reserva de la Seguridad Social con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y demás condiciones que determine la ley reguladora del mismo”.

Estas previsiones exigían para su efectiva puesta en práctica, la previa separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, que permitiera determinar la cuantía de su resultado económico, aislado de otros gastos e ingresos que se podían entender ajenos a la misma.

El Pacto de Toledo, en su redacción de 1995, incluyó en su recomendación primera el principio de separación y clarificación de las fuentes de financiación, y complementariamente con lo anterior, en su recomendación segunda, apartado XI, la posibilidad de que se creasen reservas para atenuar los efectos de los ciclos económicos, puesto que el sistema contributivo debía presentar unos presupuestos equilibrados⁶. Se señaló en el citado texto que el futuro Fondo se nutriría de los excedentes que pudieran existir en los ejercicios presupuestarios de los ciclos de bonanza económica, para que las reservas constituidas pudiesen ser utilizadas en momentos críticos de la economía, sin necesidad de incrementarse las cotizaciones sociales⁷. Dichas reservas deberían ser invertidas en la adquisición de títulos públicos en los mercados oficiales.

La citada recomendación segunda fue acogida en el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema, de 9 de octubre de 1996 y posteriormente en la Ley 24/1997⁸, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, dándose una nueva redacción al apartado 1 del artículo 91 LGSS/1994.

⁶ El Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el día 15 de febrero de 1994, aprobó la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), por la que se creaba una Ponencia con la finalidad de elaborar un informe que analizase los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social, e indicase las principales reformas que deberían acometerse en adelante, para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones, para lo que se incluyeron una serie de recomendaciones. La Proposición no de Ley puso énfasis en los crecientes déficits en que incurría el sistema, lo que podía comprometer gravemente el futuro de la sostenibilidad de la Seguridad Social. Por ello se consideraba necesario analizar la financiación y su proyección futura, previendo las medidas que deberían adoptarse para mitigar un posible déficit, entre ellas la existencia de un Fondo de Reserva.

⁷ En el mismo sentido véase “La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI”, Colección Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996, pág. 186. En este texto se hacía hincapié en la necesidad de establecer reservas, utilizando los posibles excedentes de los ejercicios presupuestarios para constituir fondos de equilibrio que permitiesen actuar en los momentos bajos de los ciclos económicos, permitiendo con ello dar estabilidad a la revalorización de las pensiones y posibilitando actuaciones concretas ante determinadas crisis de sectores productivos.

⁸ Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE de 16 de julio).

Más adelante, el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, en sus apartados II y III, adoptó medidas sobre la aplicación de los excedentes en cotizaciones sociales provenientes de las liquidaciones presupuestarias, y estableció la necesidad de dictarse la normativa reguladora del Fondo de Reserva, así como alcanzar en este una mensualidad ordinaria del total de pago de las prestaciones periódicas⁹.

En el mismo sentido se manifestó la Ley 18/2001¹⁰ General de Estabilidad Presupuestaria, en su artículo 17.2, mientras que la Ley 24/2001¹¹, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio una nueva redacción al artículo 91.1 LGSS/1994, en el que para el Fondo de Reserva de la Seguridad Social se determinaron entre otras cuestiones, que cumpliera la función de atender a las necesidades futuras del sistema, dotándose a cargo de los excedentes de los ingresos que financiasen los gastos de carácter contributivo y que resultasen de la liquidación de los Presupuestos de la Seguridad Social en cada ejercicio económico, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del Sistema lo permitiesen.

Correspondería al Gobierno la fijación de la cuantía de los excedentes destinados a las dotaciones y la materialización de las reservas. Con ello se establecía una doble condición: la existencia de excedentes y otra menos objetivable, que las posibilidades y la situación financiera del sistema lo permitiese. Esta segunda condición es la que habilitaba al Gobierno a considerar, entre otras cosas, las disponibilidades de tesorería o las previsiones de liquidez a corto plazo al decidir la cuantía de las dotaciones.

De modo específico, el Fondo de Reserva fue regulado por la Ley 28/2003¹² (en adelante LFR 2003), en la que se estableció su ordenación integral, quedando incluida en la misma su gestión financiera, los supuestos en los que procederían las dotaciones, su sistema de cálculo, la inversión en activos financieros públicos, los casos en que podían ser aplicados tales activos, así como la configuración de los órganos de gestión y de seguimiento del Fondo. El Real Decreto 337/2004 (en adelante RDFR 2004)¹³, desarrolló la Ley 28/2003, regulando y completando las prescripciones contenidas en la Ley, entre las que destacamos la determinación de excedentes para dotar al Fondo, su gestión financiera, o la composición y actuación de sus órganos de gestión.

La disposición adicional primera de la LFR 2003 dio una nueva redacción al artículo 91 LGSS/1994: “En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un Fondo de Reserva de la Seguridad Social con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y demás condiciones que determine la ley reguladora del mismo”.

⁹ La mensualidad se cuantificó en 800.000 millones de pesetas (4.808,1 millones de euros) para el año 2004, aunque se recomendó que ese importe ascendiera a 1 billón de pesetas (6.010,1 millones de euros).

¹⁰ Ley 18/2001 General de Estabilidad Presupuestaria, de 12 de diciembre (BOE de 13 de diciembre).

¹¹ Ley 24/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre).

¹² Ley 28/2003, de 29 de septiembre, (BOE de 30 de septiembre).

¹³ Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero (BOE de 9 de marzo).

El 15 de junio de 2007 el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social¹⁴, iniciativa legislativa que fue promovida tras el consenso alcanzado con los representantes sindicales y empresariales, pero que no prosperó por falta de acuerdo del conjunto de los grupos políticos parlamentarios¹⁵.

Por último, el Real Decreto-Ley 28/2012¹⁶, de Medidas de Consolidación y Garantía del Sistema de la Seguridad Social, en su artículo primero y más recientemente la Ley 36/2014¹⁷, de PGE para 2015, en su Disposición Adicional décima, introdujeron cambios que flexibilizaron el régimen de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, regulado en el artículo 4 de la Ley 28/2003, para permitir al Gobierno utilizar el Fondo en una cuantía superior de ser ello necesario.

La LFR 2003 fue suprimida por la Disposición derogatoria única, punto 11, del Real Decreto Legislativo 8/2015¹⁸, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), quedando la regulación del Fondo de Reserva agrupada en los artículos 117 a 127 de la LGSS. A su vez, el contenido del RDFR 2004 quedó modificado por los cambios legales citados que se han efectuado en relación con algunos de los aspectos de la regulación del Fondo de Reserva.

En la actualidad el Fondo de Reserva se encuentra regulado en el artículo 117 LGSS, donde se determina que en la TGSS se constituirá un Fondo de Reserva de la Seguridad Social con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y condiciones previstas en la presente ley, con la excepción de las modificaciones establecidas sobre el uso del Fondo por la Ley 36/2014 citada.

En la recomendación tercera del Pacto de Toledo, según la redacción recogida en el informe de su Evaluación y Reforma aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 25 de enero de 2011, no figuró ninguna referencia a la necesidad de proceder a una reforma legislativa que permitiese la renovación de la actual legislación del Fondo de Reserva¹⁹.

Como acabamos de indicar, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el 15 de junio de 2007 un apreciable proyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con la finalidad principal de modernizar y adaptar su gestión a las nuevas circunstancias, por la tendencia al crecimiento de los activos del Fondo y por la necesidad de alcanzar un mayor grado de eficacia en el cumplimiento de sus fines.

¹⁴ Véase AIBAR BERNAD, J.: “El Pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate”. En Revista Justicia Laboral, núm. 54, 2013, Lex Nova, págs. 119 y ss.

¹⁵ A pesar de que cuando el citado proyecto fue expuesto en la Comisión no permanente del Pacto de Toledo por el Secretario de Estado de la Seguridad Social, ninguna de las intervenciones de los representantes presentes de los grupos parlamentarios mostró rechazo a los principios rectores del citado proyecto. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, núm. 799, sesión del día 28 de marzo de 2007.

¹⁶ Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 noviembre (BOE de 1 de diciembre).

¹⁷ Ley 36/2014, de 26 de diciembre (BOE de 30 diciembre).

¹⁸ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre BOE de 31 de octubre.

¹⁹ Sólo el voto particular núm. 1, sin aportar muchos detalles, mencionó que estaba pendiente de efectuarse dicha modificación legislativa, con el consenso de todos los interlocutores sociales, rechazando la posibilidad de que se procediese a invertir una parte del Fondo en activos financieros privados y que se externalizase su gestión.

El proyecto respondía a una serie de directrices, tendentes a conseguir el mayor grado de eficacia del Fondo, entre los que destacaban las siguientes:

- En cuanto a la disposición de activos, se operaba en una doble dirección: se restringía la capacidad para disponer de tales activos únicamente en relación con las pensiones de carácter contributivo, evitando con ello que su destino pudiera derivarse hacia los gastos originados por su gestión; y se flexibilizaba la accesibilidad a dichos activos, en tanto que se eliminaba la exigencia de que las situaciones de déficit que posibilitasen esa disposición de activos debiesen ser de carácter estructural (artículo 4), condición poco precisa y hasta cierto punto contradictoria, en la medida en que la naturaleza estructural de las necesidades casaría mal en cualquier caso con una solución inevitablemente transitoria como es la disposición del Fondo.
- Respecto a la política de inversión, se recurría al establecimiento de criterios de flexibilización, lo que propiciaba que la inversión pudiera superar en el futuro el límite hasta entonces previsto, determinado por títulos emitidos por personas jurídicas públicas, y como aspecto importante contemplaba como principios de la política de inversión del Fondo de Reserva el de “responsabilidad social, económica y ambiental en la selección de activos” (artículo 5).
- En lo que se refiere a la composición y competencias de los órganos de gestión, se procedía a una reordenación de los existentes con el propósito de marcar de manera nítida la necesaria diferenciación entre los que tenían atribuidas las competencias de decisión y supervisión, de aquellos otros encargados básicamente de la ejecución de las políticas aplicables. Asimismo, se potenciaba el papel del órgano de participación social, como factor trascendente en la consecución del consenso en las principales directrices de la política de inversión y de gestión del Fondo de Reserva (artículos 10, 11 y 12).
- Como importante innovación en el modelo de gestión del Fondo de Reserva, en línea con la experiencia internacional seguida en la gestión de fondos públicos de reserva, dado el considerable volumen alcanzado en la dotación del Fondo y la necesidad de obtener la máxima eficiencia posible en su gestión, se contemplaba como poción una limitada externalización para que la gestión de una parte del activo del Fondo pudiera ser contratada, mediante el correspondiente concurso público, con terceros especializados en la gestión de activos, sin que ello supusiese una pérdida de control sobre la gestión (artículo 9).

2. LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DEL FONDO DE RESERVA

La gestión del Fondo de Reserva se lleva a cabo por la TGSS como titular del patrimonio de la Seguridad Social, a través de la Subdirección General de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva. Asimismo, a este Servicio Común le corresponde el seguimiento de las actuaciones económico-presupuestarias que se deriven de las operaciones que realice el Fondo.

Sobre lo anterior, el artículo 103.1 LGSS establece que las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado. Y el artículo 104.1 LGSS, dispone que la titularidad del patrimonio único de la Seguridad Social corresponde a la TGSS. Dicha

titularidad, así como la adscripción, administración y custodia del referido patrimonio, se regirá por lo establecido en la LGSS y demás disposiciones reglamentarias²⁰.

En igual sentido se pronuncia el artículo 4 RDFR 2004, donde se regula entre otros aspectos, la gestión financiera del Fondo de Reserva²¹.

El artículo 1 del Reglamento de Gestión Financiera de la Seguridad Social²² (RGFSS) atribuye a la TGSS la competencia general de la gestión de los recursos financieros del sistema y el procedimiento para la gestión de los ingresos y pagos del mismo, quedando incluidas entre tales funciones la administración del Fondo de Reserva, aunque ello no se cite expresamente. Lo mismo cabe señalar sobre la dispuesto en la Orden²³ de 1996 para la aplicación y desarrollo del RGFSS.

En el ámbito de la OCDE, muchos países disponen de un Fondo de Reserva, en gran parte de los casos para complementar su financiación. En algunos Estados la gestión del Fondo se realiza por la Administración de la Seguridad Social, pero en otros se han creado organismos autónomos para tal finalidad.

3. LA DOTACIÓN DEL FONDO DE RESERVA: SUS FUENTES DE FINANCIACIÓN

El artículo 118 LGSS, al regular la dotación del Fondo de Reserva, dispone que los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión que, en su caso, resulten de la consignación presupuestaria de cada ejercicio o de la liquidación presupuestaria del mismo se destinarán prioritaria y mayoritariamente²⁴, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de Seguridad Social lo permitan²⁵, al Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Estas circunstancias se reiteran en el artículo 120 LGSS.

Ni en la Ley, ni en su desarrollo reglamentario se definen los conceptos de posibilidades económicas, ni de situación financiera. Por ello, para que se dote al Fondo no basta con que

²⁰ El artículo 111 LGSS, en materia de inversiones, determina que “las reservas de estabilización que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, serán invertidas de forma que se coordinen las finalidades de carácter social con la obtención del grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente preciso”.

²¹ Según el citado artículo corresponderá a la TGSS la tramitación y la resolución de los expedientes derivados de las operaciones relacionadas con las materializaciones de las dotaciones para la adquisición de activos, y las correspondientes a su enajenación, reinversión y otras operaciones aprobadas por el Comité de Gestión del Fondo de Reserva. Asimismo, dispone el mencionado artículo que la TGSS tendrá la condición de titular de cuentas en el mercado de deuda pública en anotaciones, así como en cualquier otro mercado o sistema que determine el Comité de Gestión.

²² Aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto).

²³ Orden de 22 de febrero de 1996 (BOE de 29 de febrero).

²⁴ El Dictamen del Consejo Económico y Social de 31 de mayo de 2007 emitido sobre el anteproyecto de ley reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (en adelante DCES 2007), solicitó que se eliminase el adverbio “mayoritariamente” y el inciso sobre “siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de Seguridad Social lo permitan”, para conseguir de esa forma un compromiso de destino prioritario de los excedentes de cotizaciones sociales a la dotación del Fondo de Reserva, eliminando los conceptos de excesiva indeterminación.

²⁵ En la recomendación tercera del Pacto de Toledo, según la redacción de 2011, se indicó que los excedentes de la Seguridad Social sigan incrementando la dotación del Fondo “sin límite alguno”, evitándose “demoras innecesarias en la incorporación”.

existan excedentes, sino que el Gobierno debe decidir si las posibilidades económicas y financieras de la Seguridad Social hacen factible esa opción y en qué medida.

Prosigue el artículo 118 LGSS que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.3 de la misma norma, el excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de Contingencias Comunes de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (en adelante MCSS) se ingresará en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. En relación a ello, el artículo 1 RDFR 2004 establece que el exceso de excedentes que se derive de la gestión de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes se calculará en función del resultado patrimonial sobre ese tipo de gestión.

Las cantidades que se pueden ingresar en la cuenta de la que dispone el Fondo de Reserva en el Banco de España, pueden provenir de tres fuentes de financiación distintas:

- De los excedentes de los ingresos generados en el Sistema de Seguridad Social, en la cuantía que decida el Consejo de Ministros.
- De los excedentes que resulten después de dotar la Reserva de Estabilización de contingencias comunes de las MCSS, que se integrarán automáticamente en el Fondo de Reserva, sin necesidad de que se adopte ninguna decisión en tal sentido.
- De los rendimientos netos generados por los activos financieros del Fondo, y en su cuenta corriente abierta en el Banco de España, que también se ingresarán en el Fondo directamente.

Los distintos tipos de ingresos que recauda la Seguridad Social se encuentran enumerados con carácter general en el artículo 109 LGSS, y con mayor concisión en el artículo 1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante RGRSS).

De acuerdo con lo anterior, debemos distinguir entre los recursos destinados al pago de las pensiones contributivas, y los previstos para financiar la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva y universal, que están a cargo del Estado. Por ello, cuando se hace referencia a los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo deben considerarse las cuotas sociales, las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, los frutos, rentas, intereses, cualquier beneficio derivado de los recursos patrimoniales de la Seguridad Social, así como otros ingresos que se recauden.

El Reglamento sobre colaboración de las MCSS²⁶, señala en su artículo 73.3 que el 90% de los excedentes que resulten tras haberse dotado en su cuantía máxima la reserva de estabilización de incapacidad temporal por contingencias comunes y las restantes provisiones, se destinarán a la constitución del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

Para computar la rentabilidad acumulada del Fondo al final de cada ejercicio, se toman en consideración la rentabilidad proveniente de la cartera de valores, el saldo de la cuenta corriente del Fondo de Reserva existente en el Banco de España y los intereses devengados y

²⁶ Aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, (BOE de 12 de diciembre).

no cobrados²⁷. Como se ha señalado, todos estos ingresos pasan a formar parte automáticamente del Fondo en el momento en que se hacen efectivos sin necesidad de dotación.

3.1. La evolución de las dotaciones al Fondo de Reserva de la Seguridad Social

Hasta el 31 de diciembre de 2015, las dotaciones al Fondo de Reserva desde su inicio, ascendieron a 53.587.200.983 euros, de los cuales 52.112.915.657 euros correspondieron a las cantidades aprobadas por el Consejo de Ministros, y el resto, 1.474.285.386 euros, a los importes dotados por las MCSS. El conjunto de los importes asignados al Fondo de Reserva se distribuyen por años de la siguiente forma²⁸:

-Evolución de las dotaciones aprobadas por acuerdos del Consejo de Ministros (en millones de euros)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|-----------------------|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Datos por anualidades | 601 | 1.803 | 3.575 | 5.494 | 6.700 | 7.000 | 7.500 | 8.300 | 9.400 | ----- | 1.740 |

-Evolución de las dotaciones aportadas por las MCSS (en millones de euros)

| 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 20 | 5 | 42 | 110 | 120 | 80 | 69 | 223 | 227 | 196 | 279 | 103 |

-Rendimientos netos generados desde las primeras dotaciones al Fondo de Reserva (en millones de euros)

| 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | TOTAL |
|------|------|------|------|------|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 3 | 26 | 161 | 362 | 586 | 849 | 1.152 | 1.427 | 1.987 | 2.719 | 2.544 | 2.217 | 2.970 | 2.187 | 2.911 | 3.944 | 2.664 | 28.759 |

A finales del año 2011 el Fondo de Reserva alcanzó sus mayores provisiones, al llegar a disponer de 66.812 millones de euros. Mientras que en diciembre de 2016 el Fondo únicamente disponía de 15.020 millones de euros. Ello es consecuencia del intenso uso que se ha hecho de él desde 2012 a finales de 2016, hasta sumar la cifra de 65.587 millones de euros.

3.2. La administración de las dotaciones

La dotación al Fondo de Reserva se podrá efectuar con cargo a la liquidación presupuestaria del ejercicio anterior, o con cargo a la cifra que figure como dotación en los

²⁷ Véase DE LAS HERAS CAMINO, A. y LÓPEZ SANGUOS, D., "Un colchón para la Seguridad Social: el Fondo de Reserva de la Seguridad Social", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 346, 2012, pág. 155.

²⁸ Fuente: Informe anual presentado por el Gobierno a las Cortes Generales sobre evolución, actuaciones del año 2015 y situación a 31 de diciembre de 2015 del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

Presupuestos de ingresos y gastos de la TGSS, si bien ésta podrá quedar condicionada en cualquier caso a la situación financiera, como ya hemos tenido ocasión de señalar.

Los importes que no se encuentren invertidos, junto a los obtenidos por amortizaciones de títulos y liquidaciones de cupones, se mantendrán como saldos líquidos en la cuenta de tesorería, si bien no por esa razón dejarán de considerarse parte del Fondo y por ello su utilización exigirá los mismos requisitos que cualquier otra disposición.

En la medida en que en circunstancias normales la rentabilidad de esta cuenta es inferior a la que ofrecen el resto de activos en los que puede invertir el Fondo, y que la ventaja de liquidez es muy relativa, dados los trámites que cualquier disposición requiere y puesto que los activos en los que está invertido el Fondo se suelen encontrar entre los más líquidos, es importante que los fondos mantenidos en dicha cuenta sean los menores posibles, y que la inversión de los mismos se realice ágilmente como cuando así se decida, para lo que los órganos del Fondo deberán realizar una gestión dinámica de los recursos evitando la pérdida de rentabilidades.

La LGSS no determina de manera orientativa el volumen mínimo ni máximo al que deben ascender los recursos del Fondo para el cumplimiento de sus fines, aunque ello podría resultar conveniente, tanto porque una medida de ese tipo evitaría una posible desaparición del Fondo, o una acumulación excesiva de recursos²⁹.

3.3. La posible calificación del fondo como un sistema de capitalización

Sobre la naturaleza del Fondo, se suele afirmar en ocasiones que se trata de un fondo de capitalización, frente al principio de reparto que rige en el sistema de la Seguridad Social española. Quienes defienden esta tesis argumentan que el Fondo de Reserva, al igual que los sistemas de capitalización, se basa en “la inversión de cantidades para alcanzar una rentabilidad que sería la base del sistema”³⁰. No obstante, entendemos que no se trata de un fondo de capitalización según la definición clásica que se da a los mismos, ya que estos se basan en un ahorro que no se reparte de forma solidaria entre distintas generaciones, ya que se limita su aplicación a un colectivo muy concreto de beneficiarios que son sus propios contribuyentes.

Por el contrario, la disposición del Fondo de Reserva está prevista para cuando sean precisos sus activos para complementar el pago de las pensiones contributivas, hecho que altera en gran parte su consideración como fondo de capitalización, ya que del mismo podrán ser beneficiarias en tales supuestos las personas que ya están en la actualidad percibiendo una pensión, siguiendo los principios de reparto y de solidaridad.

²⁹ Existe un documento en el que se abordó esta cuestión, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, suscrito por los Agentes Sociales y el Gobierno. En dicho documento, en su punto tercero, se estipuló por los firmantes que la cuantía que debía alcanzar el Fondo era la equivalente a “una mensualidad ordinaria del total del pago de prestaciones periódicas que realiza la Tesorería General de la Seguridad Social”.

³⁰ Véase GALLEGOS LOSADA, R.: Un análisis crítico del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”. En Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 374, 2014, pág. 72.

4. LA DETERMINACIÓN DEL EXCEDENTE PRESUPUESTARIO

Dispone el artículo 119 LGSS que el excedente presupuestario será el correspondiente a las operaciones que financian prestaciones de carácter contributivo y demás gastos para la gestión del sistema de la Seguridad Social y, en concreto, en lo referente a las prestaciones contributivas, conforme a la delimitación establecida en el artículo 109.3.a) LGSS, con exclusión del resultado obtenido por las MCSS.

El excedente presupuestario por gastos relativos a prestaciones de naturaleza contributiva del sistema de la Seguridad Social en cada ejercicio económico será el constituido por la diferencia entre los derechos y las obligaciones por los importes reconocidos netos por operaciones no financieras, correspondientes a las Entidades Gestoras y TGSS, corregida con arreglo a criterios de máxima prudencia, en la forma que reglamentariamente se establezca, respetando los principios y normas de contabilidad establecidos en el Plan General de Contabilidad Pública.

Del mismo modo para la determinación del excedente presupuestario, dispone el artículo 1.1 RDFR 2004 que en primer término se calcule el alcanzado por las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social (en adelante EGSCSS). Dicho resultado parte de la liquidación presupuestaria del ejercicio.

Así, los derechos reconocidos netos, a efectos de determinación del excedente presupuestario del Fondo de Reserva, estarán constituidos por los recursos que financien prestaciones contributivas que se devenguen a favor de la Seguridad Social dentro del ejercicio correspondiente. En el artículo 109.1 LGSS podemos identificar los recursos o derechos que sirven para financiar las prestaciones contributivas, como son las cuotas que deban ingresar las personas obligadas, las cantidades que se devenguen en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga y los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales. Excepcionalmente, se considerarán recursos para financiar prestaciones contributivas, determinadas aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas.

En cuanto a las obligaciones reconocidas netas, a efectos de determinación del excedente presupuestario del Fondo de Reserva, estarán constituidas por el importe de las obligaciones de pago de prestaciones contributivas de Seguridad Social que hayan tenido su origen en el ejercicio correspondiente. Conforme al artículo 109.3.a) LGSS tendrán naturaleza de prestaciones contributivas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, con excepción de las señaladas en el citado artículo³¹, así como la totalidad de las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La diferencia a la que se refiere el artículo 1.1 del RDFR 2004 entre los derechos y obligaciones debe ser corregida, según el citado artículo, deduciendo los derechos y obligaciones que correspondan a prestaciones no contributivas, los derechos que se encuentren

³¹ El art. 109.3.b) de la LGSS establece que tienen naturaleza no contributiva: 1) Las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidos en la acción protectora de la Seguridad Social y los correspondientes a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. 2) Las pensiones no contributivas por invalidez y jubilación. 3) El subsidio por maternidad regulado en los artículos 181 y 182 de esta ley. 4) Los complementos por mínimos de las pensiones de la Seguridad Social. 5) Las prestaciones familiares reguladas en el capítulo I del título VI.

pendientes de cobro al final del ejercicio, y añadiendo a los derechos reconocidos los cobros realizados por cuotas y otros conceptos vinculados, relativos a presupuestos cerrados.

Existe un doble criterio para realizar el cálculo del excedente que puede ser utilizado para dotar al Fondo de Reserva, según se desprende del artículo 119 LGSS. El primero presupuestario, en relación a la determinación del excedente, ya que para su cálculo hay que partir de la liquidación presupuestaria de los ingresos que financian las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. El segundo criterio podrá ser económico-financiero (ya que el presupuestario está condicionado por las posibilidades económicas y la situación financiera del Sistema de Seguridad Social) y estar regido por el principio de máxima prudencia, respetando los principios y normas de contabilidad establecidos en el Plan General de Contabilidad Pública³².

La Intervención General de la Seguridad Social (en adelante IGSS), conforme a lo señalado en el artículo 2 RDFR 2004, dispone de la competencia para la determinación del excedente presupuestario y de las reglas que deben aplicarse para el registro contable de los importes destinados al Fondo de Reserva, así como los rendimientos, pérdidas y ganancias derivadas de su gestión, pero obviamente carece de capacidad para delimitar el importe máximo a dotar al Fondo³³, decisión que corresponde al Consejo de Ministros, como establece el artículo 120 LGSS, en la medida en que el Fondo depende de las circunstancias económicas y las posibilidades financieras del sistema. Esta condición es esencialmente prospectiva, frente a las consideraciones retrospectivas que realiza la contabilidad.

5. EL ACUERDO PARA LA DOTACIÓN DEL FONDO Y SU MATERIALIZACIÓN

Dispone el artículo 120 LGSS que las dotaciones efectivas y materializaciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema lo permitan, serán las acordadas, al menos una vez en cada ejercicio económico, por el Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los o titulares de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, de Hacienda y Administraciones Públicas, y de Economía y Competitividad.

La dotación del Fondo de Reserva consiste en el traspaso de recursos de la cuenta de ingresos de la que es titular la TGSS en el Banco de España, a la cuenta específica del Fondo de Reserva, abierta también en el citado Banco.

La materialización de fondos está basada en la incorporación efectiva de los recursos al Fondo de Reserva, bien mediante el traspaso a la cuenta en el Banco de España, lo que constituye una materialización inicial, o bien a través de la adquisición de activos financieros.

Una vez determinado el excedente presupuestario, conforme al artículo 119 LGSS, el procedimiento continúa, tal como se dispone en el artículo 3 RDFR, con el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros por el que se establece la dotación de los recursos al Fondo de

³² A la dotación que deben efectuar las Mutuas únicamente se aplica un criterio contable en la determinación del excedente y en la dotación que se efectúe en el Fondo. Véase el “Informe de fiscalización de los excedentes de la Seguridad Social y del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”, Tribunal de Cuentas, núm. 663, 2006, pág. 45.

³³ Véase el “Informe de fiscalización de los excedentes de la Seguridad Social y del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”, Tribunal de Cuentas, núm. 663, 2006, pág. 14.

Reserva, y concluye con la adquisición de los activos financieros por el Banco de España, quien actúa como banco agente de la TGSS en los mercados financieros, una vez que esta entidad ha recibido la orden de compra por la Tesorería.

Ya hemos indicado anteriormente que, con carácter general, los recursos que se podrán ingresar en el Fondo de Reserva estarán constituidos por los excedentes generados en el Sistema de Seguridad Social y por el excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de contingencias comunes de las MCSS. Asimismo, los citados recursos podrán provenir de los rendimientos netos de los activos e intereses de la cuenta corriente del Fondo de Reserva.

Hay que precisar que, a diferencia de lo que ocurre con los excedentes de ingresos que financian las prestaciones contributivas y demás gastos necesarios para su gestión, que se ingresarán en el Fondo de Reserva en la cuantía que decida el Consejo de Ministros, tal como se indica en el artículo 118.1 LGSS y se reitera en su artículo 120, los rendimientos que se generen en la cuenta abierta en el Banco de España para el Fondo de Reserva, y los que resulten de los activos financieros en los que se hayan materializado las dotaciones al Fondo, se integran de manera automática en el mismo.

Igualmente se incorporan automáticamente al Fondo de Reserva los excedentes que, conforme al artículo 118.2, deban ingresar las MCSS.

El acuerdo del Consejo de Ministros tendrá por objeto determinar el importe de las dotaciones al Fondo de Reserva, en función de los resultados presupuestarios, la situación económica y las disponibilidades financieras. La propuesta de acuerdo, junto a una Memoria económica, será informada por la Dirección General del Tesoro (en adelante DGTS), la IGSS y la TGSS, siendo posteriormente sometida al conocimiento de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

Aprobada la propuesta por el Consejo de Ministros, se remiten copias del mismo a la DGTS y a la TGSS para su cumplimiento. Con ello se autoriza a la TGSS para que realice la dotación al Fondo, transfiriendo recursos desde su cuenta abierta en el Banco de España a la cuenta corriente específica del Fondo de Reserva.

El acuerdo del Consejo de Ministros conlleva asimismo la obligación de que la materialización de los recursos aportados se realice en activos financieros públicos que, determinados por el Comité de Gestión, ejecutará la DGTS.

El acuerdo del Consejo de Ministros no tiene por qué hacer referencia al momento en el que la TGSS debe transferir los recursos financieros desde su cuenta corriente a la del Fondo de Reserva, para realizar la oportuna materialización financiera, aunque dicho acuerdo se entiende que debe implicar un inmediato traspaso del importe aprobado. La existencia de dotaciones y materializaciones lo más próximas posibles al inicio de cada ejercicio presupuestario, o del conocimiento de excedentes, suele ofrecer algunas ventajas, como la obtención de mayores rendimientos financieros, al disponerse de estos recursos por más tiempo, en la medida en que los rendimientos de los activos financieros en que se materialicen los recursos serán superiores a la rentabilidad de la cuenta corriente.

Para la materialización de los recursos con los que se ha dotado al Fondo de Reserva, la TGSS debe de llevar a cabo una serie de actuaciones orientadas a la adquisición de los activos financieros que previamente determina el Comité de Gestión del Fondo, procedimiento que analizaremos más adelante, cuando abordemos el artículo 122 LGSS.

6. LA DISPOSICIÓN DE ACTIVOS DEL FONDO DE RESERVA

Conforme al artículo 121 LGSS la disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se destinará exclusivamente a la financiación de las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión, y solo será posible en situaciones estructurales de déficit por operaciones no financieras del sistema de la Seguridad Social, no pudiendo exceder en cada año del tres por ciento de la suma de ambos conceptos y precisará de autorización previa del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad.

No obstante, como ya tuvimos ocasión de señalar en el apartado dedicado a los antecedentes normativos del Fondo de Reserva, tanto por el Real Decreto-Ley 28/2012 como por la Ley 36/2014, se introdujeron cambios que flexibilizaron el régimen de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, para permitir al Gobierno disponer del Fondo en una cuantía superior al tres por ciento que figura en el artículo 121 LGSS.

Justificó esta medida el Gobierno en el hecho de que la crisis económica estaba suponiendo un elevado déficit del Sistema de la Seguridad Social, provocando tensiones de liquidez, lo que obligaba a dejar sin efecto la limitación del tres por ciento en la disposición de los activos del Fondo de Reserva.

El RDL 2012 estableció que en los años 2012, 2013 y 2014, el Gobierno podría disponer del Fondo hasta el límite del importe del déficit por operaciones no financieras que se dedujesen de las previsiones de liquidación de los presupuestos de las EGSCSS. Se puede advertir que la norma no exigió al Gobierno la acreditación de insuficiencia financiera, sino que bastaba simplemente con que de las previsiones de liquidación presupuestaria se dedujera el déficit. Se aprecia que con esta medida ya que no se hace referencia a la liquidación presupuestaria de los ejercicios anteriores, sino exclusivamente a la previsible ejecución del presupuesto corriente.

La misma solución se aplicó para los ejercicios 2015 y 2016, autorizándose en iguales términos la posibilidad de disponer del Fondo de Reserva a medida que surgieran las necesidades, hasta un importe equivalente al déficit por operaciones no financieras que pusieran de manifiesto las previsiones de liquidación de los presupuestos de las EGSCSS de la Seguridad Social, que al efecto elaborase la IGSS, con arreglo a los criterios establecidos en la normativa reguladora de dicho Fondo.

6.1. Los supuestos en los que es posible disponer de los activos del fondo.

Con la salvedad que acabamos de exponer a la limitación del uso del Fondo, la regulación del Fondo de Reserva del artículo 121 LGSS limita la disposición de sus recursos a dos situaciones. La primera hace referencia a que aquellos sólo pueden utilizarse ante situaciones de carácter estructural de déficit por operaciones no financieras, y la segunda a que

sólo puede utilizarse un máximo del 3 por ciento del importe que supone el pago de las pensiones contributivas y demás gastos necesarios para su gestión.

El RDFR 2004, en su artículo 3.2, establece los supuestos en los que será posible disponer de los activos del Fondo, resultando necesario que: 1) existan situaciones estructurales de déficit por operaciones no financieras del Sistema de la Seguridad Social; 2) se financien exclusivamente las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión; 3) la cuantía de la disposición no sea superior al tres por ciento de la suma esos últimos conceptos.

Conforme al indicado artículo 3.2 RDFR 2004, se entenderá producida la situación estructural de déficit por operaciones financieras en dos hipótesis que a continuación se abordan, y cuya aplicación no está exenta de dificultades interpretativas en el orden práctico, como vamos a evidenciar:

- a) Cuando las previsiones de liquidación del excedente presupuestario de las EGSCSS, más el exceso de excedentes obtenidos por las MCSS, a efectos del Fondo de Reserva, arroje un resultado negativo durante tres semestres consecutivos, constituyendo éstos un ejercicio también negativo.
- b) Cuando la liquidación presupuestaria de un ejercicio presente un resultado negativo, y la previsión de liquidación realizada una vez transcurrido el primer semestre del ejercicio siguiente ponga de manifiesto un resultado negativo, acumulado para ambos ejercicios de más del 3 por ciento del crédito presupuestario de pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión.

Sobre lo señalado hay que precisar que pueden surgir problemas para aplicar lo preceptuado en el RDFR 2004, ya que en el ámbito de las EGSCSS y las MCSS, las cuentas son anuales y no semestrales, realizándose al final de cada ejercicio los ajustes contables, sin los que las cuentas no serían totalmente correctas. Esta circunstancia dificulta la realización de cálculos semestrales. Por ello, para que las previsiones semestrales que contempla el artículo 3.2 RDFR 2004 fueran correctas, sería necesario establecer un cierre de cuentas semestral, lo que implicaría importantes, cuando no insalvables inconvenientes.

Del mismo modo, podría ocurrir que una vez realizadas las previsiones, y transcurrido el plazo para el que fueron calculadas, se dispusiera de datos reales que fueran contrarios a tales predicciones, con lo que podría producirse una contradicción a causa de que los pronósticos posibilitaran la disponibilidad del Fondo de Reserva, aun cuando los datos reales fueran contrarios a dicha disposición.

A lo anterior hay que añadir que las situaciones de déficit presupuestario que regula la vigente legislación, no tienen porqué coincidir con las posibles dificultades de tesorería, aunque en momentos de déficit estructural ambas puedan concurrir temporalmente.

Por otra parte, como se ha indicado, la exigencia de que el déficit sea estructural contradice la naturaleza necesariamente transitoria del Fondo, que solo existirá en tanto que disponga de recursos. Si el déficit es realmente estructural, su solución requeriría de soluciones también estructurales. Al utilizarse ese término, el legislador quiso aparentemente distinguir

los déficits, aun transitorios, que podían dar lugar al uso del Fondo, de otras necesidades de liquidez estrictamente temporales, que pudieran producirse pero que no afectaran a la solvencia del sistema.

En conclusión, dada la literalidad de la norma en los dos casos contemplados, sería necesario acudir a criterios interpretativos para aclarar las condiciones sobre la disposición del Fondo de Reserva³⁴. Ello lleva a la necesidad de plantear una modificación normativa definitiva para facilitar el uso de los recursos del Fondo de Reserva, a pesar de que cuando ello resultó necesario a partir del año 2012, la fórmula que se incorporó a la normativa dictada para tal ocasión, consistió un enunciado más sencillo, permitiéndose usar al Gobierno cantidades del Fondo de Reserva hasta el límite del importe del déficit por operaciones no financieras, que se dedujesen de las previsiones de liquidación de los presupuestos de las EGSCSS, como detallaremos más adelante.

La solución que nos resulta más adecuada es la que se incorporó al PLFR, en el que manteniéndose el límite del 3 por ciento del importe de las pensiones contributivas para la disposición del Fondo (aunque ese porcentaje podría determinarse en una futura norma que fuese mayor), se introducía una modificación que flexibilizaba la posibilidad de disponer de sus recursos, ya que se preveía su utilización “en situaciones de déficit presupuestario por operaciones no financieras del Sistema, una vez acreditadas las insuficiencias financieras y en los términos del programa de estabilidad...” con lo que se eliminaba la exigencia de que las situaciones de déficit tuvieran un carácter estructural³⁵.

6.2. Activos del Fondo de Reserva de los que se ha dispuesto

La disposición de los activos del Fondo ha tenido la siguiente distribución hasta diciembre de 2015, según los años en los que se hizo uso de los mismos³⁶:

³⁴ En la práctica, para solventar tales dudas interpretativas, debería solicitarse una valoración a las Direcciones Generales de Ordenación de la Seguridad Social y de la IGSS, lo que podría dar lugar a opiniones administrativas diferentes sobre el alcance de la norma, hecho que a su vez constituiría una nueva contrariedad.

³⁵ En el DCES sobre el anteproyecto de ley reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, se valoró positivamente la mayor claridad que se alcanzaba en el PLFR, con relación a las posibilidades de disposición de activos del FRSS. En primer lugar porque se eliminaba la referencia a los gastos de gestión como posible destino de las disposiciones del Fondo, de manera que se reforzaba la vinculación exclusiva del Fondo a la financiación de las pensiones de carácter contributivo. Por otro lado, el anteproyecto introducía, al entender del CES, la necesaria flexibilidad en las posibilidades de recurrir al Fondo, al sustituir el concepto de “déficit estructural” por el de “déficit presupuestario por operaciones no financieras”, evitando así la posible discrecionalidad en la interpretación de aquel concepto y sometiéndolo además, a los términos del Programa de Estabilidad.

³⁶ A las citadas cantidades hay que añadir la utilización por el Gobierno de otros Fondos de la Seguridad Social, para financiar de forma complementaria las prestaciones contributivas. Nos referimos concretamente al antiguo Fondo de Prevención y Rehabilitación de las entonces denominadas Mutuas de AATT y YEPP, y de su sucesor, el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social perteneciente a las MCSS. La distribución de los importes utilizados, según los años, ha sido la siguiente hasta diciembre de 2015:

| | |
|-------------|-------------------------|
| - Año 2012: | 4.680 millones de euros |
| - Año 2013: | 375 millones de euros |
| - Año 2014: | 295 millones de euros |
| - Año 2015: | 3.271 millones de euros |
| - Total: | 8.621 millones de euros |

- Año 2012: 7.003 millones de euros
- Año 2013: 11.648 millones de euros
- Año 2014: 15.300 millones de euros
- Año 2015: 11.500 millones de euros
- Año 2016: 20.136 millones de euros
- Total: 65.587 millones de euros

7. LA GESTIÓN FINANCIERA DEL FONDO DE RESERVA

7.1. Los principios y criterios por los que se rige la gestión financiera del Fondo de Reserva

Prescribe el artículo 122 LGSS que los valores en que se materialice el Fondo de Reserva serán títulos emitidos por personas jurídicas públicas. Reglamentariamente se determinarán los valores que han de constituir la cartera del Fondo de Reserva, grados de liquidez de la misma, supuestos de enajenación de los activos financieros que lo integran y demás actos de gestión financiera del Fondo de Reserva.

Como se regula en el artículo 120 LGSS, las decisiones de dotación y materialización del Fondo de Reserva serán acordadas en su caso por el Consejo de Ministros. Para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 RDFR 2004, el Comité de Gestión del Fondo definirá al menos anualmente, y cuando lo estime conveniente, los valores en que se pueda materializar el Fondo de Reserva y los criterios generales que deberá seguir la Comisión Asesora en sus propuestas de inversión.

La Comisión Asesora del Fondo formulará las propuestas de actuación financiera para la adquisición y enajenación de activos del Fondo, tal como se establece en el art. 6 RDFR 2004.

A continuación, el Comité de Gestión decidirá los tipos de inversión, a lo que seguirán las posteriores actuaciones de la TGSS sobre materializaciones de adquisición de activos, enajenación, reinversión y otras operaciones sobre activos financieros previstos en la normativa aplicable, y la compra de los títulos de Deuda Pública por el Banco de España.

Los criterios de inversión de los recursos del Fondo de Reserva decididos por el Comité de Gestión se pueden recapitular en los siguientes³⁷:

- El Fondo de Reserva invertirá en deuda pública española, en activos emitidos por el Instituto de Crédito Oficial, y asimismo en la deuda que emitan los Estados Francés, Alemán y de los Países Bajos. Toda la deuda pública en la que se invierta deberá estar emitida en euros, y para el caso de la deuda emitida por los citados tres Estados, deberá ser de calidad crediticia elevada y negociada en mercados regulados o sistemas organizados de negociación³⁸.
- La inversión se realizará en activos con la máxima calidad crediticia.

³⁷ Fuente: Informe anual presentado por el Gobierno a las Cortes generales sobre evolución, actuaciones del año 2015 y situación a 31 de diciembre de 2015 del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

³⁸ Desde el año 2014 la totalidad del Fondo se invierte en activos españoles.

- La inversión en deuda pública de emisores no españoles que apruebe el Comité de Gestión del Fondo de Reserva, tendrá como límite que el importe total de la deuda extranjera sobre el total de la cartera no supere el 55% en valor nominal.
- Si las condiciones del mercado lo aconsejan se prevé la posibilidad de enajenación de activos, de acuerdo a los criterios de seguridad, rentabilidad y diversificación.
- La gestión se llevará a cabo teniendo en cuenta el horizonte temporal determinado por la planificación de los flujos futuros de entrada y de la disposición de fondos para la cobertura de las pensiones de carácter contributivo.
- La duración modificada³⁹ del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se situará entre el 3,5 y el 5, si bien el ritmo para alcanzar la duración deseada será gradual y podrá variar dependiendo de la coyuntura económica y financiera y de la situación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.
- La estructura de vencimientos de los valores de la cartera deberá ser equilibrada, evitándose concentraciones excesivas de vencimientos por plazos.
- Deberán diversificarse los valores españoles del Fondo de Reserva, evitándose concentraciones de una misma referencia en la cartera, cuyo peso en relación con el saldo vivo nominal no superará, con carácter general, el 16%. No obstante, este porcentaje máximo de cada referencia se aumentará del 16% al 35% para aquellas donde sea estrictamente necesario para cumplir con las condiciones de la inversión.

Acerca de los principios que deben orientar la política de inversión del Fondo de Reserva, el PLFR a diferencia de la normativa vigente, fijaba expresamente en su artículo 5 varios de ellos que debían entenderse como básicos, y dejaba abierta la posibilidad de que el denominado Comité de Supervisión y Control del Fondo de Reserva estableciese otros que considerase oportunos. Entre dichos principios figuraban los de seguridad, de rentabilidad, de diversificación de riesgos, de adecuación al horizonte temporal del Fondo y responsabilidad social, económica y ambiental en la selección de inversiones⁴⁰.

7.2. La inversión de los recursos del Fondo de Reserva

7.2.1. Los valores en los que se materializan las inversiones

Una de las características del Fondo de Reserva es que su cartera es a priori de vencimiento, debiéndose esperar a la amortización de los activos adquiridos para recuperar los recursos invertidos. A pesar de ello, en ningún apartado de la norma se impide la venta anticipada de los activos financieros o desinversiones, que componen la cartera del Fondo de Reserva.

³⁹ La duración modificada es una medida técnica de la duración media de una cartera de deuda y esencialmente representa una medida del riesgo de dicha cartera.

⁴⁰ Sobre lo anterior, el DCES 2007 puso de relieve que la incorporación de algunos principios al proyecto suponía “una novedad digna de resaltar”, al tiempo que con ello se reforzaba la seguridad jurídica y la transparencia en la gestión del Fondo, al “concretar en una norma con rango de Ley los principios de la política de inversión del mismo que hasta ahora se encontraban meramente enunciados en el RD 337/2004, en el contexto de la definición de las competencias del anterior Comité de Gestión del FRSS”.

De la elección de la duración del plazo medio de vencimiento de los activos dependerá la obtención de rendimientos, al variar el tipo de interés aplicable siendo, en general, más alta la rentabilidad cuanto más largo sea el plazo de vencimiento de la deuda. Por ello es importante que el grupo de gestores de la Administración que elevan a los órganos del Fondo sus estudios y sus análisis, realicen de forma permanente un seguimiento de los recursos líquidos existentes, de la situación del mercado secundario, etc., para desarrollar una adecuada actividad financiera. Ello igualmente permitirá reaccionar ante posibles pérdidas de rentabilidad en las inversiones efectuadas⁴¹.

La norma autoriza la inversión de los recursos del Fondo de Reserva en títulos emitidos por personas jurídicas públicas. Esto habilita teóricamente para la adquisición de títulos de deuda pública del Estado, y también de las Comunidades Autónomas, de la Administración Local y de personas jurídicas públicas extranjeras⁴².

El PLFR concretaba y a su vez ampliaba los valores e instrumentos financieros en los que se permitía al Fondo materializar sus inversiones. En el artículo 6 se preveían los siguientes:

- Efectivo y depósitos en entidades de crédito.
- Valores de renta fija emitidos por entidades públicas o privadas que contasen con una calidad crediticia mínima otorgada por una agencia de calificación reconocida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Acciones y otros instrumentos financieros que diesen derecho a la participación en los fondos propios del emisor, admitidos a negociación en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.
- Instrumentos financieros derivados admitidos a negociación en un mercado regulado.
- Acciones y participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Otros valores e instrumentos financieros que se estableciesen reglamentariamente, o por el Comité de Supervisión y Control del Fondo de Reserva.

⁴¹ Para la toma de decisiones es importante que el Comité de Gestión disponga de una adecuada proyección económico-actuarial del gasto en pensiones y de los ingresos en cotizaciones, donde se refleje el horizonte temporal de aplicación de los recursos del Fondo en años venideros.

⁴² El Comité de Gestión del Fondo de Reserva (así como específicamente la DGTS) entendieron que la deuda emitida por el Estado era el único tipo de activo financiero público que cumplía los requisitos de rentabilidad, liquidez, seguridad, presentando igualmente un mercado con un amplio volumen de contratación y de referencias, no recomendándose por ello la inversión en otro tipo de activos financieros públicos emitidos por otras Administraciones Territoriales estatales, como las CC.AA., o Ayuntamientos, u otras dependientes del resto de las Administraciones Territoriales. Las razones a la negativa de compra de activos emitidos por estas Administraciones consistían en la falta de una adecuada liquidez, ausencia de calificación de la deuda emitida, o la insuficiente periodicidad en las emisiones. Véase el “Informe de fiscalización de los excedentes de la Seguridad Social y del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”, Tribunal de Cuentas, núm. 663, 2006, pág. 109.

Del mismo modo, el citado PLFR en su artículo 7, establecía el listado de los límites para hacer efectiva la inversión, tratando con ello de reducir el riesgo que podría asumir el Fondo⁴³.

Conforme a las posibilidades que brinda en la actualidad la normativa aplicable, dependiendo del importe de inversión de recursos del Fondo de Reserva en deuda pública española, la concentración de deuda en su poder puede representar grados de concentración altos, llegando ello a influir en el mercado secundario de deuda pública, restando liquidez a determinados activos al retirarlos del mercado. Por esa razón el Comité de Gestión estableció un criterio consistente en que el Fondo no debería disponer en su cartera de más de un determinado porcentaje del valor en circulación de emisiones de deuda pública.

Asimismo en el entorno de los países de la OCDE se aprecia una variedad en el tipo de inversiones que se efectúan, pudiendo distinguirse las realizadas en activos de renta fija, fundamentalmente pública pero también privada, en acciones normalmente de forma pasiva, en algunos casos ejerciendo un papel activo en la gestión de las empresas en que se invierte⁴⁴, e incluso en otro tipo de productos más insólitos, como las inversiones inmobiliarias.

Se observa en los últimos años un cambio de tendencia, buscando los Estados una mayor rentabilidad al invertir en activos emitidos en otras zonas geográficas⁴⁵.

7.2.2. Las características de la cartera de valores

Tal como hemos mencionado, conforme al contenido de la LGSS, el artículo 3 RDFR 2004 prevé la inversión del Fondo en títulos emitidos por personas jurídicas públicas, nacionales y extranjeras, de calidad crediticia elevada y con un significativo grado de liquidez, negociados en mercados regulados o sistemas organizados de negociación. En relación a ello, corresponde al Comité de Gestión, tal como dispone el artículo 5.2 RDFR 2004, definir los valores en que se pueda materializar el Fondo de Reserva y los criterios que debe seguir la Comisión Asesora al abordar sus propuestas de inversión. Para tal fin, el Comité de Gestión establecerá los requisitos que deban cumplir los valores que constituyan la cartera del Fondo, como son el ámbito geográfico de los emisores, la calidad crediticia de los valores, el grado de liquidez determinado por el spread de cotización entre los precios bid y ask y profundidad del mercado⁴⁶.

⁴³ En las observaciones que figuraron en el DCES 2007, se afirmó que la reorientación de la política de inversión del Fondo, mediante la que se buscaba una mayor rentabilidad, se articulaba admitiendo con cautelas la inversión en instrumentos financieros distintos de los emitidos por personas jurídicas públicas. Esta nueva posibilidad de gestión financiera del Fondo de Reserva estaba en línea con la experiencia acumulada de otros fondos similares en el ámbito internacional.

⁴⁴ Es llamativo el fondo soberano noruego (Norges Bank Investment Management), que en 2013 anunció que comenzaría a ejercer un papel más activo en la gestión de las empresas en las que invirtiera (<http://www.ft.com/cms/s/0/b2083798-acd0-11e2-9454-00144feabdc0.html>).

⁴⁵ Véase GALLEGOS LOSADA, R.: "Un análisis crítico del Fondo de Reserva de la Seguridad Social". En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 374, 2014, pág. 78.

⁴⁶ El término spread se define como la diferencia entre el precio al que el denominado creador o promotor de mercado está dispuesto a vender un activo y el precio al que se desea comprar. La expresión ask hace referencia al precio de oferta de un activo por el creador de mercado. La palabra bid corresponde al precio de demanda de un activo en el mercado secundario.

La cartera de valores puede reunir las siguientes características:

- Ser una cartera a vencimiento, lo que supondrá que la inversión se mantenga hasta el momento del vencimiento de los títulos de deuda adquiridos.
- Constituir una cartera sobre la que sea posible realizar desinversiones, hecho que permitirá, según los casos, llevar a cabo una gestión activa del Fondo de Reserva, para aprovechar con ello determinadas oportunidades de inversión que se presenten.
- Debe buscarse a través de las inversiones el equilibrio entre la rentabilidad y la seguridad en el mantenimiento del valor de los activos en los que se invierta. Para adoptar este tipo de decisiones, el Comité de Gestión debe decidir el horizonte temporal para el vencimiento de las inversiones, considerando las necesidades futuras, y que podrán ir variando según las carencias que experimente el Sistema de Seguridad Social sobre financiación de las prestaciones contributivas.
- Los activos financieros en los que se inviertan los recursos del Fondo deben disponer de una adecuada liquidez, ya que si eventualmente existe la necesidad de desprenderse de ellos, una insuficiente liquidez puede provocar pérdidas al obtenerse un precio inferior a su valor.
- Cuando se produce el cierre de cada ejercicio, la valoración de la cartera se efectúa a precio de adquisición, o en su caso a precio de mercado, si este último valor es inferior al de adquisición. El precio de mercado que debe ser considerado será el menor entre el correspondiente al último día cotizado o el relativo al valor medio del último trimestre del ejercicio. Si el valor de adquisición es superior al de mercado, se dotará la correspondiente provisión por depreciación de la cartera de valores.
- La estructura del tipo de cartera puede estar distribuida en varios tramos: deuda a corto plazo hasta 18 meses, deuda a medio plazo de duración de 3 y 5 años, y deuda a largo plazo con una duración muy variable de 10 o más años. Las inversiones realizadas a más largo plazo generarán lógicamente mayores rendimientos. Por ello es necesario conciliar dos intereses: la potencial exigencia de utilizar el Fondo de Reserva y la obtención de mayor rentabilidad.

Como consecuencia del requisito de que las inversiones del Fondo se realicen en activos con la máxima calidad crediticia, podrían surgir dudas sobre si esta condición debe aplicarse a la inversión en bonos extranjeros o también nacionales. La exigencia de la máxima calidad crediticia, aplicable a activos extranjeros, fue adoptada por el Comité de Gestión en el año 2004, coincidiendo con el comienzo de la diversificación de las inversiones en deuda de países extranjeros, sin que tal requisito fuese de aplicación a la deuda pública española. Se da la circunstancia de que cuando se constituyó el Fondo de Reserva estuvo invertido exclusivamente en deuda española, hasta finales de 2003, aunque España no alcanzó la máxima calidad crediticia hasta 2001 según Moody's y hasta 2004, según Standard and Poor's⁴⁷.

⁴⁷ Véase GALLEGO LOSADA, R.: "Un análisis crítico del Fondo de Reserva de la Seguridad Social". En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 374, 2014, pág. 69.

7.2.3. La materialización de los recursos

Existen diversas actuaciones que debe desarrollar la TGSS para materializar los recursos del Fondo de Reserva, que se inician con la emisión de una orden de compra por la que ordena al Banco de España que realice las actuaciones que permitan efectuar la adquisición de activos.

La Subdirección General de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva de la TGSS deberá conformar el correspondiente expediente de gasto, que lo remitirá a la IGSS para su fiscalización. Una vez obtenida la fiscalización se emitirán las órdenes de adquisición de los activos financieros al Banco de España, figurando en las mismas los datos identificativos de los activos financieros en los que está previsto invertir y el importe.

La compra de los títulos de deuda pública se efectúa por el Banco de España, que interviene como agente, una vez recibida la orden de compra emitida por la TGSS, tras lo que el Banco de España cargará el importe en la cuenta corriente del Fondo por un importe igual al de la orden de compra, y al mismo tiempo realizará un abono por el mismo importe en una cuenta vinculada a la cuenta corriente del Fondo de Reserva, en la que figurarán todas las operaciones relacionadas con los activos financieros del Fondo, como las compras de títulos, su amortización, o los cobros.

Como se precisa en el artículo 3.1 RDFR 2004, los activos financieros en los que se materialicen los recursos del Fondo deberán ser anotados en la cuenta abierta por la TGSS en la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores (Iberclear).

Desde el momento en que se previó por el Gobierno que resultaría necesario disponer de los activos del Fondo de Reserva, los plazos de inversión variaron en favor de periodos de inversión más cortos, de manera que los vencimientos y otros flujos se ajustasen lo más posible a las necesidades de liquidez (“*matching*”). Si ello no hubiera sido así, debería haberse recurrido a la enajenación anticipada de activos.

La cartera de activos del Fondo de Reserva: clasificación según los plazos de inversión, la inversión en deuda pública nacional o extranjera, la rentabilidad.

La cartera de activos de la que disponía el Fondo de Reserva hasta diciembre de 2015, clasificada por plazos o zonas, presentaba la siguiente distribución⁴⁸:

| Activos | Precio adquisición | Porcentaje | Valor nominal | Porcentaje |
|--------------------|--------------------|------------|----------------|------------|
| Zona a corto plazo | 7.545.931.475 | 23,02% | 7.531.076.000 | 23,62% |
| Zona 3 años | 20.330.990.988 | 62,04% | 19.556.915.000 | 61,32% |
| Zona 5 años | 3.384.396.994 | 10,33% | 3.424.279.000 | 10,74% |
| Zona 10 o más años | 1.510.266.617 | 4,61% | 1.378.462.000 | 4,32% |
| Total | 32.771.586.076 | 100% | 31.890.732.000 | 100% |

⁴⁸ Fuente: TGSS.

Como ya hemos señalado en líneas anteriores, la inversión en deuda pública de emisores no españoles que apruebe el Comité de Gestión del Fondo de Reserva, tendrá como límite que el importe total de la deuda extranjera sobre el total de la cartera no supere el 55% en valor nominal. A pesar de ello, los activos financieros del Fondo de Reserva en los años 2014 y 2015 se invirtieron en su totalidad en deuda pública española. En la distribución de los citados activos en 2013, una pequeña parte de la inversión todavía se realizó en activos extranjeros, en un porcentaje del 3,19 por ciento⁴⁹.

La evolución de la rentabilidad del Fondo de Reserva hasta diciembre de 2015, distribuida según diferentes indicadores, fue la siguiente⁵⁰:

- De los activos de renta fija (tasa interna media de rentabilidad calculada sobre el valor nominal adquirido): 3,54%
- De la rentabilidad de la cuenta abierta en el Banco de España: 0,20%
- De la rentabilidad acumulada anualizada: 4,85%

Cabe precisar que la rentabilidad de los activos de renta fija está definida por la tasa interna de rendimiento (TIR) de cada título en el momento de su compra (la TIR de adquisición). La TIR de adquisición de la cartera actual, está compuesta por los títulos adquiridos desde diciembre de 2000 y que forman parte de la cartera a diciembre de 2015.

En diciembre de 2015 los activos financieros a corto plazo se encontraban invertidos, en obligaciones del Estado y bonos del Estado; los activos colocados a tres años estaban invertidos en el mismo tipo de referencias. Los activos a cinco años y a 10 o más años fueron invertidos exclusivamente en obligaciones del Estado.

Sobre la rentabilidad obtenida en la cuenta abierta en el Banco de España, hasta el 31 de diciembre de 2004, el tipo nominal aplicable al importe que la TGSS tenía depositado en la cuenta abierta en el Banco de España afectaba exclusivamente al Fondo de Reserva y según lo estipulado en el convenio suscrito entre la TGSS y el Banco de España, era la “media simple de los tipos marginales de la subasta semanal del Sistema Europeo de Bancos Centrales (operaciones principales de financiación) publicadas durante el período correspondiente a la liquidación de la cuenta”. A partir del 1 de enero de 2005 y hasta 31 de julio de 2012, el interés nominal aplicado fue “igual al tipo Eonia⁵¹ día a día menos siete puntos básicos (centésimas de porcentaje), aplicado a los saldos existentes al cierre de cada día”. Desde el 1 de agosto del 2012 hasta el 10 de junio de 2014 se aplicó este tipo sin descuento, siendo el Eonia la medida del tipo de interés efectivo vigente en el mercado interbancario del euro a un día.

Por último, la rentabilidad acumulada del Fondo se obtiene por comparación entre el valor liquidativo teórico de una hipotética participación en el Fondo en el momento actual, y el valor inicial en el momento en que se creó el Fondo, anualizándose posteriormente dicha rentabilidad acumulada para hacerla comparable en términos anuales.

⁴⁹ Fuente: Informe anual presentado por el Gobierno a las Cortes generales sobre evolución, actuaciones del año 2015 y situación a 31 de diciembre de 2015 del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

⁵⁰ Fuente: TGSS.

⁵¹ Se define Eonia como el índice medio del tipo del euro a un día, fruto de las operaciones de crédito interbancarias.

8. LOS ORGANOS DE CONTROL Y SEGUIMIENTO DEL FONDO DE RESERVA

8.1. El Comité de Gestión del Fondo de Reserva. Funciones

Al Comité de Gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social le corresponde, según el artículo 123 LGSS, el superior asesoramiento, control y ordenación de la gestión económica del Fondo de Reserva.

El Comité está presidido por el Secretario de Estado de la Seguridad Social y se compondrá, además, de:

- a) Un vicepresidente primero, que será el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.
- b) Un vicepresidente segundo, que será el Secretario de Estado de Presupuestos y Gastos.
- c) El Director General de la TGSS.
- d) El Director General del Tesoro.
- e) El Interventor General de la Seguridad Social.
- f) El Subdirector General de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva de la TGSS, que ejercerá las funciones de secretario de la comisión, sin voz ni voto.

Las funciones del Comité de Gestión

Conforme a lo dispuesto tanto en artículo 123 LGSS, como en el RDFR 2004, corresponden al Comité las siguientes funciones:

- La elaboración del informe que debe ser presentado a las Cortes Generales sobre la evolución del Fondo.
- El asesoramiento, control y ordenación de la gestión económica del Fondo de Reserva.
- La decisión sobre los criterios de inversión del Fondo, y específicamente el calendario e importe de la disposición de sus recursos.
- Cualquier otro criterio que permita una gestión del Fondo eficiente, rentable, segura, diversificada y congruente con los plazos adecuados a sus finalidades.
- La definición de los valores en que se pueda materializar el Fondo, así como los criterios generales que deberá seguir la Comisión Asesora en sus propuestas de inversión.
- La decisión sobre la enajenación de activos financieros del Fondo.
- Delimitar la inversión en efectivo y cualquier otro requisito que considere de interés para una gestión eficiente del Fondo.
- Puede decidir en su caso que se efectúe un asesoramiento externo al propio Comité y a la Comisión Asesora, algo que hasta el momento no ha sucedido.

El Consejo Económico y Social, en su DLFR 2003, propuso la creación de lo que denominó un único *Comité General*, con las funciones del Comité de Gestión y de las

Entidades Gestoras sobre el Fondo, e integrando en el nuevo órgano, además del citado Comité de Gestión, a la Comisión Asesora de Inversiones y a la Comisión de Seguimiento del Fondo⁵².

La actuación del comité de gestión

La norma actualmente vigente no regula el sistema de adopción de acuerdos por el Comité de Gestión, que son alcanzados de forma colegiada. Los mismos tratan de asuntos diversos, en función de las competencias atribuidas.

En el artículo 5.1 RDFR 2004 se establece la exigencia de que el Comité se reúna al menos una vez cada semestre y siempre que la gestión del Fondo lo exija. En la práctica la periodicidad de sus reuniones suele ser mayor que el mínimo exigido. En todo caso es conveniente que el tiempo que transcurra entre las materializaciones del Fondo de Reserva y la reunión del Comité sea el menor posible, para de esa forma realizar una gestión ágil.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Comité de Gestión debe recibir de la Comisión Asesora información relativa a la evolución de algunos indicadores relacionados con la gestión del Fondo de Reserva:

- La situación del Fondo en la fecha en la que se reúna el Comité de Gestión. Este apartado podrá recoger información sobre las actuaciones desarrolladas desde la última reunión del Comité, tales como la inversión realizada desglosada por tramos y referencias, las amortizaciones de activos, o la cartera resultante después de las inversiones.
- El análisis de la rentabilidad del Fondo de Reserva procedente de los activos financieros y de la cuenta corriente.

Existen una serie de condicionantes externos a la actuación del Comité de Gestión⁵³, que se pueden resumir en los siguientes:

- La incertidumbre sobre la evolución de las principales magnitudes del Sistema de Seguridad Social, especialmente referida al importe del déficit que se estime que existirá para atender al pago de las obligaciones en materia de prestaciones contributivas, el desconocimiento del horizonte temporal a partir del cual será necesario utilizar los recursos del Fondo, y en el caso de que existan excedentes, calcular el volumen de estos que será capaz de generar la Seguridad Social.
- En momentos en que el Sistema de Seguridad Social es capaz de dar lugar a importantes excedentes, como en los anteriores a la llegada de la crisis económica, el Comité de Gestión ha de tomar importantes decisiones sobre inversión en activos financieros.

⁵² El CES propuso asimismo que se podría propiciar la asistencia de asesores expertos en las funciones asignadas al Comité. Las razones que esgrimió el CES se basaban en que las Comisiones creadas por la Ley de 2003 hacían compleja la estructura organizativa del Fondo. El CES sugería en el DLFR 2003 que el *Comité General* tuviese carácter tripartido, con igualdad en el número de representantes de la Administración, sindicatos y organizaciones empresariales más representativas. Adujo igualmente que en el citado organismo “se debía reproducir la participación prevista para los interlocutores sociales en la regulación de los Consejos Generales de las entidades gestoras de la Seguridad Social”.

⁵³ Vid. “Informe de fiscalización de los excedentes de la Seguridad Social y del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”, Tribunal de Cuentas, núm. 663, 2006, pág. 98.

- La obligatoriedad de invertir los recursos del Fondo en activos financieros públicos, que deben ser adquiridos en el mercado secundario, que se distingue por la incertidumbre derivada de las variaciones de los tipos de interés.

Las principales decisiones del Comité de Gestión respecto a la materialización de los recursos del Fondo de Reserva conciernen a dos aspectos:

- Al porcentaje del Fondo que ha mantenerse en la cuenta corriente que existe para aquel en el Banco de España. En general esta proporción será mínima, salvo que exista una expectativa en el mercado secundario de deuda pública que desaconseje la inversión inmediata de los recursos líquidos, hasta que las oportunidades de obtener una mejor rentabilidad surjan. También podría resultar necesario acumular recursos en la cuenta corriente del Fondo para hacer frente a los déficits que se produzcan en momentos puntuales.
- La decisión acerca de los activos concretos en que materializar los recursos, determinando qué porcentaje de los mismos se invierte en deuda pública española o extranjera, a que plazos y en qué títulos.

Ambos tipos de decisiones se adoptan por el Comité sobre la base de los informes y propuestas que le eleva la Comisión Asesora, si bien no está limitado por ellos.

El PLFR pretendía modificar la composición y competencias de los órganos de gestión del Fondo, reordenando los existentes, con la finalidad de establecer la diferencia entre los que tenían atribuidas las competencias de decisión y supervisión, de aquellos con función de ejecución de la gestión financiera.

De esa forma, en el artículo 10 PLFR se regulaba el denominado Comité de Supervisión y Control del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, para desarrollar las tareas de ordenación y superior control de la gestión. Entre las funciones que se le asignaban encontramos alguna novedosa, como la formulación de propuestas normativas, mientras que se precisaban otras que ya ejercía sin que estuviesen contempladas explícitamente en la Ley vigente, como la fijación de los criterios de inversión o la disposición de información exhaustiva sobre la proyección futura de los fondos necesarios para la cobertura financiera de las pensiones contributivas.

8.2. La Comisión Asesora de inversiones

De acuerdo con el artículo 124 LGSS la Comisión Asesora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social tendrá como función asesorar al Comité de Gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social en orden a la selección de los valores que han de constituir la cartera del Fondo, formulación de propuestas de adquisición de activos y de enajenación de los mismos y demás actuaciones financieras del Fondo.

Esta comisión estará presidida por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa y estará compuesta, además, por:

- a) El Director General de la TGSS.
- b) El Director General del Tesoro.
- c) El Director General de Política Económica.

- d) El Interventor General de la Seguridad Social.
- e) El Subdirector General de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva de la TGSS, que ejercerá las funciones de secretario de la comisión, con voz pero sin voto.

Conforme al citado artículo 124 LGSS y al artículo 6 RDFR 2004, la Comisión Asesora del Fondo de Reserva tiene la función principal de proponer al Comité de Gestión iniciativas sobre de la elección de valores que formarán parte de la cartera del Fondo, sugerir propuestas de adquisición de activos y su enajenación, y en general remitir orientaciones sobre la gestión financiera del Fondo. A su vez, el Comité de Gestión traslada a la Comisión Asesora los tipos de valores en que se pueda materializar el Fondo, así como los criterios generales que deberá seguir en sus propuestas de inversión.

Las cuestiones sobre las que la Comisión Asesora informa al Comité de Gestión, son entre otras las siguientes:

- Del contexto económico y financiero (comportamientos de los mercados bursátiles a nivel internacional, evolución de la deuda pública o del PIB de otros Estados, medidas adoptadas por los Bancos Centrales en relación con la política monetaria, impacto previsible de determinados acontecimientos económicos o políticos...).
- De la evolución reciente y expectativas futuras de los tipos de interés, según los plazos de inversión, de acuerdo a la información anterior reseñada, u otro tipo de modelos.
- De los importes que pueden ser invertidos y las necesidades de liquidez previstas en su caso.
- De los rendimientos de los activos financieros alternativos, fundamentalmente, de la cuenta en el Banco de España.
- Del plazo para que el Banco de España ejecute la decisión de inversión que en su caso se adopte.

Sobre la base de todo lo anterior, la Comisión seleccionará un número limitado de alternativas de inversión concretas para su elevación al Comité.

La Comisión Asesora ejerce de esta manera, una función eminentemente técnica y en ella el papel de la DGTS es particularmente relevante por su conocimiento de la situación del mercado de deuda pública. Igualmente, el hecho de que muchos integrantes de la Comisión Asesora formen parte también del Comité de Gestión facilita la transmisión de información y el proceso de adopción de decisiones que, como se ha explicado, ha de ser muy ágil.

El PLFR, en su artículo 11 cambió la denominación de este Órgano por la de Comisión Ejecutiva del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, con funciones de ejecución y aplicación de la política de inversión y los criterios de inversión acordados por el Comité de Supervisión y control del Fondo de Reserva.

Asimismo, el citado PLFR en su artículo 9, previó la cuestionada opción de permitir que la gestión de una parte del Fondo pudiera ser contratada mediante el oportuno concurso

con terceros que se dedicasen a la gestión de activos, con las funciones de asesoramiento, y de ejecución y gestión de valores. Esta posibilidad nunca se ha llevado a la práctica.

8.3. La Comisión de Seguimiento

El conocimiento de la evolución del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se encomienda a la Comisión de Seguimiento del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, conforme al artículo 125 LGSS.

La Comisión de Seguimiento estará presidida por el Secretario de Estado de la Seguridad Social o persona que el mismo designe y se compondrá, además, de:

- a) Tres representantes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, designados por el Secretario de Estado de la Seguridad Social.
- b) Un representante del Ministerio de Economía y Competitividad.
- c) Un representante del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- d) Cuatro representantes de las distintas organizaciones sindicales de mayor implantación.
- e) Cuatro representantes de las organizaciones empresariales de mayor implantación.
- f) El Subdirector General de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva de la TGSS, que actuará como secretario de la comisión, sin voz ni voto.

3. La Comisión de Seguimiento conocerá semestralmente de la evolución y composición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, para lo cual el Comité de Gestión, la Comisión Asesora de Inversiones y la TGSS Social facilitarán información sobre tales extremos con carácter previo a las reuniones que mantenga dicha comisión.

En cuanto a las facultades de la Comisión de Seguimiento, se facilitará a los componentes de ésta información sobre la evolución y composición del Fondo que deberá ser elaborada por el Comité de Gestión, la Comisión Asesora de Inversiones y la TGSS, e irá destinada a los representantes de los distintos sindicatos y de las organizaciones empresariales.

Dicha información tendrá que ser aportada por el Presidente del Comité de Gestión, con carácter previo a las reuniones que tengan lugar, y según dicta el artículo 7.3 RDFR 2004, deberá ser entregada con una antelación mínima de 10 días hábiles.

La información que deberá conocer la Comisión de Seguimiento es la siguiente:

- Situación, evolución y datos más representativos del Fondo de Reserva en cada periodo semestral.
- Actuaciones desarrolladas, incluidos los criterios de inversión y gestión aplicados al periodo semestral.
- Análisis de la rentabilidad actualizada del Fondo, diferenciando la rentabilidad de los activos en renta fija de la de la cuenta corriente del Fondo abierta en el Banco de España.
- Previsiones para futuros ejercicios.
- Aspectos operativos del Fondo de Reserva.

El artículo 7 RDFR 2004, además de reiterar en lo fundamental lo establecido en el artículo 125 LGSS, exige que la Comisión se reúna al menos con una periodicidad semestral para conocer la evolución y composición del Fondo de Reserva.

Se ha criticado desde algunos sectores que no exista una Comisión de Control del Fondo de Reserva similar a la que poseen los Planes de Pensiones, en la que figuran representantes del empresario dada su condición de promotor, y de los trabajadores y los beneficiarios del Plan, en calidad de partícipes, o semejante a las existentes en los Fondos de Pensiones, en las que se integran los representantes de los planes, proporcionalmente a su patrimonio⁵⁴.

En el mismo sentido se ha solicitado una mayor democratización del control de la gestión del Fondo de Reserva, al demandarse un mejor diseño de aquella, y de su control y auditoria, debiéndose encomendar esa función según esta corriente de opinión, a la Administración de la Seguridad Social o a un organismo independiente del Sistema de Seguridad Social, constituido por representantes del Gobierno, de los trabajadores y de los empresarios. Así, ese organismo que evitaría el uso del Fondo con “fines partidistas”, se encargaría de establecer la forma en que se realizarían las inversiones⁵⁵.

En el PLFR esta Comisión mantenía la misma denominación, pero se le otorgaban en el artículo 12 novedosas funciones que potenciaban su función como órgano de participación social, entre las que cabe destacar:

- La obligatoriedad de que se le trasladara la decisión de disponer de activos del Fondo, para su análisis y valoración.
- La necesidad de que se le solicitara con carácter previo, informe sobre las normas que pudieran dictarse en el desarrollo de la Ley reguladora del Fondo.
- La exigencia de que se le informase acerca de los documentos de estrategia en los que se fijasen los criterios de la política inversora, sus límites y el diseño de selección de los gestores.
- Remisión del preceptivo conocimiento de la gestión del Fondo de Reserva y su seguimiento.

En opinión del CES, según expresó en DCES 2007, resultaba adecuada la potenciación del órgano consultivo de participación de los interlocutores sociales, al haberse añadido a sus funciones la de informar con carácter previo y preceptivo las normas de desarrollo, los documentos de estrategia de la política de inversión y el diseño del proceso de selección de los gestores, al tiempo que se consolidaba la obligación de ser informado puntual y periódicamente de la evolución y composición del Fondo.

En la actualidad la Comisión de Seguimiento posee esencialmente capacidades informativas, y no de control, ni de gestión. La Comisión no recibe información alguna acerca de las futuras decisiones sobre la gestión del Fondo de Reserva, pero en la medida en que estas

⁵⁴ Véase REDONDO RINCON, G.: “Mejorar la rentabilidad del Fondo de Reserva de la Seguridad Social: ¿una quimera de oro?”, artículo integrado en el volumen “Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social”, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2014, pág. 101.

⁵⁵ Véase DEL AGUILA CAZORLA, O.: “El riesgo político de los regímenes de reparto en la gestión del Fondo de Reserva”, artículo integrado en el volumen “Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social”, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2014, pág. 121.

se basarán, por lo general, en información pública, ejerce una función informal de fiscalización, al enfrentar públicamente a los representantes de los órganos de gestión del Fondo con los resultados de sus acciones⁵⁶.

9. CARÁCTER DE LAS OPERACIONES DE GESTIÓN E IMPUTACIÓN PRESUPUESTARIA

Las materializaciones, inversiones, reinversiones, desinversiones y demás operaciones de adquisición, disposición y gestión de los activos financieros del Fondo de Reserva de la Seguridad Social correspondientes a cada ejercicio tendrán carácter extrapresupuestario, obligando el artículo 126 LGSS a que se imputen definitivamente el último día hábil del mismo al presupuesto de la TGSS, conforme a la situación patrimonial del Fondo en dicha fecha, a cuyo efecto serán objeto de adecuación los créditos presupuestarios.

La regulación del control de las materializaciones y la disposición de activos del Fondo de Reserva se encuentra en el artículo 8 RDFR 2004, en el que se señala que las mismas estarán sujetas a control interno por la IGSS, según lo previsto en el Real Decreto 706/1997 (en adelante RDIGSS)⁵⁷.

Las dotaciones y disposiciones del Fondo de Reserva constituyen en la contabilidad presupuestaria lo que se conoce como gastos e ingresos por activos financieros y no computan, por lo tanto, en la determinación del déficit presupuestario de la Seguridad Social. El cálculo del déficit presupuestario solo tiene en consideración los ingresos y gastos no financieros para su cálculo.

Cuando la Seguridad Social presente superávit en los términos previstos, el mismo se utilizará generalmente para dotar el Fondo de Reserva, y dichas dotaciones constituirán una

⁵⁶ Respecto a la composición de la Comisión de Seguimiento, el Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4) dictó una sentencia de 18 de mayo de 2006 (RJ20063045) por la que declaró la nulidad de un apartado del artículo 7 RDFR 2004. Dicha sentencia resolvió un recurso presentado por el sindicato Confederación Intersindical Gallega, mediante el que se impugnaba un inciso del punto 2 del mencionado artículo, en el que se refería “que se deberán nombrar dos representantes por cada uno de los dos sindicatos que tengan acreditada mayor implantación en el año anterior a su designación”. El recurso se fundamentó en que dicha regulación iba en contra de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (BOE de 30 de septiembre) (en adelante LFR 2003), vulnerando igualmente el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE, en relación con los artículos 6.3.a) y 7.1 de Ley Orgánica de Libertad Sindical. La sentencia del TS anuló el apartado recurrido, señalando que lo pretendido por la Ley era que en la Comisión de Seguimiento “existan cuatro voces distintas de los sindicatos de mayor implantación”, sin que sea posible que sólo se elijan dos representantes por cada uno de los sindicatos de mayor implantación. Igualmente acertada la pareció al CES, en su DCES 2007, la composición paritaria de la Comisión de Seguimiento que se proponía en el PLFR, así como la referencia a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, y no “de mayor implantación”.

⁵⁷ Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo (BOE de 28 de mayo), por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la IGSS. El artículo 1 del citado Real Decreto establece que el control interno de la gestión económico-financiera de las Entidades Gestoras, los Servicios Comunes, las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y las Sociedades Estatales y entes constituidos por estas, se realizará por la IGSS, sobre los actos de contenido económico que la integran. El artículo del 2 del RDIGSS precisa que la función interventora tendrá por objeto “controlar los actos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes, cuando se trate de examinar entre otros supuestos la inversión o la aplicación en general de los caudales públicos, con el fin de asegurar que su administración se ajusta a la normativa aplicable”, debiendo constatarse mediante dicha comprobación la eficacia y la eficiencia de las actuaciones administrativas.

compra de activos financieros y, por lo tanto, un gasto financiero. Por el contrario, cuando la Seguridad Social presente déficit, se financiará mediante el recurso al Fondo de Reserva y la aplicación del mismo supondrá la realización de ingresos por activos financieros.

Por otra parte, el hecho de que la operativa del Fondo tenga carácter extrapresupuestario, es decir, que no se refleje en el presupuesto de la Seguridad Social hasta el final del ejercicio, debe entenderse justificado por la agilidad que requiere la gestión financiera del Fondo, que se vería ralentizada de tener que someterse a los trámites presupuestarios ordinarios, lo que podría ir en detrimento de sus resultados y por el hecho de que, como hemos indicado, no tenga incidencia en el cálculo del déficit económico. No obstante, al cierre de cada ejercicio se realiza el ajuste presupuestario correspondiente, por la variación de activos del ejercicio tanto a corto plazo (menos de un año) como a largo plazo. Igualmente, el saldo financiero de la cuenta del Fondo en el Banco de España en el último día del ejercicio tendrá la consideración de activo financiero a estos efectos.

El Fondo de Reserva de la Seguridad Social tiene reflejo contable en el activo del balance de situación consolidado de las EGSCSS, pero no así en el pasivo del balance⁵⁸.

10. EL INFORME ANUAL A LAS CORTES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De conformidad con el artículo 127 LGSS, el Gobierno presentará a las Cortes Generales un informe anual sobre la evolución y composición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Dicho informe será remitido por el Gobierno a las Cortes Generales a través de su Oficina Presupuestaria, que lo pondrá a disposición de los Diputados, Senadores y las Comisiones parlamentarias.

El artículo 5 RDFR 2004 encomienda al Comité de Gestión del Fondo de Reserva, entre otras funciones, la elaboración del informe anual sobre la evolución y composición del Fondo de Reserva, para ser elevado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social al Gobierno, y su presentación por éste a las Cortes Generales en el primer semestre del ejercicio siguiente al que se refiera el informe.

De acuerdo con la previsión de este artículo, el Gobierno aporta anualmente a las Cortes Generales la información que le es requerida sobre la situación del Fondo, para conocimiento de los Diputados, los Senadores y las Comisiones Parlamentarias. Destaca especialmente la comparecencia del Secretario de Estado de la Seguridad Social, en representación del Gobierno, en la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo, en la que además de proveer los datos que exige la LGSS, procede a explicar y a descifrar los mismos.

El mencionado informe anual tiene, en líneas muy generales, el siguiente contenido:

- Recursos de los que disponía el Fondo de Reserva en el momento del cierre del ejercicio de que se trate y su proporción sobre el PIB.

⁵⁸ Vid. "Informe de fiscalización de los excedentes de la Seguridad Social y del Fondo de Reserva de la Seguridad Social", Tribunal de Cuentas, núm. 663, 2006, pág. 31. El Tribunal de Cuentas, en su Declaración sobre la Cuenta General del Estado de los ejercicios 2000 y 2001, requirió que el Fondo de Reserva figurase reflejado y contabilizado en el pasivo del Balance con sus dotaciones acumuladas en cuentas de Fondos Propios.

- Dotaciones aprobadas por el Consejo de Ministros y dotaciones ingresadas por las MCSS, así como los rendimientos netos, desde la creación del Fondo.
- Disposiciones por el Gobierno de los recursos del Fondo de Reserva.
- Criterios vigentes de inversión y de gestión del Fondo.
- Actuaciones realizadas en el último ejercicio:
 - o Sobre modificación de los criterios de gestión e inversión en caso de que se hayan producido.
 - o Sobre adquisición de deuda pública y su distribución, especificando los plazos en los que se han realizado, si la deuda adquirida es española o extranjera (en el mercado primario o secundario) y en que importes,
 - o Sobre decisiones de enajenación de deuda pública, anticipación de enajenación de activos, etc.
- Comparación de los resultados de gestión del Fondo de Reserva con el ejercicio anterior.

Si bien en la LGSS se exige que el Gobierno facilite a las Cortes Generales en el informe anual datos “sobre la evolución y composición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social”, la regulación que pretendía establecer el PLFR era más completa.

Ello era así porque el PLFR, en su artículo 15, se refería no sólo con carácter general al informe anual, sino que requería que se diera detalle pormenorizado de las reservas constituidas, del excedente destinado a dotar al Fondo y, aquel momento, al excedente dedicado a los fines de prevención y rehabilitación. También se recogía la obligación para el Secretario de Estado de la Seguridad Social de que compareciese anualmente en la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo para informar de la evolución del Fondo⁵⁹.

⁵⁹ El CES consideró en el DCES 2007, que el PLFR mejoraba en buena medida la transparencia en la gestión del Fondo, al introducir la obligación de informar a las Cortes Generales, no sólo sobre la composición y evolución del Fondo, sino también sobre la política de inversión, “con especial referencia a los modelos de gestión aplicados, tanto con carácter anual como en las ocasiones en que se produzcan cambios sustanciales”.

Seguridad Social y Muerte y Supervivencia desde un enfoque no contributivo

Social Security and Survivors' Benefits from a non-contributory approach

DANIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

ACTUARIO. DIRECTOR DE ECONOMÍA ESPAÑOLA Y PROTECCIÓN SOCIAL

Resumen

Las prestaciones de muerte y supervivencia son uno de los puntales socioeconómicos de la Seguridad Social en España, si bien sus características y diseño hacen que sean firmes candidatas a una profunda transformación. Una alternativa es la reforma hacia prestaciones no contributivas, posibilidad que se revisa en este artículo desde distintos enfoques y que presenta fortalezas pero también incertidumbre.

Abstract

Survivors' benefits are one of the most important socioeconomic pillars of the Social Security in Spain, although its features and design promote a deep transformation. Changing benefits to non-contributory scheme is one of the alternatives, which is studied in this article from different approaches. Any strengths and weaknesses are also detected.

Palabras clave

Seguridad Social, Prestaciones de muerte y supervivencia, Prestaciones no contributivas

Keywords

Social Security, Survivors' benefits, Non-contributory benefits

1. LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

En España, el modelo no contributivo de protección –también denominado en ocasiones asistencial o universal– se puede separar en prestaciones de seguridad social y en otros beneficios a conceder por las Administraciones Públicas de diverso ámbito territorial: estatal, autonómico y/o local.

En cuanto a la Seguridad Social, la caracterización de una prestación no contributiva puede plantearse desde un enfoque jurídico que presente como tales a aquellas así expresamente reconocidas en 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 (en adelante, LGSS)¹. Sin embargo, en la práctica distintos argumentos distorsionan esta caracterización puesto que coberturas con marcado fundamento asistencial se incardinan en un modelo que dice ser contributivo². También podría plantearse que el rasgo asistencial se manifiesta en aquellas prestaciones por las que sus beneficiarios no cotizan al sistema, si bien surgen aquí nuevas matizaciones pues el contexto asistencial trasciende de la Seguridad Social y, por otra parte, hay quien sí ha realizado aportaciones aunque su objetivo de cobertura fuese distinto al

¹ Con el antecedente impulsor de la ya derogada Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

² Frente a otras acepciones, aquel en el que existe una relación entre la corriente de aportaciones y la de prestaciones.

finalmente conseguido. Aun cuando pudiera aceptarse como criterio definitorio, existen otros con mayor fuerza y precisión.

Un punto de vista más equilibrado es definir el campo no contributivo según la preeminencia de la condición de beneficiario sobre la de asegurado en un escenario de marcada solidaridad; no se satisfacen los requisitos para el acceso a una prestación contributiva y el beneficiario presenta unas condiciones socioeconómicas que le hacen acreedor de una cobertura concreta en la modalidad asistencial de protección; no se requiere, por tanto, la existencia de un vínculo entre la corriente de aportaciones y la de prestaciones inherente. Así, las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social son la expresión intensa del principio de solidaridad al abrigo de los preceptos del artículo 41 de la Constitución Española, de tal forma que es en este campo donde se plasma la realidad que emana del enunciado constitucional que aboga por un régimen público de seguridad social que garantice la cobertura “ante situaciones de necesidad” (algo que no se puede decir del modelo contributivo, indiferente a tal situación), tal y como ya reconocía la exposición de motivos de su norma fundacional. En la Seguridad Social esta fórmula de protección puede estructurarse principalmente en los siguientes segmentos³: pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, prestaciones familiares no contributivas, maternidad no contributiva, prestaciones asistenciales por desempleo y, finalmente, el denominado complemento a mínimos.

1.1. El modelo básico y los requisitos de acceso

Para dar cumplimiento a su función y objetivos las prestaciones no contributivas tienen una cuantía “mínima” que hace frente a un estado de necesidad, pero a la vez una limitación cuantitativa para eludir la falta de equidad que surge al obviar el esfuerzo contributivo realizado. No es siempre sencillo establecer las fronteras de lo que es o debe ser realmente un sistema no contributivo aun cuando, sin perjuicio de las particularidades de cada prestación, dos son los requisitos básicos que la Seguridad Social impone para el acceso al mismo: la residencia y la carencia de recursos suficientes, bien entendido que el concepto de suficiencia o necesidad vinculado a esta carencia se diluye cuando los beneficios se mueven en un entorno de compatibilidad de rentas. Por otra parte, estas prestaciones se han relacionado con supuestas políticas sociales en las que otros factores vienen a ganar relevancia en la configuración legislativa y de gestión; por ello, la ausencia de recursos va perdiendo peso frente a otras características del individuo: *sexo, discapacidad, etnia*, etc. que se asimilan a la necesidad, incluso con preferencia sobre las condiciones económicas y los recursos existentes. De forma resumida, los requisitos fundamentales de acceso y, cuando procede, de conservación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social son los siguientes:

A) Residencia legal en territorio nacional

Este requisito para el beneficiario se concreta de forma genérica en el artículo 7 de la LGSS, si bien en la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se requiere que

³ Sin perjuicio de otras posibles coberturas en materia de asistencia sanitaria, servicios sociales o asistencia social en los términos estipulados en el Capítulo IV del Título I y el artículo 109.3 de la LGSS y con las particularidades propias del complemento a mínimos.

tales hijos o menores residan también en territorio español⁴. En el caso de la jubilación se exige que se haya residido durante 10 años entre la edad de 16 años y la de devengo de la pensión, de los cuales 2 deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de aquélla, mientras que en el caso de la invalidez no contributiva la residencia mínima es de 5 años, 2 de los cuales han de ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

B) Carencia de recursos suficientes

En las pensiones de invalidez y jubilación se considera que no existen rentas o ingresos suficientes⁵ cuando, en cómputo anual, su suma sea inferior al importe fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si el solicitante convive con otras personas en una misma unidad económica, el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes se cumple cuando la suma de los ingresos de todos los integrantes de dicha unidad económica no alcanza el límite anual de acumulación de recursos L , cuya expresión, para un importe anual de la pensión P y un número N de convivientes es:

$$L = P \cdot [1 + 0,7 \cdot (N - 1)]$$

Si en la misma unidad económica conviven el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, el nuevo límite de acumulación de recursos será igual a 2,5 veces el calculado mediante la fórmula anterior. Para el año 2016 los límites de recursos establecidos para el caso general o la convivencia con familiares en primer grado son los siguientes:

Tabla 1. Límites para la carencia de recursos

| Año 2016 | Caso general | Convivencia |
|----------------|---------------------|---------------------|
| 2 convivientes | 8.756,02 euros/año | 21.890,05 euros/año |
| 3 convivientes | 12.361,44 euros/año | 30.903,60 euros/año |
| 4 convivientes | 15.966,86 euros/año | 39.917,15 euros/año |

Por su parte, las pensiones de invalidez no contributivas no impiden el ejercicio de actividades, lucrativas o no, compatibles con el estado del beneficiario y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo⁶, si bien con ello se da lugar a la desnaturalización de la esencia primigenia de una cobertura cuya finalidad había sido precisamente compensar la imposibilidad constatada de desempeñar una labor generadora de rentas propias.

⁴ El artículo 7 de la LGSS considera comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a afectos de las prestaciones no contributivas, a los españoles residentes en territorio español y a los extranjeros que residan legalmente en dicho territorio, en los términos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros, y/o de los instrumentos jurídicos de carácter internacional aprobados, suscritos o ratificados al efecto. Respecto a la asignación económica por hijo a cargo, véase el artículo 352.1. de la LGSS.

⁵ La disyuntiva sobre los conceptos de *renta* y *patrimonio* es permanente, manteniéndose una sobreprotección de quienes tienen bienes menos líquidos que pueden revertir a terceros tras su fallecimiento, aun a pesar de que existen instrumentos para facilitarles renta adicional a cambio de activos sin perder la disponibilidad de los mismos hasta el óbito.

⁶ Artículo 366 de la LGSS.

En las pensiones familiares, para 2016 y excepto para la prestación por parto o adopción múltiples, el criterio de suficiencia económica supone que no se perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.576,83 €, cuantía que se incrementará en un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. En el caso de familias numerosas con tres hijos a cargo el límite es de 17.423,84 €, incrementándose en 2.822,18 € por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido⁷.

Finalmente, para el subsidio por desempleo profesional la regla general establece que la carencia de rentas no se cumple si se obtienen rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional (SMI), excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias⁸.

C) Otros requisitos

Junto a los requerimientos básicos mencionados se encuentran otras condiciones de acceso y mantenimiento para cada prestación según su particular naturaleza, de entre las que aquí citamos las siguientes:

En la pensión de jubilación el beneficiario tiene que tener al menos 65 años, mientras que en la pensión de invalidez ha de ser mayor de 18 y menor de 65 años y tener un grado de incapacidad o enfermedad crónica mínimo del 65%.

En cuanto a las prestaciones familiares, se requiere que ninguno de los progenitores tenga derecho a prestaciones de la misma naturaleza en otro régimen público de seguridad social y, para la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en España, la lógica existencia de un nuevo descendiente bajo tales condiciones pero dentro de una familia con una estructura acorde a las reconocidas expresamente por la ley: familia numerosa, familia monoparental o madre con discapacidad mínima del 65%.

Respecto a la maternidad, se requiere observar los requisitos generales de afiliación y alta contenidos en el artículo 165 de la LGSS y la ocurrencia de un período de descanso legalmente reconocido y vinculado a situaciones de maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar de duración superior a un año, pero sin cumplir los requisitos de cotización en función de la edad establecidos para la cobertura asociada a la maternidad en la modalidad contributiva.

Finalmente, para el subsidio por desempleo se requiere la inscripción como demandante de empleo y su mantenimiento durante al menos de un mes, sin haber rechazado oferta laboral adecuada o acciones encaminadas a la mejora de la cualificación o capacidad de inserción laboral, y encontrarse en alguna de las situaciones recogidas en el artículo 274 de la LGSS.

⁷ Para otros criterios complementarios o particulares al respecto de las prestaciones familiares véanse los artículos 351 a 362 de la LGSS.

⁸ Artículo 275 de la LGSS, con las particularidades existentes para trabajadores mayores de 55 años, con cónyuge y/o hijos menores de 26 años (o mayores incapacitados o menores acogidos), donde como “renta” a comparar se utiliza la renta media de la unidad familiar.

1.2. Las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación

Para el año 2016 la cuantía íntegra anual individual de esta clase de pensiones es de 5.150,60 euros⁹, con un complemento anual de 525 euros cuando el pensionista acredite no tener vivienda en propiedad y sí alquilada, como residencia habitual, una vivienda cuyo propietario no tenga con él relación de parentesco hasta tercer grado ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con relación de afectividad equivalente a la conyugal. En las unidades familiares en las que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, cuya cuantía individual se somete a lo indicado en el epígrafe anterior respecto al límite de acumulación de rentas, solo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler o, de ser varios, el primero de ellos. Por su parte, los pensionistas de invalidez no contributiva cuyo grado de invalidez sea igual o superior al 75% y acrediten necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria percibirán, además, un complemento del 50% de la cuantía anual fijada como pensión.

El volumen de la nómina total en pensiones no contributivas de invalidez y jubilación en el año 2015 fue de 2.371,11 millones de euros¹⁰, de los cuales aproximadamente el 53,3% pertenece a jubilación y el 46,7% a invalidez; esta cuantía ha evolucionado positivamente un 10,64% desde 2009 a 2015. Por su parte, el número conjunto de pensiones no contributivas de esta naturaleza se ha mantenido prácticamente estable entre 2009 y el cierre de 2015, hasta alcanzar en esta fecha las 453.547, el 56,08% de ellas de jubilación.

1.3. Prestaciones familiares

El Capítulo I del Título VI de la LGSS determina tres categorías de prestaciones familiares no contributivas, con el siguiente diseño y cuantías para 2016:

- Una prestación en forma de pago único por parto o adopción múltiples. Su cuantía depende del número de hijos por cada acción, siendo 4 veces el SMI en el caso de 2 hijos, 8 veces el SMI en el caso de 3 hijos y 12 veces el SMI para un número de hijos superior.
- Un pago único por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales o madres con discapacidad de al menos el 65%, cuya cuantía general es de 1.000 euros.
- Una asignación económica por cada hijo a cargo menor de 18 años, o mayor de dicha edad y con discapacidad al menos del 65%, así como por los menores a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción¹¹. La cuantía en 2016 es de 291 euros anuales por hijo o, para un hijo con discapacidad, 1.000 euros cuando éste tenga un grado de discapacidad al menos del 33%, de 4.414,80 euros cuando sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad al menos el 65% y de 6.622,80 euros cuando sea mayor de

⁹ Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 y Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016. En caso de unidad económica de convivencia el importe de una pensión individual no puede ser inferior al 25% de la cuantía íntegra del ejercicio.

¹⁰ Fuente: Instituto de Mayores y Servicios Sociales. *Informe mensual del seguimiento y evolución de la gestión*.

¹¹ Pueden ser beneficiarios los hijos huérfanos o abandonados por sus padres o con discapacidad mayores de 18 años cumpliendo los requisitos adicionales establecidos en el artículo 352.2 de la LGSS.

18 años, su discapacidad alcance al menos el 75% y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria.

1.4. Prestaciones de maternidad no contributiva

Teniendo en cuenta las situaciones protegidas enunciadas en el epígrafe 1.1., junto a una alternativa basada, entre otros requisitos, en la exigencia de períodos mínimos de cotización (excepto para menores de 21 años, donde la relación cotización y prestación queda diluida a pesar de encontrarnos en una prestación teóricamente contributiva), existe una opción especial no contributiva sin tales exigencias de cotización y cuya cuantía se calcula aplicando el 100% al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) o a la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal por contingencias comunes si ésta fuese inferior¹². Esta cuantía tendrá una duración de 42 días naturales a contar desde el parto, como norma general, o de 56 días naturales en el caso del nacimiento de hijo en una familia numerosa (o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición), del nacimiento en una familia monoparental, de supuestos de parto múltiple o cuando la madre o el hijo estén afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

1.5. Prestaciones asistenciales por desempleo

Según el artículo 265.1.b) de la LGSS, la protección asistencial por desempleo comprenderá:

- Un subsidio por desempleo. Su cuantía será igual al 80% del IPREM durante seis meses, prorrogables entre y 6 y 30 meses según las características socioeconómicas del beneficiario, siendo la prórroga general de un máximo de 18 meses.
- El abono, en su caso, de la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo en los supuestos establecidos en el artículo 280 de la LGSS (que giran principalmente alrededor de un criterio de edad: 55 años).
- El derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, si procede, a las familiares, en igualdad de condiciones que los trabajadores incluidos en un régimen de seguridad social.

1.6. El complemento a mínimos

Los beneficiarios de pensiones contributivas de la Seguridad Social tienen derecho a un complemento monetario hasta alcanzar las cuantías mínimas establecidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, siempre que residan en territorio español y cumplan determinadas condiciones económicas¹³. El complemento a mínimos da lugar a una pensión

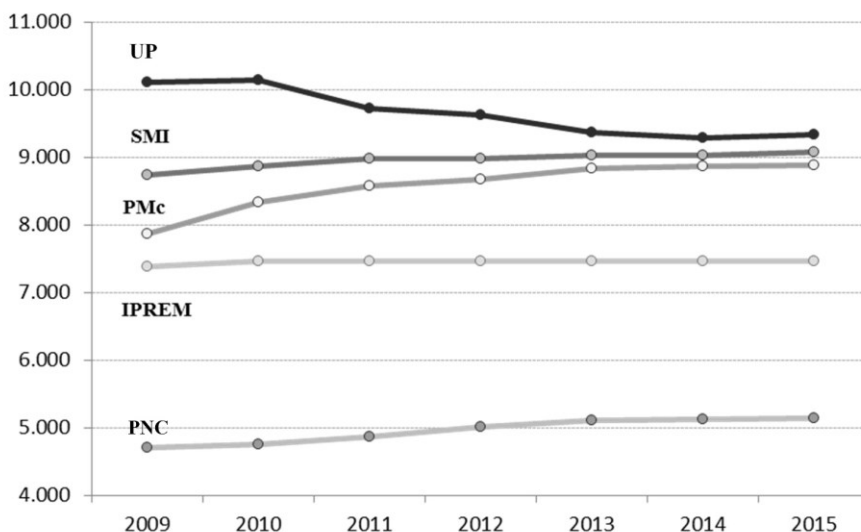
¹² Calculada conforme a los artículos 179 ó 248 de la LGSS.

¹³ Según el artículo 59.1 de la LGSS: no percibir rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, o que, percibiéndolos no excedan de la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Véase este artículo de la LGSS para otras consideraciones de interés sobre el complemento a mínimos.

mínima y, en teoría, cumple una función de lucha contra la exclusión y la pobreza, aun cuando en la práctica no siempre existe una relación con dicha función, configurándose como un elemento de carácter asistencial que se desliga de la cotización y no tiene en cuenta el esfuerzo contributivo realizado por quien efectúa ésta, por lo que se ha dicho que¹⁴: “las pensiones mínimas garantizan un nivel de vida mínimo para los mayores y son uno de los componentes básicos de los Estados del Bienestar. Pero tienen el inconveniente de que crean desincentivos para el trabajo, porque garantizan un nivel de consumo mínimo con independencia de cuál haya sido el historial laboral de las personas y, por lo tanto, de sus aportaciones a la financiación de las pensiones y de los bienes públicos en general”.

De cara a la interpretación global del entorno asistencial, a continuación se presenta un resumen de la evolución de algunas magnitudes significativas.

Gráfico 1. Evolución de parámetros relacionados con la cobertura asistencial



Fuente: elaboración propia con datos del Instituto Nacional de Estadística (Encuesta de Condiciones de Vida), Instituto de Mayores y Servicios Sociales (*Evolución de las nóminas 2009-2015*) y de la Seguridad Social (*Anexo al Informe Económico Financiero. Presupuestos año 2016*). Valores anuales.

UP: Umbral de pobreza para un hogar unipersonal con alquiler imputado¹⁵.

SMI: Salario Mínimo Interprofesional.

PMc: Pensión contributiva mínima de jubilación con al menos 65 años para una unidad unipersonal.

IPREM: Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.

PNC: Pensión no contributiva sin complemento por vivienda ni por ayuda por tercera persona.

Con cuanto antecede y tenida en cuenta la existencia de protección adicional más allá de la Seguridad Social, se puede hablar de un sistema asistencial complejo, fragmentado y

¹⁴ ARGANDOÑA, A.; DÍAZ GIMÉNEZ, J.; DÍAZ SAAVEDRA A.; ÁLVAREZ, B: *El reparto y la capitalización en las pensiones españolas*, Madrid, Fundación Edad y Vida, 2013. Pág. 27.

¹⁵ El umbral de pobreza es el 60% de la mediana de los ingresos anuales por unidad de consumo (escala OCDE modificada), indicador por otra parte susceptible de una profunda crítica.

poco cohesionado, pero sin duda también importante a la hora de combatir la pobreza y las situaciones de verdadera necesidad a través de la solidaridad ejercida mediante una acción colectiva dirigida y orientada por los poderes públicos.

2. MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN EL MODELO NO CONTRIBUTIVO

2.1. Las prestaciones de muerte y supervivencia en la Seguridad Social

El Capítulo XIV del Título II de la LGSS recoge las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social española: un auxilio por defunción, una pensión vitalicia de viudedad, una prestación temporal de viudedad, una pensión de orfandad, una pensión vitalicia en favor de familiares y un subsidio temporal en favor de familiares, además de una indemnización a tanto alzado en caso de muerte por contingencias profesionales¹⁶. La característica básica de estas coberturas es la diferencia entre las figuras de *beneficiario* y *asegurado*, puesto que es el fallecimiento de este último el que, cumplidos los requisitos legales correspondientes, da lugar a la obtención de las prestaciones por parte de aquél y, por tanto, ambas designaciones no son compatibles en la misma persona para un mismo hecho causante.

Tal y como se desprende del epígrafe primero de este estudio, las prestaciones de muerte y supervivencia no se encuentran expresamente ligadas al modelo no contributivo de la Seguridad Social, quedando por tanto adscritas al contributivo. Sin embargo, en su definición y diseño presentan un buen número de argumentos asistenciales que dan lugar a un modelo híbrido en el que priman las características del beneficiario sobre el esfuerzo de aportaciones realizado¹⁷. Los porcentajes especiales aplicables a la base reguladora en la pensión de viudedad, los criterios de dependencia económica exigidos a las parejas de hecho para la concesión de esa pensión o la duración vitalicia de la pensión de orfandad en caso de discapacidad del beneficiario son ejemplos de argumentos asistenciales financiados por cotizaciones, como también es incuestionable el caso del *favor de familiares* en su conjunto, pues ya el artículo 226 de la LGSS recoge como requisito para la concesión un criterio eminentemente asistencial: la dependencia económica del sujeto causante. Así, la ausencia de un adecuado planteamiento filosófico y delimitador, la carencia de un objetivo expreso bien perfilado y la existencia de un diseño multiforme hablan de la falta de racionalidad del modelo, dando lugar a interpretaciones distantes, por ejemplo para la viudedad, en el Tribunal Constitucional¹⁸: “en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica” y el Tribunal Supremo¹⁹: “La pensión de viudedad es una prestación de seguridad social, atiende *ex Constitutione*, un estado de necesidad”, argumento este último ciertamente alejado de la realidad de la Seguridad Social.

Estas prestaciones han tenido –y tienen– una amplia importancia en términos socioeconómicos, aunque en realidad han sido utilizadas para compensar efectos derivados de un modelo sociocultural concreto. Las estimaciones presupuestarias para 2016 se cifraban en

¹⁶ Sobre las prestaciones de muerte y supervivencia siguen siendo válidos en lo fundamental: RODRÍGUEZ INIESTA, G., 2009, y VICENTE PALACIO, A.; BALLESTER PASTOR, I.; GRACIA ALEGRÍA, G.; RUANO ALBERTOS, S., 2007.

¹⁷ Sobre estas cuestiones puede verse, entre otros: ALONSO OLEA, M.: *Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 39, 2002, Págs. 13-19. http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/2002social.htm

¹⁸ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹⁹ STS 5009/2000, de 17 de julio.

2.757.022 pensiones y un coste de 23.144,76 millones de euros²⁰, un 16,42% del total de los gastos previstos para la Seguridad Social en este ejercicio, con una evolución desde el año 2000 del 122,25% en las cuantías monetarias y del 18,21% en el número de pensiones.

Por otra parte, la protección debe tener en cuenta que el concepto de familia ha cambiado sensiblemente y se ha producido una redefinición de las relaciones conyugales tradicionales. La evolución del mercado de trabajo de las últimas décadas modificará el perfil del beneficiario de la Seguridad Social y, en lo que aquí interesa, la viudedad no tiene por qué ser sinónimo de necesidad. Además, los cambios demográficos y la evolución de la esperanza de vida (e_x) deben matizarse en relación con las prestaciones de muerte y supervivencia pues si, en general, un aumento de e_x incrementa el gasto esperado asociado a un beneficiario de un sistema de seguridad social por un mayor número estimado de pagos, en el caso de las coberturas que nos ocupan la evolución de e_x afectará tanto al beneficiario como al sujeto causante; por lo tanto, lo que previsiblemente acaecerá es una traslación en el tiempo de la corriente de pagos, no necesariamente un incremento relevante de su cuantía en valor actual actuarial.

Visto lo expuesto hasta el momento, es razonable plantear una reforma de las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social, en primer lugar, con la necesaria finalidad de dotarlas de racionalidad. Este proceso conlleva como prioridad indiscutible la determinación de los objetivos de la cobertura y el análisis de la población a la que se pretende proteger para, a continuación, establecer un diseño coherente con esos objetivos que conjugue los necesarios criterios de adecuación y suficiencia.

2.2. El modelo no contributivo como alternativa en la muerte y supervivencia

De entre las posibles reformas de las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social, una de las alternativas sujeta a debate es su traslado hacia la modalidad no contributiva, haciendo que únicamente puedan acceder a la misma las personas que se encuentren en las situaciones de teórica necesidad que marque la legislación y cumplan el resto de requisitos establecidos. Así pues, sería una reforma estructural en la que criterios de necesidad y –posiblemente– residencia vendrían a cohabitar con argumentos centrados en la racionalidad y la sostenibilidad del sistema en su conjunto.

Sin perjuicio de los argumentos asistenciales que han tenido las prestaciones a lo largo del tiempo, este planteamiento de reforma para el modelo vigente no es novedoso, especialmente en el caso de la viudedad, pues se ha expuesto que “es conveniente una nueva configuración de la prestación en clave de asistencialidad”²¹ (*sic*), que podría entenderse una prestación de carácter universal o sólo para quienes no puedan alcanzar los requisitos de la modalidad contributiva²², que “el objetivo principal del legislador debería ser proporcionar a quien se encuentre en una situación de necesidad real, sea cual sea la contingencia que haya

²⁰ *Presupuestos de la Seguridad Social 2016*. Excluido el auxilio por defunción (con una estimación de 7,7 millones de euros de gasto en el ejercicio) y la indemnización a tanto alzado, sobre la cual la fuente no ofrece datos suficientes.

²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Seguridad Social y protección familiar*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 59, 2005, págs. 35-74.

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/2005seguridad.htm

²² VV.AA., 2010.

producido esa situación y no, mantener prestaciones/pensiones que fomentan relaciones de dependencia inter-personales y posteriormente, dependencia entre personas y Estado”²³ o que no habría que descartar la recuperación de la dependencia económica como criterio general de acceso a la pensión²⁴.

Desde una perspectiva más institucional, en diferentes acuerdos sociales y renovaciones del denominado *Pacto de Toledo* se han realizado manifestaciones sobre esta cuestión. Así, el *Acuerdo sobre medidas en materia de seguridad social*, de 13 de julio de 2006, recogía que “la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes”. Por su parte, el *Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011* decía querer reforzar el mantenimiento del carácter contributivo de las prestaciones e indicaba que cualquier modificación no debería desbordar esta naturaleza, pero a su vez, en el acostumbrado uso de la paradoja, planteaba medidas basadas en criterios específicos de carácter asistencial: *edad, renta, hijos* o la propuesta de aplicación de porcentajes especiales para personas mayores de 65 años en riesgo estimado de pobreza. De igual forma, en sede parlamentaria también se han realizado diversas apreciaciones sobre esta medida²⁵.

Según esta base de trabajo y ya centrándonos en las propias prestaciones, sobre un auxilio por defunción de carácter asistencial es posible encontrar posiciones favorables²⁶ y otras reflexiones encaminadas a distintas propuestas de reforma^{27,28}. Puesto que estamos ante una prestación ineficiente y obsoleta, alejada de los presupuestos básicos de cobertura que tiene como objetivo, debe ser necesariamente redefinida por cuestiones de racionalidad en la protección y, sin perder de vista el diseño de la modalidad en su conjunto, podría ser reconvertida en una prestación asistencial, si bien somos más sensibles a otras alternativas, especialmente a la asunción de su idiosincrasia por otras coberturas.

Respecto a los actuales subsidios temporales vinculados al favor de familiares y la viudedad, si bien pudieran adscribirse a una modalidad no contributiva, puesto que en ella prima el criterio de necesidad, superando así a otras variables como, por ejemplo, la duración del vínculo conyugal, su sentido se diluye. Aunque, como hemos visto en el epígrafe primero, otras coberturas no contributivas se plantean mediante estructuras de pagos temporales, se vinculan a situaciones de las que no se presume su mantenimiento en el tiempo (desempleo o período de descanso tras la incorporación de un menor al núcleo familiar), diferentes de las que aquí se tratan.

Por otra parte, la dicotomía entre *necesidad* y *no necesidad* sobrepasa también a la consideración entre contingencias comunes y profesionales, desapareciendo con la transformación aludida las particularidades correspondientes a los requisitos de acceso y bases reguladoras en las pensiones derivadas del ámbito profesional, primando la situación de

²³ VALENCIANO SAL, A., 2011.

²⁴ KAHALE CARRILLO, T.D., 2010.

²⁵ Por todos, SERRANO PÉREZ, F.: Comparecencia ante la Comisión de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. X Legislatura, nº 359, 2013, 26 de junio.

²⁶ Por ejemplo, BENDALA RAMÍREZ, M.D., 2013.

²⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., 2015.

²⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D. y DEVESA CARPIO, J.E., 2015.

necesidad sobre el origen de la contingencia, a excepción de la cuantía concedida como indemnización a tanto alzado, cuya permanencia requeriría la adopción de un criterio sobre su contabilización a efectos de concesión y mantenimiento de las prestaciones asistenciales.

Más importancia en términos socioeconómicos tienen las pensiones de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y favor de familiares) y su teórico traslado al modelo no contributivo, que podría ser entendido como un traspaso total de las mismas –ya sean presentes o futuras– o como un traspaso únicamente de las nuevas altas desde una fecha concreta; por otra parte, también pueden analizarse desde la disyuntiva de la articulación de un sistema dual: no contributivo y contributivo –con sus correspondientes reformas– o desde la eliminación de la modalidad contributiva. Por último, dentro de la perspectiva asistencial puede valorarse si las prestaciones deberían ser vitalicias o temporales.

Independientemente del diseño final, una vez concretados los requisitos de acceso se ha de decidir acerca de la cuantía susceptible de ser considerada prestación en el modelo asistencial, que no debería ser otra que la establecida para las pensiones de invalidez y jubilación no contributiva, con la aplicación de las normas ya vistas en el epígrafe 1.1. para el caso de unidades económicas. La equidad con otras clases de beneficiarios de prestaciones asistenciales de la Seguridad Social y la coherencia en el diseño son argumentos más que suficientes para la adopción de esta medida, pues es el propio Estado el que considera que con dicho importe se cubren las necesidades mínimas de los beneficiarios y el criterio que prima en este caso es el de estar o no en una situación de necesidad. Así, la pensión media de los teóricos nuevos beneficiarios se reducirá frente a la de los que entran bajo las premisas contributivas actuales, pero no por ello defendemos la concesión de cuantías superiores a las aquí indicadas.

Si se considera la estricta perspectiva de la sostenibilidad, la opción más sugerente es el traslado de la totalidad de las pensiones, presentes y futuras, hacia el modelo asistencial, algo que viene siendo recogido por distintas voces en estos últimos tiempos. Sin embargo, sabemos que cualquier reforma en aras del equilibrio presupuestario puede verse rápidamente superada por una reorientación de las coberturas que absorba el teórico margen obtenido, así por ejemplo con medidas del estilo de la nueva redacción del artículo 60 de la LGSS, basada por otra parte en presupuestos falaces de los que no podemos ocuparnos aquí. Una cuestión importante que afecta a esta alternativa es su constitucionalidad, pues el colectivo de beneficiarios del presente accedió a las pensiones bajo unas premisas espacio-temporales concretas, fuesen más o menos acertadas, y en base a unos requisitos que fueron cumplidos. Si bien en materia de constitucionalidad la experiencia nos dice que muchas son las aristas y amplia es la incertidumbre sobre el resultado final, hay fundamento para dudar de la atribución de tal característica a la medida en cuestión. Por el contrario, incorporar al modelo no contributivo únicamente las altas desde una fecha determinada tendrá una menor incidencia en términos de ahorro para la Seguridad Social, pero una mayor garantía de constitucionalidad.

Plantear o no un modelo dual depende de los objetivos y esencia de la cobertura y de la relación entre *adecuación* y *sostenibilidad* a alcanzar, si bien el mantenimiento de una protección contributiva requiere en cualquier caso una profunda reforma. En el caso de desaparición de la modalidad contributiva puede pensarse que este hecho fomentará que aquellos que tengan un perfil compatible con el mercado laboral traten de incorporarse al mismo al no tener el soporte económico de la prestación, contribuyendo al sistema de

protección con nuevas aportaciones, argumento de interés que, sin embargo, es bastante incierto pues no solamente hace falta poder y querer trabajar, sino que el mercado laboral sea capaz de absorber a los demandantes de empleo. Por último, la elección entre prestaciones asistenciales temporales o vitalicias ha de tener en cuenta lo indicado con anterioridad, tanto lo relativo a la finalidad de la protección como a la relación con el mercado de trabajo, valorándose la intensidad que ha de ofrecer la cobertura en el tiempo y ajustándose el diseño a los objetivos previamente definidos.

2.3. Una aproximación inicial al impacto económico

Una hipotética transformación de las pensiones contributivas de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y favor de familiares) en pensiones no contributivas tendría indudablemente importancia en las cuentas económicas de la Seguridad Social, mayor o menor según el modelo escogido, pues supondría una salida de obligaciones desde el sistema que serían asumidas por otras fuentes de financiación. De pensar en la transferencia de la totalidad de las pensiones de muerte y supervivencia, el importe estimado no imputado a la Seguridad Social en 2015 habría sido de 22.824,78 millones de euros y de 23.144,76 millones en 2016, aunque incorporan los complementos a mínimos. Si, para evitar posibles problemas de inconstitucionalidad e interferencias en los recursos que ya obtiene una parte de la población, la aplicación de una estructura asistencial se establece sólo para las nuevas altas desde una fecha concreta –por tanto, manteniendo los “derechos adquiridos” de los pensionistas existentes, que siguen en la modalidad contributiva hasta la extinción del colectivo, sin que se generen nuevas prestaciones en esta modalidad–, será necesario observar la dirección que toman distintos componentes de gasto. Ésta es la opción que nosotros manejaremos en el presente trabajo.

Frente a otros criterios o corrientes de pensamiento, como ya indicamos en su momento²⁹ el impacto económico para la Seguridad Social no puede medirse únicamente mediante la contabilización del menor gasto que se produce en el modelo contributivo por la salida de obligaciones monetarias vinculadas a las prestaciones que dejan de ser financiadas por el mismo, sino que la cuestión es algo más compleja y para una aproximación a la cuantificación deben tenerse en cuenta, al menos, los siguientes factores:

1. La cuantía de las pensiones contributivas que se dejan de pagar por la Seguridad Social dentro del modelo contributivo, por lo que se estima un ahorro en el mismo.

2. La cuantía de las nuevas pensiones no contributivas que nacen en el modelo asistencial, dando lugar a un nuevo gasto y a un incremento de coste para el Presupuesto General del Estado.

3. El efecto en el Índice de revalorización de las pensiones (IRP), que previsiblemente sería neutro o de incremento de costes para aquellas partidas que dependan de la revalorización mediante este índice.

Dentro de una aproximación inicial respecto al primer punto anteriormente expuesto, para valorar el ahorro en el modelo contributivo por las pensiones de muerte y supervivencia

²⁹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., 2015, *op.cit.*

que en el futuro no accederían a este sistema se parte de la información de la Seguridad Social española³⁰; en el ejercicio 2014 resultaría en: 1.178,81 millones de euros en viudedad, 122,08 millones de euros en orfandad y 25,33 millones de euros en el favor de familiares, en total 1.326,22 millones de euros. Obviamente, en cada ejercicio posterior este ahorro se completa con el resultante de la extinción paulatina de generaciones en el colectivo de pensionistas actuales, si bien éste no es consecuencia de ninguna medida de reforma y acaece de igual forma. Por último, de las cuantías indicadas hay una parte que viene del complemento a mínimos y se financia a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. A priori su salida no debería suponer efecto alguno para el presupuesto de la Seguridad Social, pues su montante asociado ya era pagado por una fuente externa, pero sí para el presupuesto general estatal, que no dedicará ya recursos a financiar estos complementos ya que las pensiones vinculadas no van a nacer en el modelo contributivo. Una estimación inicial de este concepto para el año de referencia se basaría en el número de altas en el ejercicio con mínimos y el coste medio del complemento en dicho año según la información presupuestaria, dando lugar a 130,20 millones de euros en viudedad, 20,03 millones de euros en orfandad y 3,89 millones de euros en favor de familiares, en total 154,12 millones de euros que, minorando la cuantía total anteriormente calculada, dejan ésta finalmente en 1.172,10 millones de euros, importe alejado en el corto plazo del que en la actualidad se está considerando desde diversas fuentes como ahorro para la Seguridad Social, si bien ambas partidas convergerían en el largo plazo. Este importe estimado es una aproximación al ahorro por generación que se produce en el sistema por la transformación del modelo estudiado en base a las nuevas altas; desde la adopción de esta medida no se producirían nuevas incorporaciones al sistema contributivo pero continuarían las bajas por salidas del colectivo adscrito, lo que permitiría potenciar la capacidad de la Seguridad Social para hacer frente a sus obligaciones como sistema autónomo.

En segundo lugar, aparece para el presupuesto general –no para el de la Seguridad Social– una nueva partida de gasto por las nuevas altas de pensiones en un teórico modelo no contributivo. Los datos públicos existentes no son suficientes para establecer unas estimaciones con total garantía, teniendo en cuenta además que los posibles beneficiarios lo pueden ser por jubilación o invalidez y no necesariamente por muerte y supervivencia, por lo que no nos detendremos aquí en esta opción. En todo caso, la transformación social y laboral del último cuarto de siglo hacia la posibilidad de generar una carrera laboral propia hace que consideremos que el importe conjunto no sería muy relevante, ni siquiera incorporando nuevos gastos de gestión relacionados con las nuevas prestaciones.

El tercer bloque a estudio, correspondiente a los efectos en la revalorización de las pensiones, es el más complejo. Cuando hemos abordado este asunto³¹ hemos observado que la reforma sobre las pensiones de muerte y supervivencia afecta al IRP, no en vano éste tiene entre las variables base para su cálculo al *número de pensiones*, a la *pensión media* y al *gasto de seguridad social* de un número determinado de años pasados y futuros, por lo que variaciones en estas partidas se trasladan al instrumento de revalorización del que son soporte. Con la reforma a estudio se produciría un menor importe en las estimaciones futuras sobre el número de pensiones y el gasto total pero, además, se ha de tener en cuenta que los valores

³⁰ Estimación realizada al aplicar la pensión media mensual de las altas iniciales a su número por régimen (*Anexo al Informe Económico Financiero. Presupuestos de la Seguridad Social 2016*), con 12 pagas para los regímenes de contingencias profesionales y 14 en el resto. Supóngase homogeneidad de las cuantías en el tiempo.

³¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., 2015, *op.cit.*

medios de las pensiones contributivas que permanecen en el sistema se incrementarán³², lo que contrarrestará el efecto de aquellas variables.

Así, bajo las hipótesis empleadas y puesto que la base de trabajo son medias móviles que utilizan información de un período de tiempo, en los primeros ejercicios de aplicación de la reforma no es previsible una variación significativa del IRP que le llevase a superar el límite mínimo de revalorización marcado por ley (0,25%), siendo necesario el paso del tiempo para que el efecto de un menor gasto se incorpore a un mayor número de las observaciones que forman parte de la base de cálculo del IRP, alcanzando con ello revalorizaciones superiores al límite mínimo fijado legalmente. Como ejemplo, con 2015 como primer año de estudio la revalorización por encima del límite mínimo se daría a partir del cierre de 2018. Más recientemente, bajo la hipótesis de salida total del sistema de la muerte y supervivencia, el Grupo de investigación en pensiones y protección social³³ indica que el IRP para 2017 pasaría de -3,10% a un valor de -0,07% (por lo que se seguiría aplicando la revalorización mínima del 0,25% en ese ejercicio), si bien ya en el año 2018 el valor del índice pasaría a ser del 0,7%, cifrándose en términos absolutos el incremento de gasto por revalorización en 2021 en una cantidad aproximada a los 2.500 millones de euros.

En cuanto a la cuestión acerca de si en la fórmula de cálculo del IRP se ha de considerar que los años pasados deben corregir su información descontando la muerte y supervivencia o mantener la misma, nuestra posición es clara: únicamente deberían corregirse las estimaciones de los años futuros puesto que consideramos los años pasados como años cerrados y en ellos se han producido unos gastos pero también unos ingresos que hacían frente a los mismos, dando lugar a una relación entre ambas magnitudes que se corresponde a la esencia del instrumento utilizado y que ha sido ya recogida por el mismo.

En definitiva, una posible estimación para el primer ejercicio de aplicación de la medida a estudio, el traslado de las nuevas altas de las pensiones de muerte y supervivencia al modelo contributivo, supondría cerca de 1.172 millones de ahorro³⁴ para el sistema contributivo de la Seguridad Social, ahorro que se vería reducido en el presupuesto conjunto del Estado al incorporar las nuevas altas asistenciales frente a la disminución de partidas por complementos a mínimos. Las actuales pensiones en vigor irían saliendo del colectivo en los años sucesivos generando un menor coste por generación y, a su vez, salvo artificio o modificación del instrumento, el IRP llegaría a tener valores superiores a los actuales, revertiendo positivamente en la revalorización de las pensiones vinculadas al mismo y, por tanto, mitigando los efectos positivos en materia de sostenibilidad que se pretendía conseguir con la medida, especialmente cuando afectaría a la mayor parte del montante de gasto, que además está influida por la evolución demográfica ligada a un mayor número de pagos.

³² Puesto que la pensión media de las coberturas de muerte y supervivencia es inferior a la pensión media del sistema.

³³ GRUPO DE PENSIONES EN INVESTIGACIÓN SOCIAL: *Índice de revalorización de las Pensiones (IRP) y las Prestaciones de Muerte y Supervivencia (MyS)*. Documento de trabajo sobre datos, metodología y resultados, 2016, <http://www.uv.es/pensiones/Factor-de-sostenibilidad.html>

³⁴ Que pueden extrapolarse al futuro suponiendo homogeneidad de las variables de partida y de las condiciones vinculadas a la pensión, si bien es de suponer que en la práctica esta cifra será variable.

2.4. Consideraciones finales

Bajo un enfoque de sostenibilidad y ante estabilidad legislativa en otras materias conexas, la incardinación de las prestaciones de muerte y supervivencia en un modelo no contributivo puede tener efectos económico-financieros positivos para la Seguridad Social de España, aun cuando no serían de la intensidad que se les atribuye, al menos hasta la total extinción del colectivo de pensionistas actuales. No todos los teóricos beneficiarios futuros bajo el sistema vigente percibirían una prestación con la nueva alternativa, destinada únicamente a aquellos que se encuentren en una situación socioeconómica concreta, por lo que la cobertura desaparece allí donde hay rentas suficientes sin que se deje de atender la extrema necesidad.

Por otra parte, la protección que se deja de ofrecer a los ciudadanos se puede conseguir voluntariamente por estos a través de instrumentos privados de previsión, mientras que en cuestión de diseño de la Seguridad Social esta acción elimina el actual desajuste filosófico a raíz de la exclusión de la muerte y supervivencia de la aplicación del factor de sostenibilidad aprobado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, y también prescinde de una de las trabas para la implantación de opciones de financiación y diseño basadas en la aportación definida.

Quienes con las normas actuales pudieran ser clasificados como teóricos beneficiarios, en parte perderán tal condición, si bien es difícil explicar que, ante el mismo esfuerzo contributivo, las coberturas otorgadas en el pasado reciente –de las que además se ha dicho que son características de la fortaleza social del sistema– dejan de concederse³⁵. Las generaciones presentes y futuras ven cada vez más comprometida su protección sin garantías de seguridad mientras con sus cada vez más escasos recursos financian el mayor apoyo a las generaciones anteriores. Como hemos dicho en otro lugar³⁶: “la complacencia y la bondad hacia las generaciones pasadas impondrían nuevas restricciones hacia las generaciones presentes y futuras”.

De acuerdo con los datos que se han manejado, en comparación con el diseño actual esta opción de trabajo supondrá una reducción esperada de la cuantía media de las pensiones que ahora se conceden, lo que afecta a las decisiones individuales de ahorro y consumo, por lo que no sería extraño que surgiesen voces a favor de un aumento del importe en el campo asistencial y del consiguiente incremento de coste global, con el riesgo de discriminación hacia los beneficiarios de otras pensiones no contributivas que, a buen seguro, no se encuentran en diferente situación de necesidad pues ésta no depende de la vía de acceso a la prestación sino de las características personales y socioeconómicas de cada uno de ellos. Una posibilidad de compensación sería elevar el importe del resto de prestaciones asistenciales para evitar distorsiones, dinámica expansiva del gasto que, además, conlleva una ausencia de consideración hacia las cotizaciones realizadas dentro del sistema contributivo.

Esta opción de trabajo requiere abordar también el efecto sobre las contingencias profesionales o las prestaciones por actos de terrorismo, donde la preeminencia de la naturaleza

³⁵ Véase que incluso una corriente de pensamiento ha incidido en que las pensiones de muerte y supervivencia deberían tener unas cuantías superiores a las que emanan de la ley y utilizarse en su cálculo un tipo superior al vigente. Por ejemplo, VVAA: *Mesa redonda. Retos del pacto de Toledo, Economía Española y Protección Social*, nº 1, 2009, págs. 13-25.

³⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., 2015, *op.cit.*

del hecho causante dejaría de tener sentido. La separación de ambos perfiles ya ocurre en la práctica atendiendo a la esencia del hecho causante (por ejemplo, en el fallecimiento con responsabilidad empresarial) o a la particularidad establecida voluntariamente por el legislador (por ejemplo, en la indemnización a tanto alzado), aunque no con la magnitud que se esperaría en una medida de la importancia de la que aquí se habla. Por otra parte, sería razonable adaptar la prima de accidentes de trabajo a la nueva situación.

Otra cuestión adicional dentro de esta revisión crítica versa sobre la necesidad de protección de las prestaciones de muerte y supervivencia dentro de las contingencias no contributivas. En aquellas situaciones en las que existe una imposibilidad legal o material para ejercer una actividad profesional, la adscripción al campo asistencial es más sencilla de aceptar, tal es el caso de la jubilación o la incapacidad, algo más difícil allí donde no existen tales impedimentos. En la práctica, dada la existencia de protección no contributiva para jubilación e invalidez, la muerte y supervivencia se orientaría posiblemente a núcleos familiares con hijos y sin rentas, aun cuando es probable que ya estén siendo atendidos en un nivel de protección pública y que no existan condicionantes legales que impidan el ejercicio de una actividad generadora de ingresos. Atendiendo a este hecho, es lícito cuestionarse por qué la muerte y supervivencia ha de ser cubierta de forma no contributiva mediante la Seguridad Social para quienes tienen capacidad de inserción laboral y no para otros colectivos en riesgo de exclusión social: raza gitana, inmigrantes, antiguos reclusos, personas sin hogar, etc.

Para finalizar, aun cuando no se acometa una reforma en cualquiera de los términos tratados en este artículo, entendemos que es imprescindible la adecuación de la esencia de las prestaciones a su financiación, lo que requiere cambios en la viudedad y la orfandad, pero especialmente en el favor de familiares, que es de facto una prestación eminentemente asistencial pero financiada con cotizaciones. Si bien las dos primeras coberturas requieren adecuaciones parciales, el favor de familiares, o cambia íntegramente su diseño o debe pasar a ser una pensión no contributiva pues los beneficiarios actuales lo son por la ausencia de recursos con dependencia económica del sujeto causante.

No hay que perder de vista que el debate existente se plantea en estrictos términos de presión de costes, no por motivos de adecuación de las pensiones, racionalidad o mejora de la protección. Si, tal y como ocurre en la actualidad, es necesario incorporar la esencia no contributiva a una modalidad financiada con cotizaciones es porque el sistema de protección en su conjunto y su diseño no son los adecuados; los recursos no se dedican allí donde hay necesidad y se difuminan en otras partidas de carácter más accesorio, con un nuevo acicate para la desigualdad en la fragmentación que el modelo político de España presenta. Quizás, antes que un hipotético traspaso a una modalidad no contributiva de la muerte y supervivencia se requiera una reforma filosófica de esta modalidad (y del conjunto de la Seguridad Social) que gestione las situaciones de necesidad como expresión de los requerimientos constitucionales, que obvie las interferencias derivadas de la estructura territorial y que establezca una nítida separación entre las modalidades de protección y un adecuado reconocimiento del esfuerzo contributivo con relación a su no ejercicio –siendo conocido que las causas de esta situación son múltiples y no cuestionables éticamente todas ellas–, pues es indiscutible que la contribución se efectúa en un entorno de solidaridad y parte del esfuerzo de quienes la realizan.

3. CONCLUSIONES

La cobertura de la muerte y supervivencia en España a través del sistema público de protección de la Seguridad Social debe ser inexcusablemente reformada, prioritariamente bajo un prisma de racionalidad.

Una de las posibles alternativas es el traslado de prestaciones hacia una modalidad no contributiva, opción que favorece la búsqueda del equilibrio entre ingresos y costes pero que también presenta importantes puntos de fricción o incertidumbre, toda vez que no corregirá las ineficiencias del modelo en su conjunto que, frente a la creencia general contemporánea, no son exclusivamente motivadas por los riesgos del futuro sino por la materialización de los riesgos del pasado. Este traslado no significa que la muerte y supervivencia no pueda establecerse bajo un sistema dual, contributivo y no contributivo, pero el primero debe ser en todo caso revisado.

Dependiendo del diseño, el ahorro para la Seguridad Social a raíz de la consideración de la muerte y supervivencia como asistencial puede ser más o menos intenso, siendo posiblemente menor en el corto y medio plazo que las expectativas que se están generando, culminando cuantitativamente con la extinción de la última generación de beneficiarios actuales.

La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica¹

The Social Protection of Workers facing the Challenge of New Remote Work, Digital Work and Robotics

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

“Los temas sociales y económicos serán vinculados indisolublemente, y la reconstrucción económica puede ser sólida y recuperable, sólo si se basa en la justicia social”

(Albert Thomas, 1º Director de la OIT)

Resumen

La entrada del nuevo siglo y el uso generalizado de las tecnologías digitales y de la inteligencia artificial permiten que se incorporen nuevas formas de empleo informal en el mercado de trabajo. La digitalización y las plataformas digitales facilitan el contacto de prestadores de servicios y usuarios cuyas relaciones no se encuentran recogidas en la normativa del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El trabajo a distancia es una modalidad atípica de prestación de servicios regulada en el art. 13 ET. Este artículo fue modificado en la reforma del año 2012 pero sin que fuera contemplado un régimen de la Seguridad Social en materia de contingencias profesionales y de las prestaciones atendiendo a sus peculiaridades del tiempo y del lugar de trabajo. Es una regulación insuficiente que no cubre los espacios nuevos en materia de protección social de los trabajadores de la denominada economía colaborativa. El problema se agrava cuando los trabajadores se sustituyen por robots y las empresas no contribuyen al sistema de seguridad social configurado en el estado de bienestar. En nuestro trabajo mantenemos la necesidad de contribuir a la adaptación de nuestro sistema de protección social a las nuevas realidades del trabajo de acuerdo con los postulados del trabajo decente y con la promoción de los principios y derechos fundamentales del trabajo de la OIT.

Abstract

The beginning of the new century and the widespread use of digital technologies and artificial intelligence allow the incorporation of new forms of informal employment to the labour market. Digitization and digital platforms facilitate the contact between service providers and users in relationships not included in the Labour Law and Social Security regulations. Remote work is an atypical mode of service provision regulated in art. 13 ET. This article was modified in the reform of 2012 without contemplating a specific Social Security regime in terms of professional contingencies and benefits demanded by its peculiarities regarding time and place of work. It is an insufficient regulation that does not cover the social protection of workers in the so-called collaborative economy. The problem is aggravated when workers are replaced by robots and companies do not contribute to the social security system of the welfare state. In our study we defend the need to adapt our social protection system to the new realities of labour in accordance with the principles of decent work and the promotion of fundamental labour principles and rights sustained by the ILO.

Palabras clave

protección social, trabajo a distancia, trabajo digital, robótica

Keywords

social protection, remote work, digital work, robotics

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación del MINECO (España), titulado “Análisis legal del teletrabajo en el derecho español y comparado” (DER2013-43615-R), cuya investigadora principal es la Prof. Lourdes Mella Méndez.

1. PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA NUEVA ERA DIGITAL: UBERIZACIÓN DEL TRABAJO Y ROBÓTICA (REVOLUCIÓN 4.0)

La entrada de las tecnologías digitales en el nuevo siglo XXI ha coincidido con una situación de crisis económica, financiera, demográfica y, en general, de escasez de trabajo asalariado y de empleo formal que está debilitando el sistema de protección social público y al conjunto de garantías que han de disfrutar los trabajadores en el mercado de trabajo². De todos es conocido que hay un importante porcentaje de la fuerza de trabajo que no sólo se gana la vida en la economía informal sino también mediante mecanismos precarios (contratos informales, empleos precarios y trabajos no declarados) en los establecimientos formales³. La informalidad plantea graves problemas de política y fomenta la competencia desleal en el mercado de trabajo debido a una cadena de factores inquietantes como, entre otros, la escasez de trabajo de calidad y el debilitamiento de ciertos sectores tradicionales como, por ejemplo, el del sector manufacturero que cuenta con un número importante de mano de obra perjudicada considerablemente por los procesos de reestructuración económica⁴. La crisis económica tiene un impacto mundial en la destrucción de empleo en un mercado debilitado por una de sus principales amenazas, el fraude, causante de la subida de los niveles de empleo irregular y de la economía sumergida⁵.

En este contexto las nuevas tecnologías digitales permiten que surjan nuevas formas de realización de la prestación de servicios precisamente en un entorno también informal o, al menos, sin regulación propia que las caracterizan. Un informe de Eurofound ha identificado y clasificado nueve tipos generales de nuevas formas de empleo: las basadas en compartir trabajo y contratar gestores provisionales, que parecen ser más beneficiosas para el mercado laboral y otras, como el trabajo ocasional que parece ser la menos beneficiosa. Según Eurofound la mayoría de esas categorías contribuyen a la innovación del mercado laboral pero plantean el riesgo de que se produzca una segmentación del mercado laboral “si el resultado es una aceptación generalizada de empleos fragmentados que están inherentemente vinculados a ingresos bajos y protección social limitada⁶”. En este documento se recomienda que el debate

² MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.): “Conclusiones finales, balance y perspectivas” en VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, Comares, Granada, 2016, págs. 2001 y ss.

³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El trabajo informal o ‘no declarado’ (*undeclared work*)” desde la perspectiva de la Unión Europea. Una aproximación conceptual e institucional”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), realiza un estudio detallado del concepto desde la perspectiva europea. En especial, nos interesa la clasificación que realiza en las págs. 44 a 48 en cuanto que estructura el concepto de trabajo no declarado “en dos grandes categorías, según las perspectivas adoptadas: 1) aquéllas que indican en la esfera de la organización empresarial y en la figura del empresario y 2) aquéllas que afectan a los tipos de ocupación o puestos de trabajo concernidos o, en definitiva, a los sujetos laborales afectados”. En esta última categoría incluye “el recurso a las nuevas tecnologías para situar la ubicación del trabajo no declarado en el entorno del domicilio personal o familiar, especialmente en determinados sectores de actividad”, pág. 47.

⁴ AZITA BERAR, A.: “Un breve perfil-Economía informal” (hoja de datos), OIT, 6 de noviembre de 2012, en http://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_141396/lang-es/index.htm.

⁵ LÓPEZ INSUA, B. DEL M.: “Precariedad laboral y formas atípicas de relaciones laborales desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, op. cit., pág. 351.

⁶ EUROFOUND: *Nuevas formas de empleo. Resumen ejecutivo* en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment-executive-summary>. La clasificación de nuevas formas de empleo incluye las

sobre las nuevas formas de empleo se incluya en ámbitos de las políticas ajenos a la protección laboral y social, como el desarrollo regional el desarrollo sectorial y el desarrollo empresarial⁷.

Con independencia de esta recomendación que se aparta de la finalidad de nuestro trabajo consideramos que las nuevas formas de trabajo realizadas mediante la tecnología digital y la realidad virtual están permitiendo que el trabajo presencial, característico de la economía fordista, se alterne con formas de trabajo a distancia. Esta posibilidad de alternancia viene recogida desde el plano normativo en la criticada regulación actual del reformado art 13 ET, que sustituyó el tradicional trabajo a domicilio por el trabajo a distancia⁸. No obstante esta regulación la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo está planteando no sólo nuevos conflictos en las relaciones entre el empleador y el trabajador sino también la falta de operatividad de las normas laborales y de seguridad social tanto para aquéllos como para los poderes públicos. Las posibles soluciones a esta falta de operatividad normativa deben ir encaminadas a una necesaria regulación de las zonas grises a la relación laboral y a la lucha contra el trabajo no declarado o informal⁹. En este sentido es reiterada la doctrina que afirma que “el contrato de trabajo es, si no el único, al menos sí el principal punto de conexión de las legislaciones laboral y de Seguridad Social, de forma que las fronteras de aquél determinan en gran medida el campo de aplicación de éstas”¹⁰.

Como se ha afirmado “la falta de claridad y ausencia de garantías formales del cumplimiento de obligaciones, amparadas en la necesaria flexibilidad laboral que ha justificado las diversas reformas laborales favorece que no sea posible la exigibilidad de formas de control objetivas que garanticen los derechos reconocidos a los trabajadores. De esta forma el empleador puede establecer las formas de control que entienda necesarias de la prestación de servicios sin que el legislador contemple expresamente el control del cumplimiento del ejercicio de los derechos laborales del trabajador”¹¹.

Por otro lado, con la crisis económica y el auge de las nuevas tecnologías digitales han surgido nuevos modelos de negocios que desarrollan sus actividades mediante plataformas colaborativas para crear un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. Este fenómeno, conocido como economía colaborativa,

siguientes: 1) empleados compartidos; 2) trabajos compartidos; 3) gestión provisional; 4) trabajo ocasional; 5) trabajo móvil basado en las TIC; 6) programas de vale a cambio de trabajo; 7) trabajo para diversas carteras; 8) trabajo repartido; y 9) empleo compartido.

⁷ La versión del informe completo en MANDL, I., CURTARELLI, M.: *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015 y en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.

⁸ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “La nueva regulación del trabajo a distancia”, en *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013, págs. 7 y ss.

⁹ ALFONSO MELLADO, C.L.: “La problemática de la falta de operatividad de las normas laborales y de seguridad social” en MONEREO PÉREZ, J.L., PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, op. cit., págs. 538 a 544.

¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 38, 2002, pág. 21.

¹¹ CUBO MAYO, A.: “El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada de horario”, *Diario La ley*, núm. 8819, 8 de septiembre de 2016, http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMMSbFICTEAAiNjMxMDE7Wy1KLizPw8WyMDQzMDC4hAZlqS35ySGVBqm1aYk5xqlpiUnF-TmlJamhRpm1IUWkqAMSgn_ZGAAAAWKE.

engloba tres categorías de agentes: a) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, bien de manera ocasional o bien de manera profesional; b) usuarios de servicios; y c) “intermediarios que –a través de una plataforma en línea– conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»)”¹². La economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles. Sin embargo, como señalamos más arriba, esas modalidades de trabajo flexibles pueden no ser tan regulares o estables como las relaciones de empleo tradicionales, y por lo tanto generar incertidumbre en cuanto a la aplicación de los derechos laborales y al nivel de protección social¹³.

Los Estados están acometiendo reformas legislativas muy importantes en el ámbito de la Seguridad Social que están afectando a los sujetos de las relaciones jurídicas y a las relaciones jurídicas de afiliación y cotización, y que son una clara muestra de la crisis del Estado del bienestar¹⁴.

La era digital ha sustituido a la era industrial y a una típica forma de prestación de servicios mediante la presencia del trabajador en un determinado centro de trabajo. El conocido trabajo a domicilio integrado en la relación laboral dentro de su especialidad se sustituyó por el denominado trabajo a distancia (art. 13 ET). Las notas configuradoras del contrato de trabajo típicas como la dependencia y la ajenidad presentan un peligroso debilitamiento jurídico en la identificación de la prestación de servicio como una modalidad típica a incluir dentro del Régimen General de la Seguridad Social del trabajo asalariado o bien en el del trabajo autónomo. Sin embargo, en la actualidad con el fenómeno de la denominada “economía colaborativa” la nota de la retribución presenta también cierta debilidad cuando la actividad se desarrolla en colaboración entre consumidores y/o particulares¹⁵. La revolución 4.0 y la era digital son una realidad que marcan las fronteras entre el nuevo y el viejo trabajo y, por consiguiente, entre la necesidad de configurar un sistema justo y equitativo de protección social de acuerdo con los cánones internacionales clásicos o bien la de la simple supervivencia del sistema.

En nuestro trabajo haremos referencia a las propuestas que se están presentando desde instancias tanto europeas como de la OIT para resolver los problemas de escasez de empleo (con la consecuente disminución de ingresos de la Seguridad Social) que plantean la robotización y la industria 4.0, así como la creciente desprotección social de la población “expulsada” del “nuevo” mercado de trabajo digital. Sin embargo, previamente señalaremos las peculiaridades en el ámbito de la seguridad social en la regulación del trabajo a distancia. Una regulación del Siglo XX que ha sido recientemente reformada y que, con la generalizadas

¹² COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, COM (2016) 356 final, pág. 3.

¹³ COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, op. cit., pág. 12.

¹⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Panel I. Reformas de la legislación de Seguridad Social y “crisis” del Estado de bienestar”, en SÁNCHEZ RODAS, C., GARRIDO PÉREZ, E. (Dirs.): *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: restos para la disciplina laboral*, op. cit., págs. 13 a 32.

¹⁵ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, págs. 93 a 118.

nuevas formas de prestación de servicios, puede determinar una reducción de la intensidad protectora del sistema de Seguridad Social pública que resultaría crítica “si afecta a la capacidad del sistema para el cumplimiento de la función que tiene atribuida, lo que necesariamente exige conectarlo con el mandato constitucional de la suficiencia de la protección. El tiempo lo dirá¹⁶”.

2. PECULIARIDADES EN LA REGULACIÓN VIGENTE DEL TRABAJO A DISTANCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Dependiendo de las características y de las tipologías del teletrabajo (teletrabajo a domicilio, teletrabajo móvil, teletrabajo en telecentro, teletrabajo interactivo, teletrabajo *off line*), vamos a tratar las peculiaridades más significativas del trabajo a distancia por cuenta ajena en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social. No nos cabe la menor duda de que el punto crítico al respecto son las insuficiencias existentes en la normativa social aplicable respecto a las peculiaridades del teletrabajo en el marco de una relación laboral, con especial referencia a las condiciones de trabajo en el teletrabajo a domicilio¹⁷. La atipicidad del teletrabajo es un tema de debate muy actual, en que el tratamiento que recibe por parte de la Seguridad Social puede calificarse como elemental en algunos casos, y como ausente en otros¹⁸.

2.1. Ámbito de aplicación y actos de encuadramiento de los trabajadores a distancia en el régimen general de la Seguridad Social

En relación con el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el teletrabajador que realiza una prestación de servicios (art. 1.1 ET) se encuentra incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. Como sabemos, el teletrabajo no constituye una profesión en sí misma, sino una actividad o manera de realizar la prestación de servicios asalariada incluida en el ámbito de aplicación del art. 7.1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)¹⁹. Estos trabajadores están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (art. 97.1 LGSS).

Con respecto a los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación, alta y baja de trabajadores), cuando la empresa disponga de varios centros de trabajo habrá que determinar a qué centro de trabajo está adscrito el teletrabajador. En estos casos, se deberá atender a la adscripción al centro con el que existe conexión telemática (*on line* y *oneway line*), ya que en el caso de que la modalidad adoptada sea la del teletrabajo *off line*, el centro de adscripción será aquél del que depende técnicamente la prestación, es decir, el centro que

¹⁶ VICENTE PALACIO, A.: “Crisis y Seguridad Social”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, pág. 157.

¹⁷ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *RL*, núm. 15-16, 2001, pág. 118.

¹⁸ OJEDA AVILÉS, A.: “Conclusiones: hacia un tratamiento conjunto de los trabajadores atípicos en materia de seguridad social”, en OJEDA AVILÉS, A. (Dir.), *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípico*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 239.

¹⁹ Art. 7.1a) TRLSS. El campo de aplicación se extiende a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes y funcionarios públicos, civiles y militares [art. 7 b)].

imparte las directrices y al que se destina el resultado de la actividad²⁰. En aquellos casos en que se intente que los cambios de conexión sean irrelevantes a efectos de la relación jurídica de Seguridad Social, será el empresario en el momento de cumplir sus obligaciones legales, o en su caso la administración, quien decida la adscripción probablemente a la sede central de la empresa²¹. En relación al cumplimiento de las obligaciones en materia de cotización rigen las normas generales, si bien es cierto que en una regulación futura será necesario su replanteamiento, “pues no puede desconocerse que la singularidad del teletrabajo y las dificultades de inspección pública” pueden hacer del mismo un ámbito favorecedor del fraude en materia de cotización como lo ha sido el trabajo a domicilio²².

2.2. La acción protectora del trabajo a distancia. La trascendencia del tiempo y el lugar en las contingencias profesionales y en las prestaciones de Seguridad Social

Por otro lado, como bien se ha señalado, en lo que respecta a la cobertura de las contingencias profesionales en el teletrabajo por los Sistemas de Seguridad Social, aquélla viene determinada por la confluencia de dos factores. El primero por la dificultad de la determinación del lugar de la prestación de servicios del trabajador, y el segundo por la flexibilidad con que pueda venir determinado el horario donde se desarrolla la actividad profesional. Estos elementos “son determinantes de una dificultad de control del tiempo y lugar de la prestación de servicios que, a efectos probatorios de la concurrencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, puede tener como resultado la ausencia de protección o una menor intensidad de la misma”²³.

2.2.1. El accidente de trabajo. Especial referencia al accidente *in itinere*

Así, respecto a la relación con las contingencias profesionales en la modalidad del teletrabajo a domicilio, es obvio que el teletrabajador puede accidentarse, y que la lesión ocasionada puede ser constitutiva de accidente de trabajo objeto de indemnización, y de suspensión del contrato de trabajo cuando el trabajador pone su actividad al servicio del empleador. Lo mismo, pero con mayor claridad, cabe decir respecto a las enfermedades profesionales²⁴. De acuerdo con el art. 156 LGSS, que entiende por accidente de trabajo “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”²⁵ se pueden distinguir cuatro elementos que deben concurrir simultáneamente para que el accidente pueda ser considerado como laboral. Estos elementos

²⁰ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2001, pág. 253; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 215; GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.*, pág. 129.

²¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: “El Teletrabajo y la Seguridad Social”, en OJEDA AVILÉS, A.: *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 51.

²² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: “El Teletrabajo y la seguridad social”, *op. cit.*, pág. 53.

²³ CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C.: “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Relaciones laborales y Derecho del empleo*, v. 3, núm. 4, 2015, pág. 18. DE LAS HERAS GARCÍA, A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, pág. 291-306.

²⁴ En relación con el trabajo a domicilio, DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA NINET, J.I.: “Contrato de trabajo a domicilio”, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *El Estatuto de los Trabajadores. Comentario a las leyes laborales*, tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 520.

²⁵ En STS de 27 noviembre 1989 (RJ 1989/8266), el accidente de trabajo exige una doble relación de causalidad; por un lado, entre trabajo y lesión, y por otro, entre lesión y situación invalidante o protegida, más reciente STSJ País Vasco de 29 marzo 2011 (AS 2011/2145).

son: la lesión corporal, el agente lesivo y el trabajo por cuenta ajena (elementos estáticos), y la relación de causalidad entre trabajo y lesión (elementos dinámicos)²⁶. La aparición de esta contingencia en el teletrabajo no entraña ninguna peculiaridad en cuanto al riesgo, porque es el mismo con el que cuenta “cualquier otra actividad laboral ordinaria desempeñada a través de instrumentos informáticos y de comunicación”²⁷. No obstante, aunque se ha mantenido que en el teletrabajo a domicilio el accidente de trabajo es una cuestión marginal, atendiendo a que el hogar constituye unos de los medios más seguros de trabajo²⁸, hay que tener presente la aparición de tipos de riesgo incipientes como los psicosociales, que empiezan a ser tenidos en cuenta por los tribunales de justicia²⁹, pero de nula consideración como enfermedad profesional³⁰.

En el teletrabajo a domicilio la determinación del alcance de la acción protectora por accidente de trabajo puede ser difícil a la hora de demostrar que el accidente es laboral y no de tipo doméstico. Por ello será necesario recurrir a la presunción *iuris tantum* regulada en el art. 156.3 LGSS, en cuanto entiende que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”. Esta presunción supone invertir la carga de la prueba, y ante la aparición súbita de la dolencia en el tiempo y en el lugar de trabajo, únicamente habrá que justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio, teniendo el empresario o las entidades subrogadas en el pago que justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la actividad realizada por el trabajador³¹. En el teletrabajo, esta presunción es fácil de desmontar por el empresario que controla y vigila la realización de la actividad laboral con los medios electrónicos e informáticos existentes, porque facilita la apreciación de cuál es el tiempo durante el que se está realizando la actividad laboral. Por lo tanto, “será accidente de trabajo el ocurrido en ese lugar en el que se estableció desempeñar la actividad y durante el tiempo que se marcó para la realización del contenido de la prestación, salvo que se pruebe fehacientemente la desconexión trabajo-lesión”³². En este caso, para hacer efectivos los derechos de Seguridad Social (como cobertura de las contingencias de enfermedad profesional y de accidente de trabajo) frente a los organismos de la Seguridad Social y Mutuas, la empresa puede emitir certificación acreditativa del horario desempeñado en la situación de teletrabajo, siempre que le sea requerida por la persona empleada o por sus representantes legales [art. 92.4 X CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE 11 de junio 2015, núm. 139); art. 43.6.4 XII CC de Repsol Química, S.A. (BOE 21 de mayo 2015, núm. 121)]³³.

²⁶ En CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 24/2005, BIB 2005/2652, pág. 4.

²⁷ SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., pág. 217.

²⁸ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., pág. 255.

²⁹ Como el estrés profesional SSTSJ País Vasco de 7 octubre 1997 (AS 1997/3163) y 2 de noviembre 1999; STSJ Madrid de 5 octubre 2005 (AS 2005/2555).

³⁰ *In extenso*, IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *AL*, núm. 22, 2007, págs. 2692 a 2705.

³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, op. cit., pág. 7, con citas SSTS de 18 marzo 1999 (RJ 1999/3006), 10 de abril 2001 (RJ 2001/4906) y 3 de noviembre 2003 (RJ 2003/9507).

³² JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, TOL 818.375, pág. 17.

³³ Como venía previsto en el art. 14.4 V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 30 de junio 2009, núm. 157).

En los casos en que no exista un horario predeterminado y sea el teletrabajador quien diariamente elige su tiempo de trabajo, le corresponderá a él demostrar la relación de causalidad entre el accidente y su trabajo, teniendo en cuenta que en caso de duda se resuelve a favor del trabajador en virtud del «principio pro operario»³⁴. En efecto, no cabe duda de que si el empresario acepta el teletrabajo, ese compromiso cubre todas aquellas prestaciones de servicios en un régimen de máxima flexibilidad espacial y horaria, donde predomina el «resultado», es decir, tiempos de descanso, ritmos de actividad, jornadas continuadas o partidas, días laborables o festivos son, entre otras circunstancias, datos funcionales que el trabajador administra a su manera.

En aquellos casos en que el trabajador comparta el trabajo tradicional con el teletrabajo a domicilio es irrelevante que el hecho causante del accidente o lesión sobrevenga fuera del «local del centro de trabajo» y del espacio temporal que es el «horario propio de dicho centro». En estos casos el accidente sobrevenido goza de la presunción legal de laboralidad cuando la empresa conozca y acepte como práctica reiterada el teletrabajo a domicilio, y exija “un plazo de entrega tan perentorio que justificaba la agotadora dedicación y la carga de responsabilidad” del trabajador accidentado³⁵. La STS de 18 de diciembre 1996 (RJ 1996/9727) entiende por tiempo de trabajo “el efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de la actividad”, y no el del art. 34 del ET (el transcurrido en el puesto de trabajo); y por lugar de trabajo “aquél en el que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual”. Por ello, la presunción se extiende a cualesquiera siniestros ocurridos al trabajador “en circunstancias en que se accede por emanación directa del poder de dirección del empresario”³⁶.

En estos casos de teletrabajo telependular el accidente de trabajo tendrá un doble tratamiento, según el lugar de la prestación de servicios. En el caso de que el accidente de trabajo se produzca en el centro de trabajo se aplicarán las reglas generales previstas en el art. 156 LGSS, y cuando tenga lugar en su propio domicilio habrá que atender a las especialidades que estamos tratando para el teletrabajo a domicilio³⁷.

En relación al accidente acaecido en el caso del teletrabajo móvil o itinerante, debemos reiterar las anteriores consideraciones en el sentido de que no se tendrá que demostrar la conexión entre el trabajo y la lesión, puesto que también opera la presunción de laboralidad a los denominados «accidente en misión»³⁸. Este tipo de accidentes son los que sufren los trabajadores como consecuencia de los desplazamientos que tienen que realizar por razón de

³⁴ THIBAULT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., pág. 256; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., pág. 219.

³⁵ Controversias laborales, “Accidente laboral y teletrabajo C2/07”, en *AL*, núm. 3, 2007, (www.laley.net), pág. 4, con cita de la STSJ Madrid (Social) de 18 de julio de 2006 (P: Sr. Moreiras Caballero), en que el trabajador fallece en la madrugada de un domingo en su propio domicilio, cuando estaba realizando un trabajo urgente en el ordenador de su casa, para atender las exigencias de un cliente, con término de entrega inmediata.

³⁶ En CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, op. cit., pág. 7. (Vid. más reciente la STSJ Asturias 7 de enero 2011 (JUR 2011/87652).

³⁷ Igualmente GALA DURÁN, C.: Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 133.

³⁸ Igualmente THIBAULT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., pág. 256; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., pág. 219; GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 133.

su trabajo, “y se producen ya en cumplimiento del mismo, ya en cumplimiento de órdenes ocasionales del empresario”³⁹.

En los casos de teletrabajo en telecentros, el accidente sufrido por el teletrabajador responde a los requisitos de tiempo de trabajo y lugar de trabajo contemplado en el art. 156.3 LGSS. Al respecto, la doctrina se ha planteado si en estos accidentes de trabajo acaecidos en los telecentros cabe el recargo de prestaciones (art. 164 LGSS). Al respecto todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50% cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo. En estos supuestos si el telecentro es de titularidad de un tercero no cabe exigir dicha responsabilidad del recargo de prestaciones, porque el titular del centro de trabajo no tiene la consideración de empresario del teletrabajador, sólo cabe recurrir a la vía de la reclamación de daños y perjuicios prevista en el art. 1902 del C. Civil⁴⁰. En este sentido, en su día la jurisprudencia civil fijó la doctrina sobre la jurisdicción competente en demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, y así las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social como se ha hecho constar en la reciente normativa de la jurisdicción social.

En cambio, en el caso de que el telecentro fuera de titularidad de varias empresas, y el teletrabajador accidentado prestase los servicios para una de ellas, cabría plantear una demanda solicitando la solidaridad en el pago del correspondiente recargo⁴¹. En el teletrabajo a domicilio se podrá igualmente exigir la responsabilidad del recargo de prestaciones cuando el accidente o la enfermedad profesional acaecido al teletrabajador se haya producido como consecuencia de una falta de medidas de seguridad que sea imputable al empresario, pero sólo las que puedan ser imputables al empresario dadas las especiales características del lugar de trabajo en donde “el único responsable de las condiciones materiales efectivas de la ejecución de la prestación de servicios sigue siendo el propio trabajador”⁴². Las obligaciones del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo relacionadas con las peculiaridades del teletrabajo han sido tratadas en otro capítulo, por lo que nos remitimos al mismo.

Respecto a los accidentes *in itinere*, es decir, “los que sufra el trabajador al ir o volver al lugar de trabajo” [art. 156.2a) LGSS] son difíciles de identificar en el teletrabajo a domicilio, porque para calificar el accidente *in itinere* y establecer la conexión entre el resultado dañoso y la actividad laboral, es necesario que se produzca un acto imprescindible –en principio, inverosímil en el teletrabajo a domicilio– como es el trayecto para que el teletrabajador lleve a cabo la ejecución del trabajo⁴³. No obstante, coincidimos con ciertos autores en que debe

³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.; VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 120.

⁴⁰ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistemas de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 132.

⁴¹ En este sentido, GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 132, manteniendo que se podría aplicar la misma doctrina que subyace en el caso de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios, “máxime teniendo en cuenta que el artículo 123 LGSS prevé la imposición del recargo cuando las «instalaciones, centro o lugares de trabajo» carezcan de las requeridas medidas de seguridad”.

⁴² GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 133.

⁴³ En CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pág. 9, el accidente *in itinere* tiene que reunir los tres elementos

considerarse *in itinere* el accidente cuando sobreviene durante el trayecto entre el domicilio del teletrabajador y la sede empresarial para participar en reuniones, entregar el resultado del trabajo, cobrar el salario, o recibir asistencia médica⁴⁴. También tendrían la misma consideración los accidentes ocurridos en todas las posibles salidas del teletrabajador para realizar gestiones inherentes a su actividad (como por ejemplo la compra de materiales, incluyendo los supuestos en que temporalmente el teletrabajador cambiara su domicilio particular, como el traslado en temporada estival a otro lugar)⁴⁵.

En definitiva, el accidente *in itinere* tiene que producirse en el trayecto, no en el domicilio ni en el lugar de trabajo. En este sentido, el accidente ocurrido en el propio domicilio no es laboral, sino común. A su vez, el que sucede en el lugar de trabajo constituye un accidente laboral ordinario, siempre que se produzca dentro de la jornada asignada al trabajador (art. 156.3 TRLGSS)⁴⁶. No obstante, en el caso del teletrabajo habrá que revisar el concepto de accidente *in itinere*, atendiendo a que “la noción de lugar de trabajo como sede física estable donde se prestan los servicios se relativiza en grado sumo”⁴⁷. La jurisprudencia viene suavizando la rigidez del concepto de domicilio, entendiendo que “lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver al lugar del trabajo”⁴⁸, por lo que cabe considerar que en los casos de coincidencia entre el domicilio y lugar de trabajo, los teletrabajadores pueden sufrir accidentes *in itinere*, pero como su carácter no se presume corresponderá al mismo teletrabajador demostrar las circunstancias concurrentes⁴⁹.

esenciales de cualquier accidente laboral: subjetivo (existencia de contrato de trabajo), objetivo (lesión corporal) y causal (relación de causa a efecto, más o menos directa, entre el trabajo y las lesiones producidas). Además de éstos “rige unos requisitos configuradores específicos sobre cuya delimitación no existe jurisprudencia inconcusa, siendo por este motivo una categoría cuyos perfiles jurídicos resulta muy difícil trazar”. Una síntesis de los elementos que con mayor frecuencia exige la jurisprudencia para integrar la noción de accidente *in itinere* comprende: a) un requisito teleológico (el infortunio debe sobrevivir al acudir el trabajador desde su domicilio al centro de trabajo o viceversa ...); b) requisito mecánico (alude al medio de desplazamiento); c) requisito cronológico (alude al tiempo de trayecto); d) requisito topográfico (debe ocurrir en el camino de ida o vuelta del centro de trabajo...).

⁴⁴ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., pág. 256.

⁴⁵ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, op. cit., pág. 18.

⁴⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, op. cit., pág. 11.

⁴⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, op. cit., pág. 9.

⁴⁸ En SSTs 29 de septiembre 1997 (Rec. 2685/96) reiterada por la de 28 de febrero de 2001 (Rec. 3493/99), 26 de febrero de 2008 (Rec. 1328/2007) y recientemente la de 14 de febrero 2011 (Rec. 1420/2010).

⁴⁹ SÁNCHEZ RODAS, C.: *El accidente «in itinere»*, Comares, Granada, 1998, págs. 148 y 149. GALA DURÁN, C.: Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 134, plantea la redefinición del concepto, entendiendo que es “el sufrido en la zona cercana al lugar específico del domicilio en el que se teletrabaja”. En contra, SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., pág. 220; JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, op. cit., pág. 16. En este sentido, hay que tener en cuenta que hasta el momento la responsabilidad del accidente y de las lesiones sufridas por teletrabajadores ha sido tratada caso por caso, en OIT, *Las tecnologías de la información en las industrias de los medios de comunicación y del espectáculo. Sus repercusiones en el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales*, Ginebra, 2000, pág. 31.

2.2.2. La enfermedad profesional y el “olvido” de los nuevos riesgos psicosociales

En relación a la enfermedad profesional definida en el art. 157 LGSS, como “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley y esté provocada por la acción que los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”, cabe reiterar la tan criticada insuficiencia de su definición⁵⁰. En efecto, de esta definición se deduce claramente que es necesaria la confluencia de dos elementos para la calificación del trastorno como enfermedad profesional: que sea contraída a consecuencia de la prestación de un trabajo, y que esté incluida en un sistema de lista, “de forma que el dato trascendental a la hora de calificar una enfermedad como profesional viene dado por su previa inclusión en el cuadro vigente”⁵¹.

Habrá que ver si en el cuadro de enfermedades profesionales tienen cabida las que sean contraídas como consecuencia del teletrabajo o, en general, las derivadas de la sociedad de la información, ya que es necesario que se encuentren formalmente en el listado de las consideradas como profesionales, ya que si no sólo cabe asimilarlas al accidente de trabajo por la vía del actual art. 156.2e) LGSS⁵². El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, incorpora tímidamente una enfermedad que podemos incluir en la actividad del teletrabajo, como es la de los *nódulos de las cuerdas vocales a causa de los esfuerzos sostenibles de la voz por motivos profesionales*, que puede ser padecida por los teleoperadores, y la reconocida con anterioridad, como es la del *síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca*, si bien es cierto que ésta no aparece asociada a la actividad del teletrabajo⁵³. Por ello observamos que en el nuevo listado –que no describe la enfermedad porque con el sistema actual queda clara la conexión y relación entre agente y actividad⁵⁴–, no se incorporan ni las enfermedades que puede provocar la especialidad del teletrabajo ni aquellas otras reconocidas actualmente que puedan ocasionar una agravación que dé origen a otras nuevas⁵⁵.

⁵⁰ Entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.; VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de seguridad social*, op. cit., pág. 124.

⁵¹ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, op. cit., pág. 2694.

⁵² BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: “Teletrabajo y Seguridad Social”, VV.AA. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, op. cit., pág. 1116; THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, MTAS, Madrid, 2000, pág. 257; GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 135; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., pág. 221.

⁵³ En el Anexo I del RD 1299/2006 se recoge que esta enfermedad responde a los “trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetitivo de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetitivos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores.

⁵⁴ MORENO CÁLIZ, S.: “Análisis de la reforma de las enfermedades profesionales: virtudes y deficiencias”, op. cit., TS, núm. 203, 2007, pág. 16.

⁵⁵ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 135.

Se critican el “olvido” y las “lagunas” que la lista tiene en relación con los nuevos riesgos psicosociales asociados al sector servicios y que son objeto de tutela preventiva⁵⁶, ignorando la gran cantidad de horas en que un teletrabajador debe permanecer ante una pantalla de visualización, lo cual puede entrañar graves consecuencias para la salud⁵⁷, riesgos que hasta ahora son regulados por la vía del art. 156 LGSS. Por ello, no es de extrañar que en un futuro aumenten los pleitos en materia de enfermedades profesionales, no sólo por la aprobación del nuevo listado, sino también por las declaradas en los últimos años relacionadas con dolencias de tipo osteomuscular o músculo-esquelético⁵⁸.

Desde hace casi una década existen importantes pronunciamientos relacionados con este tipo de enfermedades del aparato muscular y esquelético, como la tendinitis de Quervain en auxiliares administrativos (STSJ Murcia 21 de enero de 2002), o el síndrome del túnel carpiano [SSTSJ Cataluña 10 de marzo de 1998; Cantabria 30 de diciembre de 2005 y 25 de enero de 2006; Murcia 26 de junio de 2006; Aragón 14 de marzo de 2006; y Castilla y León (Valladolid), 25 de septiembre de 2006]⁵⁹.

2.2.3. Las prestaciones de Seguridad Social en el trabajo a distancia: asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente

En lo que respecta a las prestaciones reconocidas en el Régimen General de la Seguridad Social (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia, incapacidad permanente), en el teletrabajo habrá que atender a una serie de circunstancias que vamos a tratar a continuación, con especial referencia al teletrabajo a domicilio.

El derecho a la asistencia sanitaria es una prestación cuya regulación es de aplicación tanto para el teletrabajador como para los familiares a su cargo⁶⁰. No obstante, y como ha advertido la doctrina, la única excepción la podemos encontrar en la aparición de enfermedades contagiosas o infecciosas que vayan acompañadas de un tratamiento domiciliario y que no conlleven una incapacidad temporal para el trabajo. En estos casos, si se trata de un teletrabajador es obvio que la afección no impide la prestación de servicios en el domicilio. En cambio, si se trata de un trabajador presencial la situación conduce a la correspondiente declaración de la incapacidad temporal al no poder acudir al centro de trabajo⁶¹. Ante la

⁵⁶ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *op. cit.*, págs. 2697 a 2699.

⁵⁷ En relación a las enfermedades profesionales, PELES, S.: “Las cuestiones jurídicas planteadas en Bélgica por el teletrabajo a domicilio”, *Trabajo y Sociedad*, Vol. 11, núm. 1, 1986, pág. 94.

⁵⁸ TORRES ANDRÉS, J.M.: “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial”, *op. cit.*, pág. 211, recordando que en 2005 se declararon en España 30.000 nuevas enfermedades, de las que el 87,30% responden a dolencias de tipo osteomuscular o músculo-esquelético.

⁵⁹ Citadas, entre otras, por LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”, en *AL*, núm. 9, 2008, pág. 34.

⁶⁰ Vid. la actual LGSS y el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

⁶¹ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 135. En SELLAS I BENVINGUT, R.: *Régimen jurídico del teletrabajo en España*, *op. cit.*, pág. 221, “el padecimiento de determinadas enfermedades comunes o profesionales y de accidentes, sean o no de trabajo, que impidan o limiten el desarrollo del trabajador en el cumplimiento ordinario y regular de un trabajo ordinario, por el contrario pueden no ser impeditivas o

aparición de estas afecciones en un trabajador interno, el teletrabajo puede ser un recurso para superar la situación impeditiva, siempre y cuando sea pactado por una duración coincidente con la misma⁶².

Atendiendo a las situaciones de incapacidad temporal debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, y a los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad, en el teletrabajo persiste una dificultad señalada al inicio. En efecto, la situación incapacitante en la modalidad de teletrabajo *off line* es difícil de controlar debido a la dificultad de constatar la ausencia del trabajo o el absentismo laboral⁶³, como lo es también en la modalidad de teletrabajo a domicilio. Los controles del empresario limitados al posible reconocimiento médico del trabajador –art. 20.4 ET– y de la Administración laboral y sanitaria no son suficientes cuando el lugar de trabajo es el domicilio del teletrabajador, salvo que se establezcan una serie de medidas específicas de control de la incapacidad temporal destinadas si no a evitar, al menos a paliar los efectos del fraude en esta contingencia⁶⁴. Es necesario que el concepto de incapacidad temporal y los requisitos de imposibilidad de la prestación de servicios se adapten al modelo de organización del teletrabajo, contando para ello con la ayuda de las nuevas tecnologías⁶⁵.

En relación con el descanso por maternidad (arts. 177 y ss., LGSS) no cabe duda sobre la aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, además del derecho de las trabajadoras a ser protegidas ante una incapacidad temporal desde el punto de vista de la alteración de la salud, así como también de las prestaciones económicas⁶⁶. No obstante, las situaciones de fraude en el teletrabajo a domicilio siguen persistiendo en el caso de que la mujer trabajadora simultanee el subsidio de maternidad para el descanso de la madre –y en su caso el cuidado del hijo después del parto, la adopción y/o el acogimiento– con la prestación de servicios telemática en su propio domicilio⁶⁷. Este supuesto puede evitarse cuando se pacte la posibilidad de compatibilizar el teletrabajo con la situación de permiso por maternidad a tiempo parcial al 50% en las últimas cuatro semanas del permiso de maternidad⁶⁸. En cuanto a la prestación por riesgo durante el embarazo, si el teletrabajo se realiza en el domicilio de la trabajadora no cabe duda de que los riesgos posibles van a ser escasos. Sin embargo, no es posible la aplicación del art. 26 de la LPRL en los casos en que el empresario deba cambiar a la trabajadora de un puesto de trabajo a otro sin riesgo y, salvo en los supuestos de conexión interactiva, existe la dificultad de

limitativas de la prestación de trabajo si el mismo se desarrolla en un sistema de teletrabajo, a la vista de una equilibrada compatibilidad entre el objeto del teletrabajo y el tipo de enfermedad o de accidente padecido”.

⁶² THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., pág. 258. Al respecto, en su día llamó la atención el art. 33 del CC de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Vallgorguina (DO Generalitat de Catalunya, 26 de junio de 2003, núm. 3912) que establece la posibilidad de implantar el teletrabajo con la finalidad de evitar la excedencia del trabajador ante circunstancias personales. En <http://www.idg.es/pcworldtech/El-teletrabajo-puede-frenar-la-expansion-de-la-gri/art195377-seguridad.htm>, se plantea el teletrabajo como una posibilidad de freno a la expansión de la Gripe A.

⁶³ LEÓNÉS SALIDO, J.: “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, *AJA*, núm. 431, 2000, pág. 3.

⁶⁴ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 136.

⁶⁵ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: “Teletrabajo y Seguridad Social”, op. cit., págs. 1118 y 1119.

⁶⁶ DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA NINET, J.I.: “Contrato de trabajo a domicilio”, op. cit., pág. 521.

⁶⁷ LEÓNÉS SALIDO, J.C.: “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, op. cit., pág. 4.

⁶⁸ Véase art. 43.3 del X II CC de Repsol Química, S.A. (BOE 21 de mayo 2015, núm. 121).

controlar que la trabajadora cumple con esa medida en el caso de la suspensión del contrato por riesgo, tanto durante la maternidad como durante el período de lactancia⁶⁹.

En relación a la incapacidad permanente, la única especialidad viene dada por la propia actividad llevada a cabo por el sujeto y respecto a la cual debe valorarse el grado de incapacidad –parcial o total– en el teletrabajo⁷⁰. Habrá que estar atentos a la especialidad del teletrabajo y la compatibilidad con la percepción de una prestación por incapacidad absoluta o de gran invalidez⁷¹. En principio, cabría pensar que si el teletrabajo se realiza a tiempo completo debería plantearse la revisión de la capacidad del teletrabajador, a la que posiblemente debería acompañar una revisión de su grado de incapacidad permanente⁷², bien de oficio o a instancia del propio interesado (art. 200 LGSS). En estos casos, la revisión del grado de invalidez previsto en el art. 200.2 LGSS consiste en hacerla depender no sólo de la modificación de las secuelas orgánicas o funcionales, sino del ejercicio de una nueva profesión, lo cual evidenciaría un grado inferior de incapacidad permanente aunque se mantengan intactas las patologías iniciales. No obstante, “no cabrá hablar de ejercicio de nueva profesión cuando el trabajo se realiza en centro especializado en la integración laboral de los minusválidos y esa minusvalía haya sido el factor determinante en la contratación, ni la actividad realizada en la ONCE si quien la ejerce tiene la condición de afiliado a la misma; ni tampoco la actividad realizada en virtud de un contrato para la formación de los regulados en el art. 11.2 ET por quien tiene la condición de minusválido”⁷³. El art. 198.2 de la LGSS establece que las pensiones vitalicias 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 presenten un cambio en su capacidad de trabajos a efectos de revisión.

No obstante, coincidimos con la doctrina, que se muestra partidaria de un sistema de revisión flexible que permita al trabajador mantener provisionalmente o recuperar fácilmente la prestación por incapacidad permanente si, a su vez, no recupera la capacidad de ganancia⁷⁴.

⁶⁹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995). En GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 136.

⁷⁰ GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 137. Vid. arts. 136 a 152 del TRLGSS; Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social (BOE de 8 de mayo de 1969; corr. err. BOE de 9 de agosto).

⁷¹ Se entiende por “incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio” (art. 194.5); y por gran invalidez “la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos” (art. 194.6).

⁷² GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, *op. cit.*, pág. 137. Sobre el cambio de capacidad que puede representar el ejercicio profesional del teletrabajo, BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: “Teletrabajo y Seguridad Social”, *op. cit.*, pág. 1120. En contra de la revisión, THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, pág. 259, puesto que el hecho de teletrabajar “no implica necesariamente una mejora en la evolución clínica del incapaz o la equivocación del diagnóstico, pero tampoco parece razonable que pueda mantener la prestación de incapacidad si el objetivo de ésta es precisamente cubrir un déficit de ingresos”.

⁷³ OJEDA AVILÉS, A.; SAMPEDRO CORRAL, M.C.; HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 97, nota a pie 157.

⁷⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “El empleo de las personas con minusvalía”, *RL*, Tomo I, 1999, pág. 19. THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, pág. 259, se muestra partidario de la suspensión de la prestación mientras el teletrabajador tenga garantizada la capacidad de ganancia. En STS 30 de enero 2008 (Rec. núm. 480/2007) “la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinsertión social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por

Nada impediría que un trabajador incapacitado para realizar cualquier profesión que entrañase esfuerzos físicos pudiera convertirse en teletrabajador, dándose de alta y cotizando, realizando una segunda actividad de tipo intelectual, más liviana y sencilla, compatible con su estado de invalidez⁷⁵. La compatibilidad representaría, en el marco de actividades sedentarias, un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida. Entre otras sentencias, la STS 30 de enero 2008 (Rec. núm. 480/2007) declara la compatibilidad trabajo/pensión en situaciones de invalidez permanente absoluta o de gran invalidez, teniendo en cuenta que las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), consienten la pluralidad de actividades laborales a jornada completa para quienes se encuentren en dichas situaciones. En esta sentencia se dice que 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 (pensión de jubilación/nueva prestación por IPA (...)), 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 toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicológico– por parte del inválido”⁷⁶.

En definitiva, tanto la pensión de invalidez permanente absoluta como la de gran invalidez son compatibles con cualquier actividad que pueda desarrollar el trabajador. La compatibilidad no se da sólo respecto de actividades productivas marginales o que generalmente están fuera del mercado de trabajo. La LGSS relativiza la prohibición de realizar actividades productivas por parte de quienes se encuentran en estas situaciones de IPA o GI, siendo factible incluso el trabajo a tiempo completo. Por lo tanto, el INSS no puede suspender el pago de la pensión por el hecho de que el inválido en IPA o GI desempeñe actividades retribuidas y a tiempo completo, incurriendo en *ultra vires* las normas que así lo permitían⁷⁷.

2.3. Peculiaridades del trabajo a distancia en el ámbito de la Seguridad Social aplicables al trabajo transfronterizo

Finalmente, en relación a la normativa de Seguridad Social aplicable al trabajo transfronterizo, salvo que se contemplen en una futura normativa comunitaria las especialidades del teletrabajo en materia de Seguridad Social, tampoco somos partidarios de realizar una interpretación flexible del concepto de lugar de trabajo atendiendo a la forma en que se desarrolla el teletrabajo transnacional, en el sentido de incluir al teletrabajador en el sistema de Seguridad Social del país de la Unión Europea donde esté radicada la empresa que recibe el fruto del trabajo, al entender que al realizarse la prestación virtualmente “es como si

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 toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido;...”

⁷⁵ LEONÉS SALIDO, J.: “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, *op. cit.*, pág. 2.

⁷⁶ SSTS 14 de octubre 2009(RJ 2009/5730); 16 de octubre 2013 (RJ 2014/1208), STSJ Madrid 23 de septiembre 2015 (Rec. 202/2015).

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Compatibilidad de la pensión de gran invalidez”, BIB 2008/1376, base de datos Aranzadi digital.

efectivamente prestase servicios en dicho país” y no en aquél en el que el teletrabajador tiene su residencia⁷⁸.

No estamos a favor de realizar una aplicación analógica del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de la Seguridad Social⁷⁹. Así mismo, entendemos que esa interpretación flexible nos llevaría a la paradoja de que trabajadores que prestan servicios en un mismo país estén sometidos a legislaciones y regímenes protectores diferentes⁸⁰. En realidad, en el ámbito comunitario contamos con el compromiso alcanzado en la Carta Social Europea de 1961, en donde para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social las partes contratantes se comprometen no sólo a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social, sino a hacerlo en un nivel satisfactorio, equivalente por lo menos al exigido en el Convenio 102 de la OIT sobre norma mínima de la Seguridad Social⁸¹.

En materia de teletrabajo transfronterizo, el tratamiento de la protección social es prácticamente inexistente en la contratación de trabajadores más allá de las fronteras comunitarias⁸². Se propone una posible intervención consistente en incluir el pago por parte de la empresa de una tasa fija por cada trabajador procedente de fuera. Aunque la propuesta de este sistema puede ser válida, lo más probable es que sea problemática tanto en su regulación como en su control⁸³. En el plano internacional existen dos instrumentos normativos que establecen un nivel de protección mínimo en materia de Seguridad Social: uno, la Carta Social Europea de 1961; y otro, el Convenio 102 de la OIT, válido para todos los países pero de incumplimiento sistemático de los mínimos requeridos⁸⁴.

En el plano internacional contamos con dos modelos de Seguridad Social, que coinciden con los niveles de los dos grandes bloques occidentales: el europeo, que comprende

⁷⁸ ROMERO BURILLO, A.M.: “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, VV.AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, op. cit., pág. 1148 se plantea la posibilidad de realizar una interpretación *strictu sensu* del lugar de trabajo, en el sentido de otorgar al teletrabajador la protección ofrecida por el Estado donde se encuentra físicamente el trabajador y los medios telemáticos, o bien realizar una interpretación flexible de acuerdo con la forma en que se desarrolla este tipo de trabajo.

⁷⁹ En contra, PENNINGS, F.: *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

⁸⁰ Igualmente, GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, op. cit., pág. 125. Sin embargo, “no deja de ser de *facto* una vía que consiente la elusión tecnológica de las obligaciones en materia de Seguridad Social y de su costo económico, pues es evidente que esa misma prestación laboral realizada por el mismo trabajador dentro del territorio nacional quedaría sujeta al imperio del Sistema”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: “El Teletrabajo y la seguridad social”, en OJEDA AVILÉS, A.: *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo*, op. cit., pág. 51.

⁸¹ Art. 12. Así mismo, en el art. 13 (garantizar la asistencia social a los necesitados) y art. 14 (obligación de los Estados miembros de fomentar y organizar servicios sociales que contribuyan al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos de la comunidad).

⁸² ROMERO BURILLO, A.M.: “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, op. cit., pág. 1149.

⁸³ PENNINGS, F.: *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

⁸⁴ *In extenso*, OJEDA AVILÉS, A.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social, Standards internacionales y competencia desleal”, REDT, núm. 137, 2008, págs. 5 a 26. No obstante, “el Convenio 102 no requiere a los países firmantes cumplir con las nueve protecciones, sino sólo tres de ellas, aunque, eso sí, una debe ser al menos desempleo, vejez, invalidez o muerte. Desde un enfoque práctico y al mismo tiempo teórico, cabría decir que dicha norma internacional no alcanza el nivel de un sistema de Seguridad Social, pues permite optar por la cobertura de una de las tres contingencias que hemos considerado *sine qua non*”, pág. 11.

las “nueve contingencias canónicas” (salud, incapacidad temporal, desempleo, vejez, riesgos profesionales, familia, maternidad, invalidez y muerte) y con el avance de otras nuevas (dependencia, prejubilación); y el norteamericano, que agrupa las tres contingencias clásicas (invalidez, vejez y muerte) y, marginalmente, el desempleo y asistencia a necesitados⁸⁵. El problema del teletrabajo transnacional más allá de las fronteras europeas, y teniendo en cuenta el principio de territorialidad, es que la implantación de un sistema de Seguridad Social en los países en vías de desarrollo depende de la voluntad certera de cada Estado, dirigida al establecimiento de una serie de medidas tendentes a incorporar inspectores de trabajo, a exigir el cumplimiento de la normativa laboral, a crear un documento único de identificación y a asumir un coste razonable de protección. Si no es así, en el fondo de todo ello subyacerá la tolerancia a “un *dumping* generalizado a costa de la salud y la supervivencia de la población”⁸⁶.

3. LA UBERIZACIÓN DEL TRABAJO Y EL “INEVITABLE” AUGE DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Las nuevas formas de empleo a las que hemos hecho referencia más arriba tienen un nexo en común, consistente en que la presencia física del trabajador es irrelevante para la realización de la prestación de servicios. En este sentido muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura, como es el caso de la multinacional estadounidense Uber, que ofrece transporte de viajeros por conductores privados a través de una aplicación móvil gratuita.

Esta multinacional, implantada en las ciudades más pobladas del mundo, entendía que la actividad que desarrollaba estaba incluida dentro de la denominada economía colaborativa pero, tras las correspondientes denuncias por parte de la industria del taxi por competencia desleal, decidió cambiar de estrategia y afirmar que se trataba de una empresa de servicios de la información al margen de cualquier actividad de transporte⁸⁷. En otro trabajo hemos mantenido que la actividad de UberPop no es una opción de transporte entre particulares, dado que claramente operan en el tráfico mercantil realizando una actividad económica regulada y sujeta a tributación y, en su caso, a alta y cotización de los trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social⁸⁸. En este sentido no nos cabe la menor duda de que existen suficientes

⁸⁵ OJEDA AVILÉS, A.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social, Standards internacionales y competencia desleal”, *op. cit.*, págs. 11 y 12.

⁸⁶ OJEDA AVILÉS, A.: “Sostenibilidad de la Seguridad Social, Standards internacionales y competencia desleal”, *op. cit.*, pág. 22.

⁸⁷ Véanse United States District Court Northern District of California, O’Connor vs Uber Technologies, Inc., Case No. 13-cv-04065-VC del 3 de noviembre de 2015, donde finalmente Uber llegó a un acuerdo con los conductores. En España, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2, de 9 de diciembre de 2014, medidas cautelares previas 707/2014, declara suspensa la actividad de UberPop y el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 3 tiene planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial donde se presentan varias cuestiones previas (Petición de decisión prejudicial presentada el 7 de agosto de 2015 –Asociación Profesional Élite Taxi/Uber Sytems Spain, S.L., Asunto C-434/15, 2015/C 363/27 (DOUE 3 de noviembre 2015, C 363/21).

⁸⁸ La multinacional es muy cuidadosa con el empleo de términos que puedan indicar que lleva a cabo una actividad económica, por ejemplo, diciendo que “UberPop permite a los españoles poseer sus propios vehículos y compartirlos con otros usuarios, creando ciudades cada vez más eficientes. (...) miles de pasajeros y conductores en España han disfrutado de UberPop como una nueva forma de acceder a viajes urbanos seguros, cómodos y

indicios para calificar la existencia de relación laboral entre los conductores privados que operan a través de UberPop⁸⁹. No obstante, la actividad de UberPop está actualmente en suspenso por el Juzgado núm. 2 de lo Mercantil de Madrid ante la demanda presenta por competencia desleal por la Asociación Nacional del Taxi⁹⁰.

En la actualidad Uber se ha posicionado en el mercado español a través de una nueva aplicación, UberX y su puesta en funcionamiento en Madrid, mediante un servicio regulado en la normativa de transporte: arrendamiento de vehículos con conductor o empresas que dispongan de licencia de vehículos con conductor (VTC)⁹¹. En este caso, según las condiciones legales publicadas en la página web de Uber, las relaciones contractuales entre Uber y los conductores de vehículos privados deben confluir en el campo de la contratación independiente. Por ello la multinacional realiza un reconocimiento expreso de que no presta servicios de transporte de ningún tipo o de logística o que funciona como una empresa de transportes, afirmando que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros prestadores particulares independientes que no están empleados por Uber ni por ninguno de sus afiliados⁹².

Con independencia de esta declaración, consideramos que respecto a los conductores de UberX podemos partir de la regulación contenida en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) siempre y cuando no nos encontremos ante la figura del falso autónomo, cuestión que entendemos habrá que tratar en un futuro atendiendo a la casuística que se presente ante los tribunales, ante la falta de regulación al respecto⁹³. No olvidemos que la propia ley hace referencia a la proliferación de figuras heterogéneas de autónomos como los emprendedores, los autónomos económicamente dependientes, los socios de trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas. Es decir de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena (Preámbulo II de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo).

asequibles mientras comparten sus vehículos y ahorran en los crecientes gastos mensuales...” en <https://newsroom.uber.com/spain/suspendido-temporalmente-uberpop-en-espana/>

⁸⁹ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “Los conductores privados de UberPop: una nueva situación de anomia laboral”, *op. cit.*, págs. 255 a 257.

⁹⁰ Al respecto contamos con un pronunciamiento importante en el Reino Unido reconociendo los derechos laborales de dos conductores de Uber (Tribunal Central de Trabajo de Londres, Sentencia 28 de octubre de 2016 (Case Nos: 2202550/2015). Sentencia comentada por TODOLÍ, A.: “Comentario a la sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK”, en *Blog Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>.

⁹¹ RD 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 2172003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE 21 de noviembre 2015); RD 1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo (BOE 21 de noviembre 2015).

⁹² UBER, B.V.: “Términos y condiciones”, actualizado a 7 de abril de 2016 en <https://www.uber.com/es-US/legal/terms/ar/>.

⁹³ Disposición adicional undécima de la LETA hace referencia a los trabajadores autónomos del sector del transporte.

El término “uberización” del trabajo toma como referencia a la multinacional digital Uber para identificar a todas aquellas otras plataformas digitales donde la gestión de recursos humanos responde a otros modelos de empleos digitales: empleos parciales, y empleos temporales realizados por personal “freelance” en régimen de subcontratación (autónomos, emprendedores o *startup*). Las plataformas digitales no cuentan con una plantilla de trabajadores, sino con una relación de servicios; no se contratan personas sino objetivos y resultados, y los servicios son realizados por profesionales liberales deslocalizados que trabajan para varias empresas. El profesional no realiza una sola tarea, trabaja por horas o temporadas y puede ofrecer sus diferentes aptitudes⁹⁴. Este colectivo no sólo está formado por profesionales cualificados, sino por otros prestadores de servicios de escasa cualificación como, por ejemplo, repartidores de comida o transportistas de paquetería a domicilio, además de los conductores de vehículos privados (Just Eat, Deliveroo, Glovo, Amazon y Uber). Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo se trata de una situación de anomia laboral, y dependiendo de cómo se manifieste esa prestación de servicios, estaremos ante una relación laboral o ante otra relación de carácter autónomo (técnica indiciaria)⁹⁵. No obstante, esta nueva actividad económica ha aportado flexibilidad para muchos trabajadores, pero acompañada de una mala remuneración y al margen de los dispositivos formales.

Las nuevas formas de trabajo “atípico” y las carreras profesionales flexibles (franquicias, subcontratación y globalización de cadenas de suministro) que buscan la omisión de la responsabilidad relativa a los derechos fundamentales de los trabajadores predominan cada vez más. Sin duda, la transformación de la economía mundial es inevitable, por lo que el sistema de protección social deberá ser más eficiente y eficaz, por ejemplo complementando el sistema de pensiones con una garantía de prestación mínima independiente de las cotizaciones de una sola persona, con nuevas formas de definir la base de financiación para las prestaciones sociales, más allá de los ingresos generados exclusivamente por el trabajo. Como ha afirmado el Secretario General de la AISS, lo importante es que “los sistemas de seguridad social deben adaptarse de forma más eficaz con medidas que apoyen la salud, la empleabilidad y el empoderamiento de las personas, a fin de facilitar la participación económica y nuevos tipos de actividad para todos”⁹⁶. Por este motivo en nuestro estudio nos vamos a centrar en la reforma operada en Francia en el verano de 2016, que contempla una tercera categoría de trabajadores cuya actividad se desarrolla en plataformas digitales como Uber; así como también en España en la propuesta de modificación del trabajo autónomo que se está debatiendo en el Parlamento y que consideramos la vía más acertada, dado el auge del trabajo autónomo no declarado, y la necesidad de aumentar los efectivos de control en la lucha contra

⁹⁴ FERNÁNDEZ, M.: ¿Qué es uberizar el empleo? En <http://www.imf-formacion.com/blog/corporativo/at/que-es-uberizar-el-empleo/>.

⁹⁵ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “Los conductores de UberPop y UberX: ¿trabajadores asalariados, autónomos, emprendedores, cooperativistas o qué? en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.): *Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: Portugal, España, Colombia, Francia, Brasil*, Libro I, Colección Cielo Laboral Oporto, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el trabajo*, Peter Lang, Berna, Suiza, 2017 (en prensa).

⁹⁶ ISSA.: “¿Es Uber una señal del fin de la seguridad social?”, en https://www.issa.int/es_ES/-/does-uber-signal-the-end-of-social-security-.

el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social [Ley 13/2012, de 26 de diciembre (BOE 27 de diciembre, núm. 311)]⁹⁷.

3.1. Los derechos de los trabajadores “independientes” que prestan servicios mediante las plataformas digitales: la reforma del *Code du travail* (2016)

La reforma del mercado de trabajo en Francia de 2016 (Ley nº 2016-1088, de 8 de agosto) ha reconocido una serie de derechos para quienes presten servicios por medio de plataformas que se dedican a conectar electrónicamente a los prestadores de servicios y a sus destinatarios⁹⁸. Esta regulación llega a año después de que la actividad de Uberpop fuera declarada ilegal. En efecto, en mayo de 2015 el *Conseil Constitutionnel* dictaminó que la Ley Thévenoud era legal y por lo tanto la actividad de Uberpop ilícita⁹⁹. Esta ley sanciona con pena de cárcel y multa (2 años y 300.000 euros) precisamente a las personas responsables penalmente de este tipo de plataformas, que sin pertenecer a ninguna empresa de transporte, realicen servicios ocasionales a título oneroso. El *Conseil* dictaminó que la actividad desempeñada por Uberpop no es similar a aquella otra consistente en compartir el automóvil, que es una modalidad reconocida por el legislador (*carsharing*) y, por lo tanto, no prosperó el recurso de inconstitucionalidad presentado por Uber¹⁰⁰.

La ley nº 2016-1088 regula una tercera categoría de trabajador: los trabajadores independientes que realizan la prestación de servicios en Francia para empresas que, independientemente de dónde estén localizadas físicamente, conectan personas por medios electrónicos para venderles bienes, prestarles servicios o intercambiar bienes o servicios. En el momento en que la plataforma establezca las características del bien o del servicio y el precio, ésta debe asumir una doble responsabilidad social con respecto a esos trabajadores independientes¹⁰¹. La primera consistente en asumir una cobertura equivalente a la establecida para accidentes de trabajo por la norma de la seguridad social, y la segunda con respecto al derecho a la formación profesional continua de estos trabajadores¹⁰².

⁹⁷ Sobre las medidas para compartir el empleo sumergido, MARTÍN RIVERA, L.: “La vía de la regularización y el control del empleo sumergido en España. Análisis de las medidas para combatir el empleo sumergido (contenidas en el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril) y su efectividad”, MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), *op.cit.*, págs., 457-475.

⁹⁸ LOI nº 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/8/8/2016-1088/jo/texte>.

⁹⁹ Art. 12, section 4, LOI nº 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur (JORF nº 0228 du 2 octobre 2014) en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/10/1/2014-1104/jo/texte>.

¹⁰⁰ Decisión núm. 2015-468/469/472 QPC de 22 de mayo de 2015. Sociedad UBER Francia y otro [Vehículos de transporte de personas con chófer-prohibición de la “geolocalización de vehículos disponible”-Modalidades de tarificación_ Obligación de volver a la base].

¹⁰¹ AGOTE, R.: “La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la *Gig Economy*, en el Blog laboral Cuatrecasas Gonçalves Pereira, entrada del 20 de octubre en <http://cuatrecasasblog.com/laboral/2016/10/20/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/>.

¹⁰² La normativa de desarrollo debe establecer los ingresos mínimos que debe tener cada trabajador independiente para ser titular de estos derechos. Esta norma establece los ingresos mínimos que debe tener un trabajador independiente para ser titular de esos derechos. <https://www.caf.fr/visite-guidee/la-prime-d-activite>. No obstante, junto a estos derechos tienen también reconocidos el derecho a la desconexión o interrupción de la prestación de servicios sin que deriven responsabilidades por incumplimiento contractual para el trabajador y el derecho a

Consideramos que éste supone un avance importante de regulación en materia de la protección social de los trabajadores digitales, en la línea recomendada por las instancias internacionales (OIT y ISSA) para la adaptación de los marcos legales de los sistemas de seguridad social. Como bien dice la ISSA, no es menos cierto que “en los sistemas de seguridad social, los efectos de la digitalización amenazan la sostenibilidad financiera de los regímenes contributivos y crean la necesidad de extender la cobertura legal a las nuevas categorías de trabajadores”¹⁰³. Al respecto hay países que han acometido avances importantes como es el caso mencionado de Francia. Así, por ejemplo, en Suiza el seguro obligatorio contra accidentes (SUVA) y el fondo de pensiones han considerado que las empresas que prestan servicios de taxi por medio de aplicaciones deben considerarse como empleadoras y deben abonar cotizaciones a la seguridad social¹⁰⁴. En ese país “un taxista que depende totalmente de las ofertas de trabajo proporcionadas por la sede no es un trabajador independiente desde el punto de vista legal”¹⁰⁵. En Bélgica hemos comprobado que existen unas instrucciones administrativas de los *Transporteurs de personnes* que parten de esta misma consideración¹⁰⁶.

En definitiva, consideramos que cuando la actividad de la plataforma digital sea conforme a las características contempladas en la normativa francesa, la prestación de esos trabajadores de la plataforma puede asimilarse a la de un trabajador autónomo, o más concretamente a la de un trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) en el caso de que reúna los requisitos contemplados en la LETA. Así, por ejemplo, en el caso de UberX consideramos que la plataforma digital realiza una actividad de transporte y que, por lo tanto, los trabajadores por regla general se van a equiparar con un trabajador autónomo en los términos que vamos a ver a continuación, salvo que se trate de un “falso autónomo” como hemos señalado más arriba, comprendido en el sistema de la Seguridad Social [art. 7.1 b) LGSS]. Veamos genéricamente qué problemas plantea esta regulación para estos nuevos trabajos y qué propuestas de modificación existen para converger en un mercado de trabajo protegido socialmente.

3.2. La protección social de los trabajadores autónomos digitales

El trabajador autónomo es aquél que “realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas” (art. 2.1 D. 2530/1970)¹⁰⁷. Se trata de un

constituir un sindicato o adherirse a uno ya constituido, y a defender sus intereses colectivos (arts. 57 y 60 Loi n° 2016-1088).

¹⁰³ ISSA: “10 Desafíos mundiales para la seguridad social”, Informe elaborado por la Secretaría General de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISSS), 2016 en www.issa.int/10.

¹⁰⁴ Sobre la negativa del SUVA a asegurar a los conductores como de Uber como autónomos. Problemas de encuadramiento en el régimen solicitado en <http://www.rsi.ch/news/svizzera/Uber-%C3%A8-datore-di-lavoro-7293758.html>; <http://www.taxistory.it/wordpress/2016/08/30/svizzera-uber-paghi-i-contributi/?pdf=41894>.

¹⁰⁵ ISSA: “10 Desafíos mundiales para la seguridad social”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁶ OFFICE DE SÉCURITÉ SOCIALE INSTITUTION PUBLIQUE DE SÉCURITÉ SOCIALE: “Instructions Administratives Aux Employeurs ONSS”, ONSS Trimestre: 2015/2, “Travaillent également selon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail, les personnes à qui une entreprise dispense des services en rapport avec les transports qu'elle leur confie (par exemple, les chauffeurs de taxi rattachés à un central d'appel qui leur transmet leurs missions). L'entrepreneur ou l'entreprise qui confie le transport est considéré comme étant l'employeur”.

¹⁰⁷ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE 15 de septiembre).

concepto similar al contemplado en el art. 1.1. de la LETA que ha de completarse con otras regulaciones donde se ofrecen algunas pautas para la concreción del concepto de habitualidad¹⁰⁸. No vamos a entrar a valorar cada uno de los requisitos que identifican al trabajo autónomo, sólo queremos resaltar las dificultades respecto a la concreción de un concepto jurídico indeterminado: la habitualidad¹⁰⁹. Ni el Decreto 2530/1970 ni la LETA aportan ningún elemento que contribuya a la concreción de este concepto jurídico indeterminado. Igualmente, el concepto de trabajo autónomo a tiempo parcial reconocido expresamente en la Ley 27/2011 no cuenta con su desarrollo reglamentario, puesto que las sucesivas leyes presupuestarias anuales han prorrogado su aparición (en la actualidad a 1 de enero de 2017)¹¹⁰. Con ello esta ley contempla el establecimiento de un sistema de cotización a tiempo parcial para estos trabajadores autónomos “considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera” en la seguridad social, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados períodos de su vida laboral”, aplicando en su defecto las normas de los trabajadores contratados a tiempo parcial (arts. 245 y ss. LGSS).

El régimen del trabajador autónomo permite excluir a los trabajadores que se dedican ocasionalmente a la realización de determinadas actividades. Esto significa que el trabajador tiene que constatar en el tiempo la mencionada habitualidad, y cuando esto no es posible hay que acudir a los ingresos originados por la realización de la actividad. En este caso se ha entendido que no concurre este requisito cuando la dedicación en el tiempo es incierta y los ingresos están por debajo del salario mínimo interprofesional, por lo que se exonera al trabajador de las obligaciones de alta y cotización en dicho régimen de la seguridad social [SSTS 29 octubre de 1997 (RJ 1997/7683); 20 marzo de 2007 (RJ 2007/3185)]. Así, por ejemplo, en relación con los subagentes de seguro que no puedan comprobar el tiempo efectivo de dedicación, el requisito de habitualidad se entiende existente cuando los ingresos económicos resultantes de la actividad realizada superen el importe anual del salario mínimo interprofesional [STS 29 octubre de 1997 (RJ 1997/7683); STSJ de Cataluña 18 de junio 2001 (AS 2001/3499)]¹¹¹. Por ello el alta en el RETA se considera desde el inicio de la actividad, incluyendo los ingresos previos a dicha alta (SSTS 29 abril de 2002 (RJ 2002/5687); 30 abril de 2002 (RJ 2002/5689)). Este criterio de los ingresos superiores al salario mínimo interprofesional se ha utilizado también para incluir en el RETA a un taxista (SSTSJ de Cataluña de 26 septiembre de 2000 (AS 2000/4592); Asturias 4 julio de 2004 (JUR

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, los arts. 2.2 y 2.3, 3, 4 y 5 del D. 2530/1970; DA 15ª Ley 30/1995, de ordenación y supervisión del seguro privado y DA, 27ª LGSS. Por otro lado, el art. 1.1 LETA contempla “la presente Ley será de aplicación as las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

¹⁰⁹ Respecto a las dificultades conceptuales véanse López Anierte, L.: “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la “habitualidad” al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2013, La Ley 4651/2013 (laleydigital360).

¹¹⁰ La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2 de agosto) modificó la Ley 20/2007 contemplando que la actividad autónoma o por cuenta propia podía realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial (DF 10ª). Estos trabajadores que ejerzan la actividad a tiempo parcial estarán incluidos, en los supuestos y conforme a las condiciones reglamentariamente establecidas, en el Régimen de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos.

¹¹¹ El caso de los agentes de seguros se entiende que no hace falta acudir al sistema de presunción de habitualidad de la percepción de un determinado nivel de ingresos, ya que dicha habitualidad se desprende de la propia normativa que regula el contrato de agentes de seguros, STSJ Islas Canarias. Las Palmas 2 de junio de 2006 (AS 2006/2107).

2004/14733)¹¹². Por lo tanto, debemos entender que si se rebasan estos umbrales la habitualidad es un requisito trasladable a los trabajos atípicos “a pedido”. En cambio, aquellos trabajos atípicos con tiempos parciales y con horarios reducidos que no rebasen estos umbrales no están cubiertos con sistemas de protección social. En estos casos se hace necesario adaptar los sistemas de protección social para garantizar que todos los trabajadores puedan acogerse a los beneficios de la seguridad social. La OIT realiza una serie de recomendaciones encaminadas a reducir o eliminar “los límites mínimos de horas, ingresos o duración del empleo para que estos trabajos atípicos no queden excluidos, flexibilizar los sistemas con respecto a las cotizaciones exigidas para poder percibir las prestaciones, permitiendo la interrupción de cotizaciones; y facilitar la transferibilidad de los derechos entre distintos sistemas de seguridad social y situaciones en el empleo. Estos cambios se deberán complementar con medidas que garanticen un piso de protección social universal”¹¹³. Son cambios importantes, igual que en su momento los transportistas con vehículo propio que con anterioridad a la reforma de 1994 prestaban servicios con carácter asalariado pasaron a formar parte del RETA con mantenimiento de la validez de las cotizaciones realizadas a otros Regímenes del sistema de seguridad social¹¹⁴.

La protección social de los trabajadores autónomos en España se ha articulado con una notable dosis de flexibilidad, puesto que la normativa reguladora del RETA permite que determinados colectivos puedan quedar fuera de su ámbito de aplicación, como por ejemplo el de los profesionales colegiados y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que podrían quedar incluidos en el RGSS si así se hubiera establecido en los correspondientes estatutos. Además, esa dosis de flexibilidad se constata, en primer lugar, en la extensión de la acción protectora, que permite que determinadas contingencias tengan una cobertura voluntaria, como los riesgos profesionales con algunas excepciones con respecto a los trabajadores autónomos que realicen actividades peligrosas, penosas o tóxicas. En segundo lugar, en la propia financiación del sistema, que permite que la base de cotización sea elegida por el propio trabajador autónomo entre unos límites mínimo y máximo, al margen de los ingresos obtenidos o el tiempo de dedicación de dicha actividad profesional. Y además, el período de liquidación de la obligación de cotizar al régimen está referido a meses completos y la cuota es el resultado de aplicar un determinado tipo sobre la base de cotización (que varía en función de las contingencias)¹¹⁵. Es decir, la cuota que pague el autónomo depende de la base elegida y de las contingencias cubiertas. En definitiva, “el importe de la cuota no se modula ni en función de los ingresos obtenidos por el profesional autónomo, ni en función de las horas dedicadas a la actividad productiva”. Esto significa que los profesionales autónomos con ingresos elevados se benefician de esa libertad de elección en la base de cotización del

¹¹² Sobre la habitualidad y su percepción por el Alto Tribunal y por los tribunales inferiores, BALLESTER PASTOR, I.: “¿Existe una medida de “habitualidad” objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7683) y de 29 de abril de 2002 (RJ 2002, 5681), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20, 2002 (BIB 2003\115).

¹¹³ OIT.: *El empleo atípico en el mundo. Retos perspectivas. Principales conclusiones y recomendaciones de política*, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf.

¹¹⁴ DF 7ª de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23 de mayo).

¹¹⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.), *op.cit.*, págs. 322 y ss.

RETA (la mayoría opta por la base mínima), pero por el contrario se perjudica económicamente a los profesionales que cuentan ingresos bajos, ya que con honorarios reducidos deben soportar una cuota a la Seguridad Social que les puede absorber un porcentaje considerable de su facturación “o incluso su importe total”. Esto desincentiva la afiliación al RETA, cuyo régimen desconoce las condiciones actuales en las que se desarrollan muchas actividades profesionales, “lo que favorece una huida del sistema hacia la economía sumergida”¹¹⁶. En este sentido, doctrinalmente se han elaborado unas propuestas de reforma legislativa para eliminar la falta de incentivos en este régimen del RETA en materia de financiación. Al respecto, se propone la sustitución de un sistema de cotización de base fija por un sistema de cotización de base variable en función de las horas de actividad y, por otro lado, la sustitución de un sistema de cotización de base fija y opción individual por un sistema de cotización de base variable en función de los ingresos y excluir las actividades marginales o incluirlas con particularidades en materia de cobertura y, por último, trasladar a España la experiencia francesa del CESU (*chèque emploi service universel*)¹¹⁷. Otra opinión se remite a una futura regulación reglamentaria del trabajo a tiempo parcial que permita incluir en el concepto de habitualidad actividades desarrolladas de manera continuada pero durante pocas horas al día, a la semana o al mes donde se fije un mínimo de jornada dentro de la unidad temporal de referencia, por debajo del cual el trabajo realizado se consideraría esporádico o marginal¹¹⁸. En la actual legislatura se está tramitando una Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos con interesantes propuestas que esperamos conformen un marco suficiente para incorporar a los trabajadores atípicos de la revolución digital¹¹⁹. No obstante, estas medidas deben ser complementadas con otras políticas sociales que garanticen las necesidades básicas de las personas con una cobertura universal, o piso de protección social, acorde con la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)¹²⁰.

Dado que la robótica y los nuevos instrumentos digitalizados provocan el aumento de las desigualdades salariales y la limitación del acceso a los regímenes de seguridad social, lo que puede ser negativo para ciertas categorías de trabajadores si no se contrarresta de la manera adecuada, vamos a tratar los problemas que plantea la sustitución de mano de obra humana por robots. De ahí la necesidad de establecer una serie de políticas legislativas que garanticen un nivel adecuado de protección social obligatoria para todos los trabajadores, incluidos los

¹¹⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, *op. cit.*, págs. 323- 325.

¹¹⁷ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Propuestas de reforma legislativa, en materia de seguridad social, para hacer emerger el trabajo autónomo irregular. (Ventajas de la incorporación al ordenamiento español de la experiencia francesa del CESU)”, *Documentación laboral*, 107, 2016, págs. 107-125.

¹¹⁸ LÓPEZ ANIORTE, C.: “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la “habitualidad” al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”. *op. cit.*, pág. 22.

¹¹⁹ Así, por ejemplo, medidas dirigidas a reducir las cargas administrativas que soportan los autónomos como la modulación de los recargos por el ingreso fuera de plazo de las cuotas a la Seguridad Social; modificando el sistema de altas y bajas a la SS de modo que la cuota correspondiente en el mes en que se produzcan tanto las afiliaciones y las altas iniciales como las bajas se computará desde el día en que aquéllas se produzcan, y no desde el primer día del mes correspondiente y la ampliación de la cuota reducida de 50 euros para los nuevos autónomos hasta los doce meses. Proposición de Ley de Reformas urgentes del trabajo Autónomo. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG 18 de noviembre de 2016, núm. 56, serie B).

¹²⁰ OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*. Presentación resumida del informe, Ginebra, 2016, pág. 33.

autónomos, los trabajadores en *crowdsourcing* y los empleados en la economía participativa¹²¹.

4. SUSTITUCIÓN DE MANO DE OBRA HUMANA POR MAQUINARIA ROBÓTICA

Aunque no cabe duda de que la robótica presenta innumerables ventajas, como por ejemplo complementar o sustituir las funciones de los humanos en tareas peligrosas, es cierto que su aplicación masiva en algunos sectores conlleva una también masiva pérdida de empleos. Los beneficios empresariales y sociales que se han obtenido en la industria gracias a los robots alcanzan a la productividad en cuanto que aumenta la producción y se reducen costes laborales, y a la seguridad, ya que al reducir la presencia de mano de obra humana en los procesos de fabricación peligrosos, disminuye la posibilidad de accidentes laborales al reemplazar a los operarios en las tareas peligrosas. Entre los beneficios sociales que ofrece, se ha señalado la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos mediante la reducción de horas de trabajo y de riesgos laborales. Entre los beneficios económicos, aumenta la competitividad de las empresas, dinamizando la creación de nuevas empresas y nuevos modelos de negocio y profesiones. La robótica se divide en dos grandes áreas: la robótica industrial y la robótica de servicios, entendiéndose esta última en un sentido amplio que incluye servicios personales y a la sociedad.¹²²

Uno de los principales desafíos de nuestra época consiste en determinar la forma de abordar la tecnología, tanto actual como futura, que puede dejar fuera del mercado de trabajo a muchas personas. La Unión Europea ha elaborado una Estrategia para el mercado único digital de Europa con el fin de transformar la sociedad europea para garantizar su competitividad y que pueda mirar al futuro con confianza¹²³. Para ello debe acelerarse la adopción de actos legislativos y normas inteligentes en un programa que abarca, entre otras medidas, la aplicación de las normas sociales y fiscales en la economía del trabajo esporádico y en las relaciones laborales por internet (por ejemplo, el régimen de trabajo participativo o *crowdworking*)¹²⁴. La robotización está provocando que muchos grupos de trabajadores, incluidos directivos de distintos niveles, estén siendo despedidos. “La clase media baja se está viendo duramente golpeada, al igual que la generación de más edad. La sociedad tiene una clara responsabilidad de cara a aquellas personas que, debido a su edad o cualidad insuficiente, ya no pueden participar en el mercado de trabajo”¹²⁵.

Sólo en el año 2014 la venta y producción de robots aumentó casi un 30%, particularmente en el ámbito sanitario y asistencial, lo que puede generar problemas en relación a cuestiones de responsabilidad. Los robots quirúrgicos tienen múltiples usos en el sector sanitario y una potencial capacidad de reducir los costes generales de atención sanitaria. En cuanto a los robots de compañía o asistenciales, que pueden asistir a personas con

¹²¹ En estos mismos términos Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales”, en DOUE 15 de enero 2016 (2016/C 013/24).

¹²² MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN: *Libro blanco de la robótica. De la investigación al desarrollo tecnológico y futuras aplicaciones*, CEA-GTRob, Madrid, 2008, págs. 16 y ss.

¹²³ COM (2015) 192 final.

¹²⁴ Dictamen del Comité Económico y sobre el tema “Industria 4.0 y transformación digital: camino a seguir”, [COM (2016) 180 final], DOUE, 21.10.2016, C 389/50.

¹²⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Industria 4.0 y transformación digital: camino a seguir”, [COM (2016) 180 final] (DOUE 21.10.2016, C 389/50).

discapacidad o temporalmente incapacitadas, pueden mejorar y aumentar la atención a las personas y hacer que el proceso de rehabilitación sea más específico. Esto plantea la necesidad de realizar una evaluación de las consecuencias éticas y morales de las nuevas tecnologías, porque los robots deben respetar los lógicos derechos fundamentales de las personas y los derechos sociales protegidos en la UE. Para ello se deben prever las medidas técnicas pertinentes que garanticen el respeto en esa fase de su diseño (protección de la intimidad desde el diseño), así como establecer unas consideraciones sobre seguridad (información y regulación de la responsabilidad derivada del uso, como quién es el propietario, quién tiene la potestad para disponer de ellos y quién puede modificar su implantación). Se deben establecer unos requisitos de privacidad que tengan en cuenta la complejidad y progresiva interconexión de los robots asistenciales y médicos, así como revisar los códigos de conducta (secreto profesional médico) en relación con los datos almacenados y a los que puedan acceder terceros (creación de comités de ética de la investigación)¹²⁶.

El desarrollo de la inteligencia artificial plantea que los robots autónomos sean considerados como personas electrónicas con obligaciones y derechos específicos. Este es el motivo que mueve al Parlamento europeo a solicitar a la Comisión que presente una propuesta de Directiva sobre reglas del Derecho Civil en materia de robótica (drones, robots quirúrgicos y de conducción autónoma)¹²⁷.

4.1. La propuesta de Mady Delvaux en relación con el futuro del empleo y la viabilidad de los sistemas de seguridad social cuando la robótica asuma gran parte del trabajo

La eurodiputada Mady Delvaux propone una iniciativa transgresora y muy innovadora que debe ser tratada con seriedad y responsabilidad, puesto que plantea que el futuro del empleo robotizado pone en peligro la viabilidad de los sistemas de seguridad social si se sigue manteniendo la actual base fiscal, puesto que puede provocar una mayor brecha en la distribución de la riqueza y el poder. En efecto, de aquí a 2010 Europa tendrá una escasez de 825.000 profesionales en el sector de las TIC, de la que saldrán beneficiadas las mujeres jóvenes, pero también traerá consigo la pérdida de puestos de trabajo y habrá que determinar en qué sectores se está creando empleo y en cuáles destruyendo por la mayor utilización de los robots. Como el desarrollo e implantación de la robótica pueden tener efectos en la viabilidad de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, la Sra. Delvaux plantea la necesidad de exigir a las empresas que informen acerca de en qué medida y proporción la robótica contribuye a sus resultados económicos para determinar los correspondientes impuestos y calcular las cotizaciones a la seguridad social. En este sentido, y ante la repercusión en el mercado de trabajo de la robótica y la inteligencia artificial, invita a los Estados miembros a considerar seriamente la posibilidad de establecer una renta básica universal. Para ello plantea igualmente la necesidad de que las empresas realicen una comunicación de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial (número de robots inteligentes que utilizan, ahorros estimados en cotizaciones a la seguridad social, y evaluación

¹²⁶ Proyecto de Opinión de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria para la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica [2015/2103 (INL)].

¹²⁷ Acción preventiva. Plataforma de información de prevención de riesgos laborales CEOE: “El parlamento europeo reclama normas de derecho civil para robots autónomos”.

de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial)¹²⁸.

La propuesta de la Sra. Delvaux puede parecer poco realista o casi de ciencia ficción, y sin duda un tanto ingenua en ciertos aspectos. Por ejemplo, resulta difícil creer que las propias empresas vayan a aportar voluntariamente datos que, en definitiva, pueden acabar perjudicándolas. Eso no es obstáculo para que consideremos que es una propuesta valiente y necesaria que contempla una realidad ya existente tanto en España como en el resto del mundo. No nos cabe duda de que en los próximos años se incrementará de forma notable el número de robots que sustituyan tareas actualmente realizadas por humanos. En nuestro país contamos ya con 883 robots por cada 10.000 empleados, y la industria española es la séptima más automatizada en el ranking mundial¹²⁹. Realmente no sabemos muy bien cuáles pueden ser los efectos y el impacto de la robótica en el empleo, aunque algún informe lo haya valorado como positivos¹³⁰. En todo caso, sean cuales sean dichos efectos, lo importante es preservar el sostenimiento del estado de bienestar basado en los postulados del trabajo decente de la OIT, y el medio principal que tiene la OIT para el logro de la justicia social es la acción normativa y la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹³¹.

En definitiva, nos parece una propuesta interesante pero que habría que abordar de cara al futuro, ya que entendemos que lo inmediato en un estado social de derecho debería ser solucionar los problemas de financiación de los sistemas de seguridad social para asegurar su sostenibilidad, mediante normas que permitan la inclusión de los trabajos informales en el sistema, y combatir desde todos los frentes posibles el trabajo no declarado. Pero mientras tanto, desde las instancias internacionales se debe seguir avanzando en estas propuestas para hacer frente a los efectos de desprotección social resultante de los trabajos desarrollados mediante la robótica y la inteligencia artificial.

5. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión final, en este estudio coincidimos plenamente con el informe de la OIT sobre el trabajo atípico, en el sentido de que es necesario tomar una serie de medidas para fortalecer la protección social y garantizar que todos los trabajadores de la era digital puedan acogerse a los beneficios de la seguridad social. Y sobre todo, como hemos mantenido, las modificaciones que se produzcan para adaptar los sistemas de protección social deben ir complementadas con medidas como la implantación de un piso de protección social universal, para acabar con, o al menos aminorar, las desigualdades salariales y sociales (brecha social)¹³².

¹²⁸ Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica [2015/2103(INL)], Comisión de Asuntos Jurídicos, Ponente: Mady Delvaux, de 31 de mayo de 2016.

¹²⁹ http://elpais.com/elpais/2016/12/12/talento_digital/1481546583_876206.html (Diario El País, 13 de diciembre de 2016).

¹³⁰ INTERNATIONAL FEDERATION OF ROBOTICS (IFR): “Positive Impact of Industrial Robots on Employment”, Metra Martech Ltd., Londres, 2013, http://www.ifr.org/uploads/media/Update_Study_Robot_creates_Jobs_2013.pdf.

¹³¹ GIL Y GIL, J.L.: “Justicia social y acción normativa de la OIT”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, págs. 1 a 50.

¹³² OIT.: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, Ginebra, 2016, pág. 32 de la Presentación resumida del informe.

La casuística de los Regímenes Especiales de Protección Social de los Funcionarios Públicos: Estado de la Cuestión

The casuistry of the Special Schemes of Social Protection for Civil Servants: State of Play

RAQUEL VELA DÍAZ

PROFESORA INTERINA. ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

El presente artículo analiza la especial complejidad normativa y subjetiva que se desprende de la regulación de los distintos Regímenes Especiales de los funcionarios públicos. A su vez, pone de manifiesto que los últimos cambios normativos, lejos de simplificar el sistema de protección social, han generado una casuística aún mayor.

Abstract

The present article analyzes the special normative and subjective complexity that emerges from the regulation of the different Special Schemes of civil servants. In turn, shows that the latest normative changes, far of simplifying the social protection system, has generated an even greater casuistry.

Palabras clave

Regímenes Especiales de Seguridad Social, Funcionarios Públicos, Sistema de Clases Pasivas, Mutualismo Administrativo, protección social

Keywords

Special Schemes of Social Security, Civil Servants, System of passive classes, Administrative mutualism, social protection

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. ESTRUCTURA TRADICIONAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMENES ESPECIALES

Los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), delimitan el campo de aplicación de los sujetos incluidos dentro del Sistema de la Seguridad Social, así como la estructura de dicho sistema, distinguiendo dentro del mismo tres conceptos básicos: Régimen General, Regímenes Especiales y Sistemas Especiales.

En cuanto al campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, el art. 7 incluye dentro del mismo, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, a todos los españoles cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, que residan en territorio nacional y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

- Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del

trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

- Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente.
- Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.
- Estudiantes.
- Funcionarios públicos, civiles y militares

En relación a la estructura del Sistema de Seguridad Social y de conformidad con el art. 9 de la LGSS, dicha estructura se integra, por un lado, por el Régimen General, y por otro lado, por los Regímenes Especiales. Se trata por tanto de un sistema dualista y fragmentado. El Régimen General incluye a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios, y a los colectivos que con posterioridad se les han ido asimilando, tal y como se detalla en el art. 136 LGSS, actuando dicho Régimen como modelo estándar de referencia protectora. Los Regímenes Especiales, por su parte, se establecen, a tenor del art. 10.1 LGSS, en aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo o de lugar o por la índole de sus procesos productivos, hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

La especialidad de los Regímenes Especiales radica en la existencia de una regulación propia y distinta para colectivos específicos en la acción protectora, en las prestaciones, organización y financiación separada. En este sentido, el criterio que preside la composición de los colectivos que los integran se traduce a veces en privilegios y otras veces en infraprotección.

La inclusión en el Sistema de la Seguridad Social puede tener lugar en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales, o en los dos a la vez, si se trata de la realización de dos actividades que den lugar a la inclusión del sujeto en más de un régimen de la Seguridad Social (pluriactividad), bien simultáneamente, bien de modo sucesivo a lo largo de la vida profesional del trabajador. El trabajador puede también encontrarse en el Régimen General cuando realiza dos o más actividades que den lugar a la inclusión todas ellas en el Régimen General (pluriempleo)¹.

Finalmente, en relación también con la estructura del Sistema de Seguridad Social, el art. 11 LGSS hace referencia a los llamados “Sistemas Especiales”. A este respecto, en aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que resulte necesario, se podrán establecer Sistemas Especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos².

La creación de Regímenes Especiales ha sido una de las vías utilizadas para la expansión de la Seguridad Social desde antes de la Ley de Bases de 1963. Por este motivo,

¹ BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALMER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 22-23.

² Los Sistemas Especiales más recientemente incluidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social son el Sistema Especial para Empleados de Hogar y el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

dicha Ley se planteó, como uno de los principales objetivos a conseguir, la tendencia a la unidad, es decir, controlar el crecimiento desordenado de dichos Regímenes, ya que se traducía en una excesiva fragmentación, a través de los mecanismos establecidos por el art. 10 de la LGSS:

- Enumerando en dicho precepto una serie de Regímenes Especiales y requiriendo respecto de algunos de ellos una ley formal para su regulación.
- Recomendando que en la regulación de los mismos debía tenderse a la homogeneidad con el Régimen General.
- Previendo mecanismos de integración en el Régimen General o en otros Regímenes Especiales de algunos de los enumerados en el propio art. 10.

No obstante, la realidad fue bien distinta ya que no sólo se utilizaron estos mecanismos para poner coto a la fragmentación existente, sino que al dejar el propio precepto abierta la posibilidad de crear nuevos Regímenes Especiales para otros grupos por vía simplemente reglamentaria, esta fue la vía utilizada para crear nuevos Regímenes. El resultado del proceso de expansión de la Seguridad Social en los años sesenta y setenta fue que el texto de la Ley de Seguridad Social contempló once Regímenes Especiales, aunque no todos fueron creados y regulados (agrícolas, trabajadores del mar, empleados del hogar, estudiantes, representantes de comercio, socios de cooperativas, funcionarios, etc.). Posteriormente se crearon por el Ministerio de Trabajo otros seis Regímenes Especiales no contemplados expresamente en dicho texto legal (ferroviarios, mineros del carbón, artistas, escritores de libros, toreros y futbolistas)³.

Asistíamos así a un período de florecimiento de Regímenes Especiales que, salvo por la necesaria adaptación de unas reglas pensadas para el trabajo por cuenta ajena, y pocas razones más, distaban de justificar su mantenimiento y rebajaban el nivel de acción protectora, o mantenían determinadas ventajas por motivos del pasado⁴. Este es el caso del colectivo de funcionarios públicos, que bajo un régimen privilegiado, disfrutó con décadas de anticipación de determinadas ventajas frente a otros colectivos.

De hecho, el modelo contó en su día con el apoyo del propio Tribunal Constitucional, al considerar que “el art. 14 CE, en principio, no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales productivas o de otra índole que concurren”⁵.

No obstante, se produce una rectificación parcial al cabo de los años afirmando que “ésta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad (...); debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una

³ BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 24-25.

⁴ GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La estructura del sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, núms. 17 y 18, 2007, pág. 7.

⁵ STCO 173/1988, de 3 de octubre.

perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual”⁶.

Se podría presumir así una clara regresión posterior de los Regímenes Especiales, un necesario cambio en la estructura que ya había sido calificada duramente por un sector de la doctrina como “discriminatoria, excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad económica actual, confusa y de complicada gestión”⁷. De esta forma, la referencia a la gran dispersión de Regímenes existente constituyó una constante habitual y reiterada que quedó plasmada en distintos documentos de análisis, estudios y programas gubernamentales de reforma, en los que estuvieron implicados partidos políticos, interlocutores sociales y colectivos afectados, bajo la siguiente orientación o propuesta: avanzar hacia la unión de Regímenes, o al menos, hacia un modelo referido a trabajadores por cuenta ajena y a trabajadores por cuenta propia o autónomos. En las recomendaciones del Pacto de Toledo (especialmente en su importante renovación de 2003) se reiteraba la idea de unificar los Regímenes en dos, tanto por exigencias de racionalización, como de equidad. En esta línea de instaurar dos grandes regímenes públicos de protección, el Régimen General de trabajadores por cuenta ajena y el Régimen de Autónomos en sus diversas tipologías, la doctrina ya señaló en su día que el Régimen General podría permitir la inclusión también de los regímenes funcionariales actuales, con sus correspondientes peculiaridades y especificidades⁸.

Esa tendencia se ha traducido en que la mayoría de los Regímenes Especiales existentes se han ido suprimiendo e integrando en el Régimen General. En este sentido, el Acuerdo Social y Económico de 2011, para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, estableció entre sus prioridades el avance en la integración de Regímenes de Seguridad Social, especialmente respecto a la integración del Régimen Especial Agrario y el compromiso de integración del Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Si bien, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, no se trata sólo de simplificar y racionalizar, sino también de tender a una mayor homogeneidad en el marco de una diversificación simplificada, debiendo ser el Régimen General el referente e ideal de cobertura⁹.

No obstante, ese no ha sido el caso de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos, o al menos de manera íntegra. Ya en su día, quedó señalado que uno de los mayores obstáculos a superar en la simplificación de Regímenes vendría dado por la desaparición del Sistema propio o Régimen “externo” de los funcionarios públicos, considerado incluso como “una reliquia de otros tiempos”¹⁰, y a la vez, defendido por poderosos intereses corporativos¹¹.

⁶ Sobre el fundamento sentado por las SSTCO 39/1992, de 30 de marzo y 184/1993, de 20 de septiembre, la STCO 268/1993, de septiembre.

⁷ DESDENTADO BONETE, A; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 147 y 148.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Proceso de Convergencia e integración de los Regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos”, *Temas Laborales*, nº 112, 2011, pág. 122.

⁹ *Ibidem*, pág. 120.

¹⁰ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NIÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 13.

¹¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El proceso de integración de los Regímenes Especiales: marco conceptual y finalista”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (Dir.): *Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2009, pág. 39-40.

Se viene planteando así la necesidad de simplificar dichos Regímenes, poniendo fin a la dispersión normativa y complejidad subjetiva que los caracteriza¹².

Por ello, a la crítica generalizada en torno a la configuración que durante años ha existido de los Regímenes Especiales de Seguridad Social por su excesiva fragmentación, hay que añadir en particular la existente respecto a los funcionarios públicos. El surgimiento de los Regímenes de los funcionarios públicos obedece a causas complejas vinculadas a la posición jurídica y burocrática de los funcionarios dentro del ámbito de la Administración del Estado moderno, de manera que tenderían a forjarse sistemas de previsión social específicos de las categorías y cuerpos funcionariales; “regímenes específicos” a los que se yuxtapondrían después los distintos regímenes públicos de los trabajadores asalariados. Podríamos considerar que se trata de una materia todavía no resuelta en su totalidad dentro del proceso de racionalización de la estructura del Sistema de Seguridad Social¹³.

2. UNA APROXIMACIÓN A LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Entre los Regímenes Especiales reconocidos en el art. 10 de la LGSS, se encuentra el de los Funcionarios públicos, civiles o militares (art. 10.2.c). Además de éste, el precepto hace referencia al Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, al de los trabajadores del mar, y finalmente, al de los estudiantes¹⁴.

El Régimen Especial de los Funcionarios públicos, civiles o militares se regirá por la Ley específica dictada a tal efecto, que debe tender en su regulación a la homogeneidad con el Régimen General, tal y como se desprende del apartado tercero del citado art. 10¹⁵.

A partir de tal precepto, y atendiendo al criterio hermenéutico literal, se podría interpretar que la norma pretende regular solamente un Régimen común y único de Seguridad Social para todo aquel que presta servicios para una Administración, pero la realidad muestra lo desatinado de dicha conclusión, ya que nuestro Ordenamiento Jurídico carece de una regulación homogénea al respecto¹⁶. Es decir, no existe un único Régimen Especial de Seguridad Social que englobe a todos los funcionarios que prestan sus servicios en la Administración Pública, entendida ésta en sentido amplio. Ello, en primer lugar, porque el legislador ha regulado tres Regímenes Especiales diferenciados: uno para los funcionarios civiles del Estado; otro para los miembros de las Fuerzas Armadas; y otro específico para el

¹² Véase ampliamente algunas de las conclusiones y actuaciones propuestas con el fin de racionalizar y simplificar el Régimen de Clases Pasivas e integrar los tres Regímenes del Mutualismo Administrativo en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “El proceso de integración de los Regímenes Especiales: marco conceptual y finalista”, *op. cit.*, págs. 40-41.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Proceso de Convergencia e integración de los Regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos”, *op. cit.*, pág. 121.

¹⁴ Si bien, el propio art. 10 e) deja abierta la posibilidad de crear nuevos regímenes especiales para otros grupos si el Ministerio de Empleo y Seguridad Social lo considera necesario.

¹⁵ Para un análisis de los antecedentes históricos y normativos del sistema de protección social de los funcionarios públicos, véase ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Racionalización y simplificación de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos. Clases Pasivas del Estado” en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (Dir.): *Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2009, pág. 171.

personal al servicio de la Administración de Justicia. Y en segundo lugar, un amplio grupo de funcionarios, que serán más en el futuro, tienen cubiertos los riesgos sociales encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁷.

La estructura de gestión y acción protectora de cada uno de estos Regímenes Especiales se ordenan mediante tres mecanismos o ámbitos de cobertura distintos¹⁸, que se articulan, a su vez, sobre reglas específicas de gestión, financiación y acción protectora, tal y como se señala:

1.- Un sistema común que garantiza y reconoce pensiones vitalicias de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia, regulado por la Ley de Clases Pasivas del Estado mediante RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por el RD 172/1988, de 22 de febrero, y la Resolución de 29 de diciembre de 1995. Esta regulación experimenta todos los años cambios de cierto alcance a través de las Leyes de Presupuestos Generales, y la orientación básica es la de equiparar su regulación con el Régimen General de la Seguridad Social.

2.- Un sistema de mutualismo administrativo, independiente para cada uno de los tres colectivos de funcionarios que los integran. Se trata de un ámbito de acción complementaria del nivel anterior, que además reconoce prestaciones de accidente o enfermedad, incapacidad transitoria y otras situaciones asistenciales. Es gestionado por Entidades diferenciadas, propias de la protección social mutualista y entre las que existen ciertas diferencias:

- El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, que se gestiona por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), y cuyo régimen jurídico se recoge en el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio¹⁹, y el RD 375/2003, de 28 de marzo, que lo desarrolla.
- El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, cuya gestión corresponde al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), regulado por el RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio²⁰, y por el RD 1.726/2007, de 21 de diciembre, que lo desarrolla.
- El Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, que gestiona la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), cuyo régimen jurídico desarrollan el RD Legislativo 3/2000, de 23 de junio²¹, y el RD 1.026/2011, de 15 de julio.

3.- Prestaciones de ayuda o asistencia familiar, también común a los tres Regímenes, que ilustra un proceso de convergencia o equiparación del nivel de protección de los funcionarios públicos incluidos en los Regímenes Especiales con el resto de los trabajadores integrados en el Sistema de Seguridad Social²².

¹⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., et al: *Lecciones de Seguridad Social* (4ª ed.), Tecnos, Madrid, 2014, pág. 405.

¹⁸ Como en su día señaló un sector de la doctrina, se trata de una regulación de la seguridad social estructurada en forma tripartita. Vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de la Seguridad Social*, Cívitas, Madrid, 2002.

¹⁹ Este Real Decreto Legislativo deroga la Ley 29/1975, de 27 de junio.

²⁰ Deroga la Ley 28/1975, de 27 de junio.

²¹ Deroga la Ley 16/1978, de 7 de junio.

²² MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 12ª Edición, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 598.

Por tanto, los tres Regímenes tienen un “tronco común” constituido por el Régimen de Clases Pasivas del Estado por un lado, a través del cual se reconocen las pensiones y que está gestionado directamente por el Ministerio de Hacienda y Función Pública²³, y las prestaciones de ayuda o asistencia familiar por otro. Estos mecanismos de cobertura, garantizan las prestaciones sociales suficientes a los funcionarios públicos ante situaciones de necesidad, dando así respuesta al mandato constitucional contenido en el art. 41 CE. Esa especialidad se refleja en que las reglas de su funcionamiento se apartan de las que han sido comunes a los demás Regímenes Especiales de la Seguridad Social, con lo que en ocasiones se ha dudado si estos Regímenes Especiales forman parte del sistema de la Seguridad Social²⁴.

Y como también se ha puesto de manifiesto, la existencia de estos regímenes funcionariales y su diversidad en el esquema protector, refleja las aporías de nuestro sistema de protección social pública, incluso, la ruptura del principio de unidad que debería informar a “*un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos*” tal y como se desprende del citado art. 41 de nuestro texto constitucional²⁵.

Ante la complejidad que se desprende de la regulación normativa de estos Regímenes Especiales, se viene demandando desde tiempo atrás una mayor homogeneidad en el sistema de protección social de los funcionarios públicos, puesto que unos disfrutaban del Régimen de protección mutualista y otros no, a lo que hay que añadir que el Régimen de Clases Pasivas no incluye en su ámbito de aplicación a todos los funcionarios.

En este sentido, la tendencia del legislador no parece dirigirse a la unificación de los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos, sino a la incorporación de este colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social, al menos en materia de pensiones. Así se plasmó en su día en el art. 20 del RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que ordenó la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social, entendiéndose por funcionarios de nuevo ingreso los que accedían a tal condición a partir del 1 de enero de 2011²⁶, si bien, a los exclusivos efectos de la protección por Clases Pasivas, manteniéndose la acción protectora gestionada por las actuales mutualidades de funcionarios²⁷. El citado art. 20 del RD-Ley 13/2010 ha sido derogado

²³ PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 335, pág. 47.

²⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pág. 649.

²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Proceso de Convergencia e integración de los Regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos”, *op. cit.*, pág. 127.

²⁶ El apartado 1 de dicho precepto establecía: “*Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el persona que se relaciona en el art. 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha*”. Por tanto, los comprendidos en la citada letra i) seguirán rigiéndose por las normas de Clases Pasivas del Estado.

²⁷ Este proceso de integración en el Régimen General comenzó con anterioridad con la integración en el mismo de los funcionarios de la Administración Local y los de las Comunidades Autónomas.

Como señala PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social al inicio de 2011”, *op. cit.*, pág. 48, el hecho de la existencia de diferentes Regímenes de Seguridad Social que encuadrasen a personas que podían desarrollar una

posteriormente por la disposición derogatoria única 20 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), recogiendo idéntica previsión legal, es decir, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso, en la disposición adicional tercera de dicha Ley General de Seguridad Social, así como en su art. 136.2.1., que señala al personal funcionario al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas *dentro del campo de aplicación del Régimen General, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas*.

Sin embargo, lejos de una supuesta voluntad integradora, la finalidad declarada es otra diferente, ligada a la coyuntura de crisis económica de los últimos años: tratar de aumentar el número de cotizantes a la Seguridad Social y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social. Así, el apartado IX de la exposición de motivos del citado RD-Ley 13/2010 establecía como objetivo *simplificar y armonizar los actuales sistemas de pensiones públicas, y lo que en el contexto actual es más relevante, se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social, y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social*.

No obstante, tal objetivo no se alcanzaba con la previsión contenida en dicho art. 20 (actual disposición adicional tercera de la LGSS), al afectar exclusivamente a los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011²⁸. Ya en su día y con el fin de suprimir las diferencias entre el Régimen de Clases Pasivas del Estado y el Régimen General de la Seguridad Social, la Disposición Adicional sexagésima segunda de la Ley 2/2008, de PGE para 2009, mandató al Gobierno para que, previa negociación con las organizaciones sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propusiese las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta que la integración es relativa, pues sólo afecta al “Régimen de Clases Pasivas”, de modo que sólo afectará a la rama de pensiones, pero no a la de asistencia sanitaria, servicios sociales y demás prestaciones económicas prestadas a través de los mecanismos mutualistas (MUFACE, ISFAS o MUGEJU) previstos para el conjunto de los funcionarios. En consecuencia, aunque con esta previsión se sigue avanzando en la homogeneización de la cobertura de los diferentes Regímenes de Seguridad Social aplicados a los funcionarios de una misma o de diversas Administraciones, aún habrá que esperar para

misma actividad, incluso en el mismo centro de trabajo, podía originar que, ante un mismo trabajo, con una misma antigüedad y una retribución igual, se produjesen diferencias de protección social, llevó a procurar el máximo acercamiento de la regulación del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General, siguiendo los criterios legales y políticos sobre la misma materia.

²⁸ DE TORRES DIEZ-MADROÑERO, P.: “La integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011: Diferencias destacables con el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 104, 2013, pág. 122. La autora pone de manifiesto en el citado trabajo que dicha integración supone un mayor sacrificio económico para el funcionario integrado.

que sea total. Por tanto, las especificidades se mantendrán aunque la tendencia se dirija a reducirlas²⁹.

A este respecto, tal y como ha señalado un sector de la doctrina, hubiera sido más acertado mantener o crear *ex novo* un único sistema mutualista para todos los funcionarios de la Administración General del Estado, donde se incorporaran los tres colectivos, además del Régimen de Clases Pasivas común³⁰.

Finalmente, cabe añadir además que a raíz de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, el Régimen General presenta una tendencia expansiva, siendo continuo el proceso de reducción del ámbito subjetivo de los Regímenes Especiales de funcionarios en beneficio del Régimen General. Así sucede en particular respecto de los funcionarios de las Comunidades Autónomas (o a ellas transferidos y que ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de estas Administraciones Públicas territoriales), de la Administración Local y respecto de la Administración institucional del Estado, así como de los funcionarios interinos y de empleo al servicio de la Administración civil, junto con los contratados temporalmente y funcionarios en prácticas, tratándose por tanto de un número creciente.

En definitiva, para una misma prestación de servicios profesionales, con ocupación de un mismo puesto de trabajo y ubicación en el mismo organismo público, incluso en la misma unidad administrativa, encontramos dos soluciones de protección social bien diferentes. La persistencia de esta diferente respuesta, que se sigue proyectando en numerosos aspectos, genera importantes y hoy poco justificables o sostenibles quiebras de los principios de coherencia, equidad y racionalidad del Sistema³¹.

3. COLECTIVOS DE FUNCIONARIOS INTEGRADOS CON ANTERIORIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, establece en su art. 3.2 en relación al campo de aplicación, los colectivos que quedan excluidos de este Régimen especial, que se regirán por sus normas específicas.

La Seguridad Social de los funcionarios no sometidos al Real Decreto Legislativo 4/2000 se encuentra regulada en diferentes normas, existiendo una auténtica dispersión normativa en cuanto a su integración, siendo de aplicación, a todos los efectos, el Régimen General de la Seguridad Social a los siguientes colectivos:

- a. Funcionarios de la Administración Local:
 - El Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, establece los términos así

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, op. cit., pág. 597.

³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., et al: *Lecciones de Seguridad Social* (4ª edición), op. cit., pág. 406.

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, op. cit., pág. 597.

como los efectos jurídicos de la integración del personal pasivo y activo que venía recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local.

- b. Funcionarios de Organismos Autónomos:
 - Debido a la falta de desarrollo de un Régimen Especial en el que encuadrar a este colectivo, el mismo queda encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, conforme a los términos establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de enero de 1987.
- c. Funcionarios interinos y de empleo de la Administración de Justicia:
 - Se trata de los magistrados suplentes, jueces, fiscales y secretarios judiciales sustitutos y funcionarios interinos al servicio de la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 472.2 de la LOPJ al amparo de los establecido en el art. 1 del RD 960/1990, de 13 de julio, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino al servicio de la Administración de Justicia.
- d. Funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas:
 - Se trata de los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la comunidad autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso, de acuerdo con lo establecido en el art. 136.2.n) del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.
- e. Españoles no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o empleados de Organizaciones Internacionales:
 - Se trata de los españoles no residentes en territorio nacional que ostentan la condición de empleados (no se distingue entre funcionarios y no funcionarios) de organizaciones internacionales de carácter intergubernamental, conforme a lo establecido en el art. 1.1 del RD 2805/1979, de 7 de diciembre, por el que se incluye en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social a los españoles no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o empleados de Organizaciones Internacionales.
- f. Personal español no residente en territorio nacional al servicio de la Administración española en el extranjero:
 - De conformidad con el art. 1 del Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración Pública en el extranjero, el mismo quedará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social
- g. Personal de administración y servicios dependientes de las Universidades:
 - En virtud del art. 3.2.h) del Real Decreto Legislativo 4/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre la Seguridad Social de los Funcionarios

Civiles del Estado, el personal de administración y servicios propio de las Universidades queda excluido expresamente de este Régimen Especial.

h. Funcionarios de la Administración de la Seguridad Social:

- Por aplicación del art. 3.2.e) del Real Decreto Legislativo 4/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, el citado colectivo también queda excluido de dicho Régimen Especial.

4. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN COMÚN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO

4.1. Algunas notas introductorias

En primer lugar, y como ya se ha indicado, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor en su día del RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, ha supuesto la aplicación a los funcionarios de nuevo ingreso, a partir del 1 de enero de 2011, del sistema de Mutualismo Administrativo, no incorporándose por tanto al Sistema de Clases Pasivas. Se trata por tanto de un Régimen avocado a su desaparición con el tiempo, ya que los citados funcionarios han pasado a integrarse desde esa fecha en el Régimen General de la Seguridad Social a efectos de la protección otorgada por el Régimen de Clases Pasivas.

No obstante, pese a que esta reforma parece enmarcarse dentro de la tendencia de armonización y convergencia de los Regímenes Especiales de funcionarios con el Régimen General, se ha generado una casuística aún mayor, emergiendo tres categorías:

- Personal incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en el mutualismo administrativo: mayoritariamente el personal que hubiera adquirido la condición de funcionario de carrera o en prácticas con anterioridad al 1 de enero de 2011.
- Personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social a todos los efectos: el personal que ya estuviera integrado en este régimen a 31 de diciembre de 2010, citados en el epígrafe anterior.
- Personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social a efectos de pensiones y en el mutualismo administrativo: es el personal que haya adquirido la condición de funcionario público o en prácticas a partir del 1 de enero de 2011 cuyo Cuerpo o Escala estuviera adscrito al Régimen Especial de Funcionarios Públicos a 31 de diciembre de 2010, quedando incluidos a efectos de pensiones en el Régimen General y manteniendo además el mutualismo administrativo.

Como se desprende de lo anterior, la medida no ha cumplido ni de lejos con los objetivos marcados en el apartado IX de la Exposición de Motivos del Real Decreto 13/2010 que señalaba que *“con esta medida se simplifican y armonizan los actuales sistemas de pensiones públicas”*.

El sistema de Clases Pasivas se regula fundamentalmente en el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (TRLCP), que viene a regular, más que un Régimen, un subsistema dentro del Sistema español de Seguridad Social. En este caso, y a diferencia de lo que ocurre con el Mutualismo Administrativo, se opera con un conjunto de disposiciones comunes que afectan a los tres colectivos indicados, sin perjuicio de la existencia de ciertas matizaciones en cuanto a determinadas peculiaridades de los mismos.

La noción de lo que debe entenderse por Régimen de Clases Pasivas del Estado, la obtenemos por tanto de la citada norma, cuyo art. 1.1 señala que, *a través del Régimen de Clases Pasivas, el Estado garantiza al personal comprendido en su ámbito de cobertura, la protección frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte y supervivencia*. No obstante, cabe señalar que las previsiones contenidas en dicho texto legal no han sido desde sus inicios las más adecuadas para hacer frente a las necesidades de protección social de los funcionarios públicos, de ahí los numerosos cambios y modificaciones que ha sufrido desde el inicio de su vigencia. Y pese a las recomendaciones que en su día se hicieron encaminadas a la elaboración de un nuevo texto refundido capaz de esclarecer y armonizar dicha materia, no ha llegado a cumplirse. Así, las disposiciones finales 4ª de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre y 10ª de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, encomendaban al Gobierno la elaboración de un nuevo texto legal que regularizara y aclarara ésta materia, sin embargo, no se ha cumplido con este encargo encomendado.

El art. 2.1 del RD Legislativo 670/1987 establece el ámbito subjetivo de aplicación del Régimen de Clases Pasivas abarcando una pluralidad amplia de empleados públicos³², enumeración que debe completarse con los numerosos supuestos regulados de forma especial y debe entenderse que los incluidos en el ámbito del Mutualismo Administrativo ya mencionados, deben también estar incluidos en dicho Régimen. Este mismo precepto fue el empleado por el propio Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, para integrar en el

³² De acuerdo con lo establecido en el art. 2.1 del TRCP, constituyen el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas:

- a) Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado.
- b) El personal militar de carrera, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.
- c) Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.
- d) Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales.
- e) Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea.
- f) El personal interino a que se refiere el artículo 1.º del Decreto-ley 10/1965, de 23 de septiembre.
- g) El personal mencionado en las precedentes letras que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas.
- h) Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos, Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.
- i) Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el artículo 51 de este texto.
- j) El personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio.
- k) El personal militar de empleo, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

Régimen General de la Seguridad Social el Régimen de los funcionarios públicos, recogido en la actualidad en la disposición adicional tercera del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS).

A su vez, cabe tener en cuenta como ya hemos afirmado, que un gran número de funcionarios públicos se encuentran en el Régimen General, entre ellos, funcionarios de organismos autónomos, personal de administración y servicios de Universidades, funcionarios del Estado transferidos a Comunidades Autónomas, etc. En consecuencia, el paso de los años ha conllevado un decrecimiento de la afiliación al Régimen de Clases Pasivas, pasando de ser el común para los funcionarios a convertirse en secundario en atención al número de ellos adscrito al mismo³³.

4.2. Cotización en el Régimen de Clases Pasivas del Estado

A diferencia de lo que sucede en los regímenes de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, en los que la base de cotización está conformada por el prorrateo mensual de todas las retribuciones percibidas por el trabajador, de conformidad con lo establecido en el art. 147 LGSS, en el caso del Régimen de Clases Pasivas, así como en la cotización a las Mutualidades Generales de Funcionarios, la cuota a abonar resulta de aplicar un determinado tipo de cotización o porcentaje a una cantidad que se denomina “haber regulador”, que tiene una cuantía fija para todos los funcionarios incluidos en el mismo grupo funcional³⁴, independientemente del importe de las retribuciones a percibir y en función del puesto concreto ejercido. Los importes de los citados “haberes reguladores” vienen determinados de manera anual en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado³⁵.

A efectos de pensiones, el importe de la cuota de derechos pasivos a abonar por parte del personal funcionario, se determina mediante la aplicación al haber regulador que sirva de base el tipo porcentual del 3,86%. La cuantía mensual de la cuota se determina dividiendo por catorce la anual obtenida, abonándose doblemente en los meses de junio y diciembre, de conformidad con el art. 23.2 del TRLCP.

4.3. Acción protectora

El Sistema de derechos pasivos recoge pensiones a favor de la persona funcionaria como consecuencia de su cese por alcanzar la edad de jubilación o por invalidez, así como a favor de familiares (viudedad, orfandad o a favor de los padres del funcionario fallecido). Dichas pensiones pueden ser de carácter ordinario o de carácter extraordinario, según que el hecho causante sea común, es decir, que derive de causas ajenas al servicio o se desvincula de

³³ A este respecto, se ha llegado a afirmar que “Clases Pasivas es como un nosocomio, en el que ni están todos los que son, ni son todos los que están”. Vid. GONZÁLEZ BERNAL, J.: “Si no existieran las “clases pasivas” habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, nº 20, 2008, pág. 173.

³⁴ Los cuerpos y escalas en los que se clasifica el personal funcionario de carrera quedan establecidos en el art. 76 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

³⁵ El art. 37 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 recoge los importes de los diferentes haberes reguladores en las siguientes cuantías: Grupo A1: 40.359,27; Grupo A2: 37.763,76; Grupo B: 27.814,32; Grupo C1: 24.395,11; Grupo C2: 19.300,58; Grupo E: 16.455,28.

él, o sea profesional, es decir, como consecuencia de actos de servicio, lo que revierte suma trascendencia ya que va a determinar distintas formas de cálculo de las pensiones causadas.

Cabe indicar que estas prestaciones, que son exclusivamente económicas y de pago periódico, como se desprende del concepto de pensión en sentido propio, son la equivalencia de las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social para los riesgos de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia, consecuencia o no de la actualización de riesgos profesionales o comunes. Y al igual que estas, están sometidas a las reglas anuales de fijación, limitación y revalorización por la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE).

También conviene mencionar que es totalmente distinta la forma de financiación del Régimen de Clases Pasivas en relación con el Régimen General de la Seguridad Social, pues mientras que éste último se basa en un modelo de tipo contributivo, con aportaciones del empresario y el trabajador, el primero es de tipo impositivo, su financiación corre a cargo del Estado mediante partidas de los Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de que el funcionario deba aportar una pequeña cantidad que se detrae de su nómina. La aportación en Clases Pasivas se hace por un solo concepto, sin distinción de contingencias, y sin retener ninguna cantidad por los conceptos de desempleo, FOGASA o formación profesional, al ser situaciones de necesidad no cubiertas por este Régimen. Por tanto, el Estado sufraga un alto porcentaje del gasto en pensiones sin ver la compensación de una aportación similar a la cotización en el Régimen General de la Seguridad Social por parte de la Administración empleadora³⁶.

Por este motivo, la principal finalidad que vino a cumplir la integración de los funcionarios de nuevo ingreso a partir de enero de 2011 tiene predominantemente un carácter económico, para equiparar el régimen de aportaciones de la misma forma que para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, incrementando así el número de cotizantes a la Seguridad Social, dada además la estabilidad profesional y laboral de este colectivo.

4.3.1. Pensión ordinaria de jubilación

Tal y como establece el art. 28 del TRLCP, hay que distinguir entre jubilación forzosa, voluntaria y por incapacidad permanente para el servicio.

La pensión por jubilación forzosa se produce cuando el funcionario cesa en el trabajo por cumplimiento de la edad fijada en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que de conformidad con su art. 33 será forzosa por este motivo y se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad, salvo prolongación voluntaria hasta los setenta años. No obstante, si no se ha completado el período de carencia para tener derecho a la misma, se prevé un supuesto de prórroga de la jubilación por defecto de carencia. El período de carencia es de quince años de servicio efectivo al Estado. Cabe

³⁶ MADRID YAGÜE, P. y ZATARAIN DEL VALLE, R.: “La protección social de los funcionarios públicos. La integración de los funcionarios de nuevo ingreso a los efectos de clases pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social. El artículo 20 del RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 154, 2012, pág. 142 y 159.

señalar no obstante la existencia de reglas especiales de determinados colectivos, tales como los docentes universitarios, jueces y magistrados, etc.

La jubilación de carácter voluntario se declarará a instancia de parte, siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado, o bien reúna los requisitos que se exijan por disposición legal, sin que se vea minorada la cuantía a percibir. Cabe indicar que éste régimen especial se ha caracterizado por ser más favorable de cara a anticipar la jubilación de los trabajadores, sin embargo, la tendencia en los últimos años es prolongar la vida activa del trabajador, dificultándose la jubilación anticipada, así como la jubilación parcial reconocida en el Estatuto Básico del Empleado Público también en este ámbito de la función pública, equiparándose así con el Régimen General.

En este sentido, conforme ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina, a partir del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, así como en las sucesivas Leyes de “recorte” de derechos de Seguridad Social, el acceso a la jubilación anticipada, y más aún, para la jubilación parcial, se ha convertido en una auténtica quimera³⁷.

La jubilación por incapacidad permanente para el servicio se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda.

La cuantía de la pensión se calcula sobre la base del haber regulador establecido en la Ley de Presupuestos del Estado, aplicando el porcentaje que corresponda según la escala establecida en el art. 31.1 del TRLCP, que oscila entre el 1,24 por ciento por un año de servicio y el 100 por 100 por treinta y cinco o más años. No obstante, si el funcionario hasta el momento de la jubilación ha prestado servicios en distintos Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o categorías, el art. 31.2 del TRLCP arbitra fórmulas especiales para estos casos.

El pago de la pensión de jubilación se realiza mensualmente, siendo, con carácter general, incompatible con un trabajo por cuenta propia o ajena que de lugar a su inclusión en cualquier Régimen de la Seguridad Social, sin perjuicio de las puntualizaciones establecidas en el art. 33.2 TRLCP. Es una pensión vitalicia que se extingue cuando el beneficiario fallece.

4.3.2. Pensiones ordinarias a favor de los familiares

Comprenden las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de los padres. Tal y como señala el art. 34 TRLCP, el derecho a la percepción de las mismas se causará con el fallecimiento del personal correspondiente.

Por su parte y conforme establece el art. 35 TRLCP, para que los familiares del personal funcionario tengan derecho a la pensión correspondiente, no será preciso que el causante de

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social, op. cit.*, pág. 599.

los mismos haya completado ningún periodo mínimo de prestación de servicios efectivos al Estado, no exigiéndose, por tanto, ningún período de carencia.

4.3.2.a. Viudedad

Se regula en los arts. 38 y 39 TRLCSP. El hecho causante de la pensión se produce con la muerte o declaración de fallecimiento por contingencias comunes del sujeto causante comprendido en el campo de aplicación, teniendo derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos.

El fallecimiento del causante por enfermedad común previa al matrimonio únicamente permite al cónyuge ser beneficiario de la pensión de viudedad si hay hijos comunes o, en su defecto, si se acredita que el matrimonio duró más de un año o que la suma del tiempo de matrimonio y la convivencia previa como pareja de hecho excede de dos años. En caso de no reunir alguna de las condiciones anteriores, 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, tal y como se desprende del art. 38.1 TRLCSP.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, si bien, a diferencia de los requisitos exigidos al cónyuge, dicha pareja de hecho sólo podrá ser beneficiaria de la pensión cuando se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, acreditando para ello que los ingresos del solicitante durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción, límite que se incrementará en 0,5 veces el SMI por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

A efectos de lo anterior, 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. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante la inscripción registral correspondiente o documento público que acredite tal condición, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad, o en su caso a la prestación temporal, corresponderá a quien, reuniendo los requisitos exigidos, sea o haya sido cónyuge legítimo siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. El derecho por parte de las personas divorciadas o separadas judicialmente a esta pensión, quedará condicionado, en todo caso, a que las mismas sean acreedoras de la pensión compensatoria a que hace referencia el art. 97 del Código Civil, y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el caso de que la cuantía de la pensión de viudedad, o de la prestación temporal fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se

disminuirá hasta alcanzar la cuantía de ésta última, sin que la pensión resultante pueda ser objeto del complemento por mínimos. Finalmente, añadir que si en el caso de separación o divorcio se produjera un concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, la misma se reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad como pareja de hecho.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad, o en su caso a la prestación temporal, corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto para el divorcio en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

El derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente, tal y como señala el art. 38.5 del TRLCP.

Finalmente, en relación con la cuantía de la prestación, la base reguladora de la pensión de viudedad estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido o declarado fallecido. Para ello se tomará la pensión de jubilación que efectivamente se hubiera señalado al causante debidamente actualizada en su caso, o la que hubiera podido corresponder si hubiera fallecido con anterioridad a la jubilación forzosa.

A la base reguladora se aplicará el porcentaje fijo del 50 por 100 para obtener el importe de la pensión de viudedad. Este porcentaje será del 25 por 100 en el supuesto de que el causante de los derechos hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia del mismo, y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria.

4.3.2.b. Orfandad

Se regula en los arts. 41 al 43 del TRLCP. Los beneficiarios de esta pensión son los hijos del causante menores de veintiún años, así como los que estuvieran incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante.

En el supuesto en que el huérfano no realice un trabajo lucrativo o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al SMI vigente, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de veintidós años o de veinticuatro si, en ese momento o antes del cumplimiento de los veintiún años, o en su caso de los veintidós, no sobreviviera ninguno de los padres o el huérfano presentara una discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En este caso, la pensión se extinguirá cuando el titular cumpla los veinticuatro años de edad, salvo que estuviera cursando estudios, manteniéndose en estos supuestos la percepción de la pensión de orfandad hasta el día primero del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico.

No obstante, si el huérfano mayor de veintiún años se incapacitase para todo trabajo antes de cumplir los veintidós o veinticuatro años de edad, tendrá derecho a la pensión de orfandad con carácter vitalicio.

La pensión va a reconocerse tanto a los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, naturales o adoptados legalmente.

Para el cálculo de la pensión se toma como base reguladora, de igual forma que en la pensión de viudedad, la pensión de jubilación que percibía el causante o la que le hubiera correspondido si hubiera fallecido con anterioridad a la jubilación. A dicha base reguladora se aplicarán los siguientes porcentajes fijos, tal y como establece el art. 42.2 TRLCSP:

- El 25%, en el supuesto de que existiera sólo un hijo con derecho a pensión.
- El 10%, en el supuesto de que existieran varios hijos con derecho a pensión.

En éste último caso, las pensiones resultantes se incrementan en un único 15% de la base reguladora que se distribuirá por partes iguales entre todos ellos.

Estos porcentajes serán, respectivamente, del 12,50%; del 5% y del 7,50% en el supuesto de que el funcionario hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria.

El importe conjunto de las distintas pensiones de orfandad no podrá superar, en ningún caso, el del 50% o el del 100% de la base reguladora, según exista o no exista cónyuge superviviente del fallecido, respectivamente. Estos límites serán del 25% o de 50% de la base reguladora en el caso de que viniera percibiendo una pensión extraordinaria.

La percepción de la pensión de orfandad será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público.

4.3.2.c. A favor de los padres

Se regula en los arts. 44 y 45 del TRLCSP. Los beneficiarios de esta pensión son el padre o la madre, indistintamente, siempre que dependan económicamente del causante al momento de su fallecimiento y que no existan cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión. En relación a estos últimos casos, el padre o la madre del causante pueden acceder a la pensión cuando el cónyuge y los hijos fallecieran o perdieran su condición de beneficiarios.

Respecto a la cuantía, la base reguladora de esta pensión la constituye la pensión de jubilación que corresponda al causante, a la que se le aplicará el porcentaje fijo del 15% para la determinación de cada una de las pensiones.

Este porcentaje será del 7,5% en el supuesto de que el funcionario hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia de éste último, y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria.

El hecho de que uno de los padres fallezca no implica que acrezca la pensión del superviviente.

4.3.3. Pensiones extraordinarias

Se regulan en los arts. 47 al 50 del TRLCP. El carácter extraordinario viene determinado porque la lesión, muerte o desaparición se produce en acto de servicio o como consecuencia del mismo, reconociéndose prestaciones por jubilación, viudedad, orfandad y a favor de los padres.

Su régimen jurídico es muy similar al régimen de las pensiones ordinarias, aunque se deben tener en cuenta algunas cuestiones:

- No se requiere periodo previo de carencia, por tanto, se causarán cualquiera que sea el tiempo de prestación de servicios al Estado por parte del personal de que se trate.
- El hecho causante de la pensión extraordinaria de jubilación será la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del funcionario derivada de accidente o enfermedad ocurrida en acto de servicio o a consecuencia del mismo. Para el resto de prestaciones, el hecho causante es el fallecimiento del personal funcionario en acto de servicio o como consecuencia del mismo.
- Están sujetas a las incompatibilidades generales, siendo además incompatibles con las pensiones ordinarias cuando hubieran sido solicitadas con base en los mismos hechos causantes.

Respecto a su cuantía, para el cálculo de la pensión de jubilación, se toma el haber regulador, al 200% que se haya fijado en la LPGE para cada ejercicio, al que se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de servicios prestados, incluidos los que falten hasta el momento de la jubilación forzosa. Para el cálculo de las demás pensiones, también se toma el haber regulador al 200%. En el caso de que la pensión se reconozca tanto al cónyuge del causante como a los hijos del mismo, la mitad de su importe se asignará al cónyuge y la otra mitad se dividirá por partes iguales entre todos los hijos. Si se trata de la pensión a favor de los padres, se dividirá a partes iguales entre los dos, si ambos viven. Si con carácter general alguno de los beneficiarios perdiera el derecho a percibir la pensión, el resto de ellos tendrá el derecho de aumentar su cuota con el importe de la del copartícipe que hubiera perdido el derecho.

De particular interés resulta la previsión relativa a la pensión a favor de la víctima de un acto terrorista, cuya cuantía será del 200% del haber regulador a favor del propio causante, y del 200% de la pensión de jubilación o retiro del causante a favor de sus familiares.

5. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

5.1. Introducción

La protección mutualista de los funcionarios se ha venido caracterizando por una serie de singularidades que señalamos a continuación:

- Se trata de una protección eminentemente complementaria del Sistema de Clases Pasivas, salvo en materia de asistencia sanitaria.
- Existencia de una pluralidad de entidades gestoras: Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (MUFACE), el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y la Mutualidad General Judicial (MUGEJU)³⁸.
- Una notable dispersión normativa.
- Una amplia pluralidad subjetiva.

5.2. Cotización

Para la cotización en el sistema de mutualismo administrativo, se toma como base los haberes reguladores a efectos de cotización de los derechos pasivos, incrementados en un 0,25%, a los que se aplicará con carácter general un tipo del 1,69%, deduciéndose mensualmente de dichos haberes la cantidad resultante. Tanto los haberes reguladores como el tipo a aplicar se fijan en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Las aportaciones del Estado a MUFACE son del 6,35%, a ISFAS del 10,44% y a MUGEJU del 4,94%, en todos los casos de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos, incrementados en un 0,25%.

5.3. Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado

De conformidad con el art. 3 del RD Leg. 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado³⁹, el campo de aplicación de este Régimen especial incluye a:

- a) Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado.
- b) Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine.

Respecto a la acción protectora, las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas de MUFACE o sus beneficiarios, tal y como establece el art. 12 del RD Leg. 4/2000, en relación a su vez con el art. 47 del RD 375/2003, son las siguientes:

- a) Asistencia sanitaria⁴⁰.
- b) Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural⁴¹.

³⁸ De esta diferenciación existente para cada uno de los colectivos de funcionarios se ha señalado que se caracteriza por “*el imperio de la casuística*”. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, N. (Coords): *Comentario a la LGSS*, Granada, Comares, 1999.

³⁹ En relación con el art. 3.1 del RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, que delimita el campo de aplicación en determinados supuestos.

⁴⁰ Arts. 65 a 87 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴¹ Arts. 88 a 101 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

- c) Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez⁴².
- d) Prestaciones para la remuneración de la persona encargada de la asistencia del gran inválido.
- e) Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él⁴³.
- f) Servicios sociales⁴⁴.
- g) Asistencia social⁴⁵.
- h) Prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido⁴⁶.
- i) Ayudas económicas en los casos de parto múltiple⁴⁷.

5.4. Régimen Especial de Seguridad Social del Personal de las Fuerzas Armadas

De conformidad con el art. 3.1 del Real Decreto Leg. 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas⁴⁸, quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial:

- a) Los militares de carrera de las Fuerzas Armadas.
- b) Los militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.
- c) Los militares profesionales de tropa y marinería, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.
- d) Los alumnos de la enseñanza militar de formación.
- e) Los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho Cuerpo.
- f) Los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hayan ejercido la opción de incorporarse al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como, en su caso, los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos.
- g) El personal regido por el Estatuto de personal del Centro Nacional de Inteligencia.

La citada obligatoriedad se mantendrá cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre el personal enumerado, salvo en los casos de excedencia en que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, excepto el personal que pase a esa situación por prestar servicios en el sector público que mantendrá su afiliación obligatoria a este Régimen Especial, salvo que les corresponda estar afiliados a otro Régimen de Seguridad Social.

⁴² Arts. 102 a 108 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴³ Arts. 109 a 112 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴⁴ Arts. 129 a 136 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴⁵ Arts. 137-139 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴⁶ Art. 119 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴⁷ Arts. 120 a 125 del RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁴⁸ En relación con el art. 2 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, así como su Disposición Adicional primera.

A su vez, como señala el apartado quinto del citado artículo 3, queda excluido el personal civil, no funcionario, que preste servicios en la Administración Militar, que seguirá rigiéndose por sus normas específicas.

Respecto a la acción protectora, las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas de ISFAS o sus beneficiarios, tal y como establece el art. 9 del RD Leg. 1/2000, en relación a su vez con el art. 41 del RD 1726/2007, son las siguientes:

- a) Asistencia sanitaria⁴⁹.
- b) Subsidio por incapacidad temporal, en el caso de funcionarios civiles⁵⁰.
- c) Prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio, e indemnización por lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter permanente no invalidantes⁵¹.
- d) Servicios sociales⁵².
- e) Asistencia social⁵³.
- f) Prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido⁵⁴.
- g) Subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple⁵⁵.

5.5. Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia

De conformidad con el art. 3 del Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial⁵⁶, el campo de aplicación de este Régimen especial incluye a:

- a) Los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, los funcionarios de carrera del Cuerpo de Secretarios Judiciales, de Médicos Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial, así como de los restantes Cuerpos y Escalas al servicio de la Administración de Justicia, cualquiera que fuese su lugar de destino y la Administración Pública que, en su caso, tenga asumida su gestión.
- b) Los funcionarios en prácticas, aspirantes al ingreso en las Carreras y Cuerpos a que se refiere el apartado anterior, en la forma que se determine en el presente Reglamento.
- c) Los Letrados de carrera que integran el Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional.
- d) Los miembros de los Cuerpos profesionales extinguidos o integrados que conserven el derecho a pertenecer a esta Mutualidad General Judicial.

⁴⁹ Arts. 50 al 66 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵⁰ Arts. 67 al 75 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵¹ Arts. 76 al 84 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵² Arts. 104, 107 y 108 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵³ Arts. 105 al 108 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵⁴ Arts. 85 al 96 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵⁵ Arts. 97 al 103 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵⁶ En relación con el art. 2 del Real Decreto Leg. 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

El Personal al servicio de la Administración de Justicia a que hace referencia el anterior apartado a) que pase a desempeñar destino o ejercer funciones como suplente, sustituto o interino en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales o en los demás Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia mantendrá su inclusión obligatoria en el campo de aplicación del mutualismo judicial.

En cuanto a la acción protectora, las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas de MUGEJU o sus beneficiarios, tal y como establece el art. 46 del RD 1026/2011, en relación a su vez con el art. 12 del RD Leg. 3/2000, son las siguientes:

- a) Asistencia sanitaria⁵⁷.
- b) Subsidio por incapacidad temporal, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural⁵⁸.
- c) Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente, total, absoluta y gran invalidez, y para la retribución del personal encargado de la asistencia al gran inválido⁵⁹.
- d) Indemnizaciones por lesión, mutilación o deformidad, de carácter definitivo no invalidante, originada por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él⁶⁰.
- e) Prestaciones sociales y asistencia social⁶¹.
- f) Prestaciones familiares por hijo a cargo con discapacidad⁶².
- g) Subsidio especial por maternidad o paternidad en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples, prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples y prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales y en los casos de madres discapacitadas⁶³.

6. EL SISTEMA DE AYUDA FAMILIAR

Como ya hemos afirmado, se trata de un sistema común a los tres Regímenes de funcionarios, regulada en sus inicios por la Ley de 15 de julio de 1954, que estableció la ayuda familiar a los funcionarios, desarrollada por Orden de 17 de Agosto de 1954, actualmente derogadas.

El art. 29 del Real Decreto Legislativo 4/2000 prevé las prestaciones vinculadas a la ayuda familiar, teniendo en lo esencial el mismo contenido que en el Régimen General de la Seguridad Social, pues tal y como viene a indicar el citado precepto, dichas prestaciones se regulan de conformidad con el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como por el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social.

⁵⁷ Arts. 61 al 81 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁵⁸ Arts. 82 al 93 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁵⁹ Arts. 94 al 100 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁶⁰ Art. 101 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁶¹ Arts. 102 al 108 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁶² Art. 110 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

⁶³ Arts. 111 al 118 del RD 1026/2011, de 15 de julio.

Finalmente, cabe indicar que estas prestaciones de protección a la familia son incompatibles con otras análogas fijadas en los restantes Regímenes del Sistema de Seguridad Social, pudiendo ser de pago periódico o de pago único en función de la prestación de que se trate.

7. REFLEXIÓN FINAL

El sistema de protección social de los funcionarios públicos es el más segmentado, desigual y con mayor dispersión normativa, requiriendo desde tiempo atrás de una profunda transformación. Y si bien es cierto que el legislador es consciente de estas extraordinarias deficiencias, no ha abordado de forma definitiva y contundente esa necesaria reforma de conjunto de estos regímenes protectores, pese a las recomendaciones recogidas en diversas normas encaminadas a la elaboración de un nuevo texto refundido capaz de esclarecer y armonizar dicha materia, lo que no ha llegado a cumplirse ni a materializarse, ni pese al posicionamiento en esta misma línea de un gran sector de la doctrina.

Podría considerarse que con la aplicación del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, que contempló la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011, se produce un importante impulso en el tortuoso proceso de homogeneización de la protección social de este colectivo. Por tanto, la medida se podría enmarcar dentro del proceso de convergencia y armonización de los Regímenes Especiales con el Régimen General.

Sin embargo, la continuidad del Régimen de Clases Pasivas para aquellos funcionarios que hubieran ingresado en la Administración con anterioridad a esta fecha, y en todo caso, para determinados colectivos especificados por el propio Real Decreto sea cual fuere la fecha de su ingreso⁶⁴, así como el mantenimiento de la protección social del mutualismo administrativo en las prestaciones de carácter temporal, pone de manifiesto que aún queda mucho trayecto por recorrer en la consecución material de esta “pretendida” homogeneización. Y como se ha señalado además, la medida está lejos de simplificar el sistema de protección social de los funcionarios, generándose aún más categorías diferenciadas en función de dónde queden encuadrados los distintos colectivos.

A lo que debemos añadir que si tras la reforma de la Ley 30/1984 se ha producido una unificación del régimen jurídico de un gran número de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, existen pocos fundamentos para el mantenimiento de regímenes de protección social diferenciados. Además, los dos principales mecanismos protectores, el de Clases Pasivas y el Mutualismo Administrativo, muestran carencias de coordinación entre ambos.

Como a día de hoy no parece viable una armonización de conjunto a corto plazo, al menos podría ponerse en marcha de manera ágil una primera etapa transitoria de simplificación

⁶⁴ Los señalados por la letra i) del art. 2.1 del TRCP. Esto es: los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los ex Presidentes del Tribunal Supremo, los ex Presidentes del Consejo General del Poder Judicial, los ex Presidentes del Tribunal Constitucional, los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado.

del régimen jurídico actual, tanto del Sistema de Clases Pasivas hasta su desaparición, como un esfuerzo de integración de los tres Regímenes vinculados al mutualismo administrativo hasta su integración plena en el Régimen General (que podría llevarse a cabo a través de un Sistema Especial), pues es innegable la excesiva complejidad subjetiva existente y la ingente diversidad y dispersión normativa vinculada a éste régimen protector.

En definitiva, es necesario establecer fórmulas que estén en armonía con la evolución y las tendencias de funcionamiento actuales de nuestro sistema de Seguridad Social.

Estudios de
Doctrina
Judicial

LABORUM

Brexit y tribunal de justicia. “*cualquier tiempo pasado fue mejor*”.

El Asunto C-308/14, Comisión contra el Reino Unido

Brexit and the court of justice. “*All the past was better*”. Case-308/14, European Commission versus United Kingdom

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ

VICEPRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El anuncio del referéndum sobre el Brexit provocó en las Instituciones Europeas una incertidumbre y preocupación sin precedentes. Los intentos del Consejo y de la Comisión de buscar un status especial para el Reino Unido que propiciara el voto favorable a favor de la permanencia fueron vanos. Finalmente el Brexit recibió el beneplácito de los ciudadanos británicos.

Siete días antes del referéndum, el Tribunal de Justicia dio conocer la sentencia recaída en el recurso Comisión contra el Reino Unido (Asunto 308/14) sobre prestaciones familiares. El fallo jurisdiccional da otra vuelta de tuerca a la doctrina anterior sobre el turismo social. Sin embargo, en este caso, y con una argumentación muy “*sui generis*” que se aleja de anteriores pronunciamientos sobre discriminación indirecta. La Corte de Justicia se aprestó a echar una mano al Reino Unido probablemente para fortalecer las tesis pro europeístas. Una sentencia política que abre una brecha importante para el futuro de las normas de coordinación. ¿Un precedente? ¿Un simple episodio?

Abstract

The announcement of the Brexit referendum provoked unprecedented concerns in the European institutions. Attempts by the Council and the Commission to seek special status for the United Kingdom to encourage a favorable vote in favor of permanence were futile. Finally the Brexit received the approval of the majority of British citizens.

Seven days before the referendum, the Court of Justice adopted judgment on the Case Commission against the United Kingdom (Case 308/14) on social security family benefits. This ruling gave another twist to the previous doctrine on social tourism. However, in this case, and with a very *sui generis* argument, the Court moved away from previous pronouncements on indirect discrimination. May be the Tribunal wanted to lend a hand to the UK to strength the pro-European theses. A political judgment that opens a major gap for the future of coordination rules. A precedent? A simple episode?

Palabras clave

Prestaciones familiares, discriminación indirecta, Brexit, seguridad social, residencia

Keywords

Family benefits, indirect discrimination, Brexit, social security, residence

“Los seres humanos se convirtieron en recursos humanos”

Frank Shaetzing

1. CONSIDERACIONES GENERALES

No es difícil imaginar que en muchos casos los Jueces y Magistrados tienen que sufrir presiones, impuestas o autoimpuestas, que debilitan su independencia o el rigor de sus pronunciamientos. Probablemente será difícil demostrar la existencia de estas presiones y, sobre todo, que éstas han surtido algún efecto, por lo que, en todo caso, nos tenemos que mover en el mundo de las presunciones y de las hipótesis. Ahora bien, aunque mantengamos la fe en la imparcialidad de la justicia y podamos aceptar que los fallos jurisdiccionales responden a un profundo convencimiento jurídico de los juzgadores, podemos plantearnos que otros

elementos colaterales como, por ejemplo, el momento elegido para la publicación de una sentencia, pueda ser utilizado interesadamente como apoyo a determinadas tesis o planteamientos que, en principio, trascienden de la estricta neutralidad que tiene atribuida la Justicia. En este sentido, resulta chocante que la Corte de Luxemburgo dicte una sentencia favorable al Reino Unido en un asunto muy sensible de prestaciones familiares para extranjeros, solo 7 días antes del referéndum del Brexit. Probablemente, por la importancia política de la sentencia, no podemos olvidar el contexto social e histórico de la misma ni abstraernos de sus motivaciones, ya que de otro modo estaríamos hurtando una información necesaria para entender su génesis y sus posibles consecuencias. Y es que a veces la política y el derecho no se pueden separar.

Retrocedamos en el tiempo y remontémonos al 28 de noviembre de 2014. El Primer Ministro británico Cameron pronuncia un discurso en el que expone su visión global sobre la Unión Europea, haciendo especial hincapié en los peligros para la sociedad británica de la emigración, mezclando en un intencionado ejercicio de confusión, ciudadanos de la Unión Europea con nacionales de terceros Estados y reclamando, fundamentalmente, y esto era lo más peligroso, un cambio sustancial en los campos subjetivos y objetivos de la libre circulación de trabajadores.

Para no desviar la atención del lector, vamos a relacionar los puntos esenciales de la alocución /soflama de Cameron:

- Desplazamientos laborales transfronterizos únicamente previa oferta anterior de trabajo “*Los trabajadores migrantes deben tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido*”.
- Limitar la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período.
- Los ciudadanos de los nuevos Estados que se adhieran a la UE no deben disfrutar de la libre circulación de trabajadores hasta que sus economías no alcancen los niveles medios de los Estados ya Miembros.
- Período de espera de cuatro años para los trabajadores migrantes en la concesión de prestaciones sociales.
- Exigencia de que los hijos de los trabajadores deban residir en el Reino Unido para que puedan ser beneficiarios de las prestaciones familiares.

Con estas demandas, dirigidas fundamentalmente a las Instituciones de la Unión y a los demás Estados Miembros, El Primer Ministro británico estaba preparando el referéndum que había anunciado meses atrás, cebándolo de insinuaciones y desinformaciones sobre políticas migratorias, con alusiones al presunto esquilme de la Seguridad Social británica, por supuesto por parte de los extranjeros, en una versión británica de “*España nos roba*” que traducido al lenguaje eurofóbo podría ser “*Bruselas nos roba*”.

2. INSTITUCIONES EUROPEAS Y BREXIT

Como respuesta al compromiso del referéndum anunciado por Cameron a inicios de 2013 y al memorial de agravios británico expuesto en el discurso antes señalado, las Instituciones Europeas se aprestan a ofrecer argumentos y concesiones al Reino Unido para que la votación final se incline por la permanencia. A tal efecto, la Comisión, pocos meses

después del anuncio del referéndum, publica la Comunicación¹ “*Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de su familias: cinco medidas clave*”. En este documento, siguiendo la línea tradicional de la Comisión, se hace una declaración de principios de calado: “*La libre circulación de los ciudadanos de la UE estimula el crecimiento económico al permitirles viajar, estudiar y trabajar en otros países y al posibilitar a los empresarios tener acceso a un mayor número de candidatos con talento. Habida cuenta de los importantes desequilibrios en los mercados de trabajo de Europa y de la disminución de la población en edad laboral, la movilidad de los trabajadores contribuye a abordar los desajustes entre capacidades y empleos. Se calcula que, en la UE-15, el PIB a largo plazo aumentó casi un 1 % gracias a la movilidad posterior a la ampliación (2004-2009)*” y continúa: “*los datos ponen de manifiesto que los ciudadanos móviles de la UE representan una proporción muy pequeña de los beneficiarios de prestaciones especiales de carácter no contributivo, que son prestaciones que combinan características de seguridad social y asistencia social: menos del 1 % de todos los beneficiarios (ciudadanos de la UE) en 6 países (Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Malta y Portugal); entre el 1 % y el 5 % en otros 5 (Alemania, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia), y más del 5 % en Bélgica e Irlanda. Reciente estudios han concluido que no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar y los flujos de ciudadanos móviles de la UE. Excelente defensa de uno de los principios fundamentales de la Unión. Lástima que sin embargo, la Comunicación, penetre en territorio peligroso, próximo a las tradicionales tesis británicas al señalar: “La crisis económica ha acentuado en algunos Estados miembros un debate sobre el impacto de la libre circulación en los sistemas sociales nacionales y la presión que ejerce sobre los servicios locales. La presente Comunicación **tiene por objeto aclarar los derechos y las obligaciones de los ciudadanos de la UE, así como las condiciones y limitaciones con arreglo a la legislación de la UE, y abordar las inquietudes planteadas por algunos Estados miembros**” “. Durante los 3 primeros meses de residencia, el Estado miembro de acogida no está obligado por la legislación de la UE a conceder asistencia social a los ciudadanos de la UE que no ejerzan una actividad económica. **Tampoco está obligado a concederla a las personas que buscan empleo por primera vez....** En este contexto, un Estado miembro podrá subordinar la concesión de asistencia social o de prestaciones especiales de carácter no contributivo a un ciudadano de la UE procedente de otro Estado miembro a la condición de que dicho ciudadano cumpla los requisitos para la obtención del derecho de residencia por un periodo superior a 3 meses. Las autoridades deben evaluar la situación individual teniendo en cuenta una serie de factores tales como el importe, la duración, el carácter temporal de la dificultad o el nivel general de carga que la concesión de una ayuda supondría para el sistema de asistencia social nacional. **Si, sobre esta base, llegan a la conclusión de que la persona supone una carga excesiva, podrán poner fin a su derecho de residencia**”.*

En realidad, desde el punto de vista meramente jurídico las tesis de la Comisión podría ser defendible como también podría serlo las contrarias, tal como la propia Comisión, simplemente unos años antes, había sustentado². Lo realmente significativo es el momento

¹ COM (2013)837 final.25 de Noviembre 2013.

² La Comisión planteó en su día a los Estados Miembros que si en virtud de los Reglamentos de Coordinación una persona tenía derecho a prestaciones no contributivas en metálico o en especie (asistencia sanitaria) en un país, cumplía las condiciones requeridas por la Directiva de residencia de contar con medios suficientes y con un seguro de asistencia sanitaria. Esto implicaba que los Reglamentos se aplicaban en primer lugar y que, teniendo en cuenta sus preceptos, se podían adquirir unos derechos que posibilitarían el ejercicio del derecho de residencia

elegido para realizar unos pronunciamientos que podían ser entendidos como un respaldo a las tesis británicas y que suponen un giro de 180 grados a la posición anteriormente mantenida. En efecto, resulta muy peligroso que precisamente la Institución que debía defender por excelencia la movilidad de los ciudadanos y que debe servir como contrapeso de los intereses nacionales o nacionalistas, se alinee tan clara y taxativamente con las posiciones duras de algunos Estados Miembros, dando pie a actuaciones por parte de estos que pueden poner en peligro la libre circulación de personas o vulnerando las garantías jurídicas existentes. En consecuencia, el simple anuncio de un referéndum provocó, en una especie de síndrome de Estocolmo, que la Comisión diera los primeros pasos para calmar al electorado más euroescéptico y propiciar iniciativas y propuestas contrarias a la esencia de la libre circulación de ciudadanos y trabajadores.

De todas formas, no debería ponerse en pregunta el excelente trabajo, a lo largo de los años, de la Comisión, en favor de los trabajadores migrantes. Simplemente, lo que se desea poner de manifiesto en este artículo es que el referéndum británico ha conmocionado de tal manera el funcionamiento de las Instituciones europeas que ha alterado el equilibrio entre los Estados y la Unión y que esta, en un ejercicio desesperado para encontrar los consensos necesarios, se ha volcado en la búsqueda de fórmulas y mecanismos que permitieran desactivar la bomba de relojería que, finalmente, dio lugar al Brexit. Y es que la presión sobre la Comisión Europea ha sido de tal magnitud que se ha intentado condescender en algunos aspectos para evitar una confrontación total que propiciara argumentos falaces para alimentar la fobia anti Bruselas/Luxemburgo/Estrasburgo. De todos modos, tal como ha demostrado el Brexit, las cesiones, aunque sean bien intencionadas, no cambian los sentimientos ni convencen a los que, de ningún modo quieren ser convencidos.

Debe reconocerse que las Instituciones Europeas pusieron todo de su parte para apoyar la permanencia del Reino Unido. En efecto, ya se ha explicado como la Comisión comenzó allanando el camino con una Comunicación, cuando menos contradictoria, a los pocos meses de anunciar Cameron su propósito de convocar un referéndum. No obstante, con el paso del tiempo, el tímido apoyo de las Instituciones Europeas se convirtió en firme sostén de las reivindicaciones de Cameron, por considerar que éste podía garantizar, aunque fuera con un status privilegiado, la continuidad del Reino Unido en la Unión. Así, el Consejo Europeo en su reunión celebrada el 18 y el 19 de Febrero de 2016³, que giró alrededor del Brexit, se pronunciaba, en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, por la presentación y aprobación “ *de una propuesta de modificación del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*⁴, **que contendrá un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un periodo prolongado, también como resultado de políticas del pasado a raíz de ampliaciones anteriores de la UE. Si un Estado miembro desea acogerse al mecanismo, deberá notificar a la Comisión y al Consejo la existencia de esta situación excepcional en una escala que afecta a aspectos esenciales de su sistema de seguridad social, incluido el propósito primario de su sistema de prestaciones vinculadas al ejercicio de una**

contemplado por la Directiva. De hecho, la Comisión, en el dictamen motivado que posteriormente dio lugar al Recurso Comisión contra el Reino Unido, ASUNTO C-308/14, defendió esta tesis que después abandonó como consecuencia de la sentencia recaída en el Asunto Pensionsversicherungsanstalt versus Peter Brey C/ 140/12.

³ EUCO 1 /16.

⁴ Diario Oficial de la Unión Europea de 27.5.2011. L 141/1.

actividad profesional, o que da lugar a dificultades graves y con probabilidades de persistir en su mercado laboral o que generan una presión excesiva para el funcionamiento adecuado de sus servicios públicos. A propuesta de la Comisión, una vez estudiada la notificación y la motivación en ella expuesta, el Consejo podría autorizar al Estado miembro de que se trate a restringir en la medida necesaria el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional. El Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez”. **Unión 0, Cameron 1.**

A simple vista podría parecer esta declaración simplemente oportunista, máxime si se tiene en cuenta que podría afectar por igual a todos los Estados Miembros que, lógicamente, tendrían idéntico derecho de invocar esta denominada cláusula de salvaguarda, probando fehacientemente, eso sí, la situación excepcional de que se trate. Sin embargo, lo realmente humillante y bochornoso aparece en la Declaración adicional de la Comisión que señala “*La Comisión Europea considera que la índole de la información que le ha facilitado el Reino Unido, en particular dado que este no ha hecho pleno uso de los periodos transitorios para la libre circulación de trabajadores que establecían las recientes Actas de Adhesión, pone de manifiesto que el tipo de situación excepcional que el mecanismo de salvaguardia propuesto pretende cubrir existe en el Reino Unido en la actualidad. En consecuencia, estaría justificado que el Reino Unido activase el mecanismo con plena expectativa de obtener aprobación”*. El chantaje británico había surtido efecto y abría un escenario de geometría variable en el que los reticentes y discolos tenían su premio mientras que los más cumplidores y obedientes debían pagar el precio de la sumisión a los caprichos de los desleales.

Para completar la faena y siguiendo al pie de la letra las exigencias de Cameron, el Consejo Europeo se comprometió a aprobar en el futuro, como un cheque en blanco, “*una propuesta de modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a fin de dar a los Estados miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño. Lo anterior solo debe ser de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensiva a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación”*. Y nuevamente, en una especie de concurso de lisonjas y amor hacia las tesis británicas, la Comisión declara que “*presentará una propuesta de modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a fin de dar a los Estados*

⁵ DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004; corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el hijo. La Comisión considera que entre estas condiciones se incluye el nivel de vida y el nivel de las prestaciones por hijo aplicables en dicho Estado Miembro". Con ello, se dispara un torpedo a la línea de flotación del Reglamento 883/2004, destruyendo, de un plumazo, por el capricho electoralista de un político, con el concurso seguidista de las Instituciones europeas, uno de los barcos insignia de la Europa de los ciudadanos, iniciándose de paso el acoso y derribo al edificio de la Coordinación de los regímenes de Seguridad Social. Comprendo que es fácil criticar cuando no se tienen que asumir responsabilidades políticas y se carecen de todos los elementos de decisión. Entiendo que las Instituciones de la Unión optaron por una solución, el mal menor, y que diseñaron una estrategia que favoreciese la permanencia del Reino Unido para poder, posteriormente, reconducir la situación hacia la normalidad. A veces cualquier elección es equivocada. No obstante, el espectador debe tener el derecho de poner de manifiesto su opinión aunque sea consciente de que su perspectiva sea parcial e incompleta.

3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TURISMO SOCIAL

La sentencia que vamos a comentar a continuación, Asunto C-308/14, Comisión contra el Reino Unido es probablemente, además de una reacción ante el pánico del Brexit, el colofón de una trayectoria, que esperamos sea de ida y vuelta, por parte del Tribunal de Justicia en relación con la problemática del turismo social. En efecto, la Corte de Luxemburgo ha reaccionado con gran energía en contra del desplazamiento interestatal dentro del territorio de la Unión Europea con la intencionalidad exclusiva o predominante de beneficiarse de unas prestaciones de seguridad social que, normalmente, se conceden por razón de la residencia en el nuevo Estado de acogida. Así, en una sucesión de menos a más el Tribunal ha acuñado una jurisprudencia, nunca se sabe si revisable y reversible, que cuenta como hitos fundamentales con los fallos *Pensionsversicherungsanstalt versus Peter Brey*⁶, *Elisabeta Dano y Florin Dano* contra el *Jobcenter Leipzig*⁷, *Familia Alimanovic* contra *Jobcenter Berlín*⁸ y *Familia García Nieto y Peña García* contra *Jobcenter Kreis Recklinghausen*⁹.

Como no es el turismo social el punto fundamental de este artículo, aunque debe reconocerse la relación entre este y la sentencia recaída en el Asunto C-308/14 que comentamos, solamente nos vamos a limitar a ofrecer unas explicaciones someras sobre los fallos mencionados. En este sentido, y aunque los ámbitos personales de estos pronunciamientos jurisdiccionales son distintos (pensionistas, extrabajadores, personas no activas o solicitantes de empleo), comparten, en su conjunto la problemática de las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto, que se conceden a los residentes teniendo en cuenta una cierta situación de necesidad o precariedad, y que, por su naturaleza jurídica, se encuentran más cercanas a la Asistencia Social que a la Seguridad Social. En realidad, lo que se debatía por parte del Tribunal era la dialéctica entre los Reglamentos de Coordinación de Seguridad

⁶ Asunto 140/12. Sentencia de 19 de septiembre del 2013.

⁷ Asunto 333/13. Sentencia de 11 de noviembre de 2014.

⁸ Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (Asunto C-67/14).

⁹ Sentencia de 25 de febrero de 2016 (Asunto C-299/14).

Social 1408/71¹⁰ y 883/04¹¹ y la Directiva de residencia 2004/38/CE¹². A este respecto lo que subyace en estas sentencias es el posible enfrentamiento y la oposición entre la protección social de los ciudadanos que se desplazan en el territorio de la Unión, interés europeo representado por los Reglamentos de Seguridad Social y los intereses nacionales representados por la Directiva de residencia. El Tribunal en todos estos contenciosos se pronunció por la aplicación prioritaria de la Directiva, o lo que es lo mismo, que para reconocer una prestación especial no contributiva resultaba necesario acreditar una situación de necesidad económica y a la vez contar con una residencia legal en un Estado, derecho de residencia que se deniega si el interesado no tiene recursos suficientes y tiene que solicitar la referida prestación. Ejemplo típico de la pescadilla que se muerde la cola. De todos modos, lo más peligroso de estas sentencias es la escalada que realiza el propio Tribunal que trata de la misma manera, sin diferencias de fondo apreciables, a personas con desplazamientos presumiblemente intencionados para beneficiarse del sistema de protección social del Estado de acogida y a personas que por motivos laborales ejercen la libre circulación de trabajadores y buscan empleo o a pensionistas que deciden cambiar de residencia por razones personales ajenas a lo que podría considerarse turismo social.

4. ANÁLISIS DEL RECURSO COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO. ASUNTO C-308/14

Pocas veces ha tenido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que enfrentarse a un asunto de tanto calado político como este recurso que, en su momento, cuando lo inició la Comisión en 2008 podía ser considerado jurídicamente como importante pero que con el transcurso del tiempo se fue convirtiendo en trascendental. Vayamos a los hechos. La Comisión había recibido numerosas quejas de nacionales de otros Estados miembros, personas no activas, residentes en el Reino Unido que denunciaban que las autoridades británicas competentes les hubieran denegado el disfrute de determinadas prestaciones familiares (complementos familiares y tax credits) basándose en que no tenían derecho de residencia en dicho Estado miembro. La Comisión, después de múltiples peticiones de información decidió iniciar un procedimiento de infracción contra el Reino Unido que, como una bomba de relojería, le explotó al Tribunal de Justicia en el peor momento.

Adentrémonos en el derecho británico. El artículo 141 de la Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (Ley de 1992 en materia de cotizaciones y prestaciones de la seguridad social) dispone lo siguiente: *«Toda persona que tenga a su cargo uno o más hijos menores o un joven que tenga la consideración de hijo a cargo durante la semana de que se trate tendrá derecho, con arreglo a lo dispuesto en el presente Título de esta Ley, a determinadas prestaciones destinadas..., a cubrir parte de los gastos de uno o más hijos a su cargo...»*

¹⁰ Reglamento (CEE) 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. Versión consolidada DO número L 28 de 30.1.1997.

¹¹ Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 200, 7.6.2004, pp. 1-49). DOUE número L 166 de 30 de Abril de 2004; corrección de errores DOUE número L 200 de 7 de Junio de 2004.

¹² Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 de los relativa al derecho ciudadanos de a Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30.4.2004.

Asimismo, la Tax Credits Act 2002 (Ley de 2002 relativa al crédito fiscal) aprueba el crédito fiscal por hijo a cargo que se abona a la persona o personas que tengan la responsabilidad de uno varios hijos menores. Su importe depende de los recursos económicos de las personas afectadas y se gradúa en función del número de hijos que componen la familia.. Además, y en lo que interesa al presente asunto, el ordenamiento británico establece: “ *Deberá considerarse que una persona no se encuentra en el Reino Unido, a efectos de la Parte 1 de la Ley de 2002 relativa al crédito fiscal cuando no tenga derecho de residencia en el Reino Unido* ”

La imputación que la Comisión formulaba en el recurso con carácter principal contra el Reino Unido residía en el hecho de que, al exigir a los solicitantes de las prestaciones familiares controvertidas que cumplieran el criterio del derecho de residencia para poder ser tratados como residentes habituales en dicho Estado miembro, el Reino Unido estaba añadiendo un requisito que no figura en el Reglamento n.º 883/2004. Según la Comisión, tal requisito adicional, estrictamente nacional, privaba a las personas que no lo cumplían de la cobertura prevista por la legislación en materia de seguridad social en uno de los Estados miembros, cobertura que dicho Reglamento tenía por objeto garantizar. Además, tal como había confirmado el Reino Unido, el derecho de residencia en el Reino Unido se concede a todos sus nacionales. En cambio, se considera que los nacionales de otros Estados miembros, no gozan, en determinadas circunstancias, del derecho de residencia. Según el Gobierno del Reino Unido, esta restricción se basa en el concepto de «derecho de residencia» tal como se configura en la Directiva 2004/38 y en las limitaciones que ésta establece a dicho derecho, en particular, en la exigencia de que una persona que no ejerza ninguna actividad económica disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva *para la asistencia social* del Estado miembro de acogida.

En consecuencia, nuevamente nos enfrentamos en este caso con la problemática de la aplicación prioritaria de los Reglamentos de Coordinación y la Directiva de residencia. No obstante, a diferencia de los casos sobre los que se había pronunciado con anterioridad el Tribunal de Justicia (Brey, Dano, Alimanovic y García Nieto), el presente asunto se refiere a típicas prestaciones familiares¹³ de seguridad social y no a prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto, próximas a la asistencia social. A este respecto, el campo de aplicación material de dicho Reglamento¹⁴ establece “*El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones familiares*”. Por último el artículo 4 del referido Cuerpo jurídico señala “*Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento*”.

Con respecto a la legislación aplicable o a la determinación del Estado competente, el artículo 11 del Reglamento prescribe “Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título.... e) cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado

¹³ “*todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción*”.

¹⁴ Ver artículo 3.

miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros.»

El concepto de residencia del Reglamento es realmente poco claro. Así el artículo 1 define residencia como *“el lugar en que una persona reside habitualmente”*. En este sentido, debe aceptarse que dentro del derecho de la Unión el concepto de residencia no es uniforme y, por tanto varía según se trate de derecho fiscal, de la Directiva de residencia, normativa electoral o del Reglamento 883/04. En principio por tanto, cada Instrumento jurídico que se aplique, tendrá que utilizar sus propios conceptos y no importar el de los otros. En efecto, si el legislador comunitario lo hubiera deseado, hubiera acuñado un único concepto válido para todas las normas comunitarias, con independencia de la rama de que se trate. No obstante, debe reconocerse que el legislador del Reglamento ha buscado conscientemente en el Reglamento, un concepto cuasi no jurídico, basado en una descripción fáctica, distinto del de la Directiva. Por ello, el Tribunal de Justicia ha tenido que interpretar el concepto de residencia en diversas sentencias entre las que destaca la recaída de 25 de febrero de 1999, en el Asunto Swaddling¹⁵ y en la que se señala que *“el mencionado concepto designa el lugar donde se encuentra el centro habitual de los intereses de la persona de que se trate. Para determinar el centro de los intereses al que se acaba de aludir, procederá tener en cuenta, en particular, la situación familiar del trabajador, las razones que le han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, deducida de todas las circunstancias”*.

A este respecto y dado el etéreo concepto de residencia del Reglamento, éste debe determinarse en función de las circunstancias de hecho y de la situación de las personas de que se trate, con independencia de su estatuto jurídico en el Estado miembro de acogida. Ahora bien el estatuto jurídico de los interesados, puede ser tenido en cuenta como un elemento más para dilucidar *“donde se encuentra el centro habitual de los intereses de la persona de que se trate”*.

Para la Comisión, la finalidad del artículo 11 del Reglamento n.º 883/2004 es establecer el Estado competente y la legislación competente, configurando un sistema de normas de conflicto que tiene como efecto sustraer al legislador nacional la facultad de determinar el alcance y las condiciones de aplicación de su propia legislación nacional en la materia. De este modo, según la Comisión, el objetivo que persigue tal sistema es, por un lado, garantizar que se aplique un único régimen de seguridad social y, por otro, evitar que se prive de protección en materia de seguridad social a las personas a las que se refiere el Reglamento n.º 883/2004, por no existir legislación que les resulte aplicable.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el legislador era consciente que el concepto de residencia contenido en el artículo 1 del Reglamento 883/04 podía plantear conflictos y dificultades a la hora de proceder a su aplicación. Por ello, a través del Reglamento 987/09¹⁶,

¹⁵ C-90/97.

¹⁶ REGLAMENTO (CE) No 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L 284/1. 30/10/2009.

en su artículo 11¹⁷ establece normas de conflicto para solventar las dudas sobre el Estado de residencia y, a tal efecto, marca unos parámetros, iguales para todos los Estados. En realidad, esto es la esencia de los Reglamentos: la aplicación uniforme de los mismos por parte de todos los Estados. Ahora bien, si, paralelamente, la legislación de un Estado Miembro, unilateralmente, introduce nuevos elementos a efectos de reconocer o no la residencia en su territorio, se está quebrando la aplicación uniforme del derecho de la Unión. Porque el concepto de residencia en el Reglamento, a diferencia del de la Directiva es más fáctico que jurídico. Así, puede ocurrir que el centro de intereses de una persona pueda estar en un Estado, residencia habitual, pero su residencia legal esté en otro. Imaginemos a estos turistas británicos que viven en las costas españolas todo el año pero que mantienen su residencia legal en el Reino Unido. En este sentido podría suceder que una persona no tuviera derecho a las prestaciones sociales ni en su Estado de origen –en el que ya no tendría su residencia habitual aunque mantenga su residencia legal– ni en el Estado de acogida donde tendrá su centro de intereses pero no el derecho de residencia legal.

Pienso que puede ser orientador recordar la sentencia recaída en el Asunto Martínez Sala¹⁸ en la que el Tribunal señalaba textualmente *“En efecto, para reconocer el derecho de residencia, el permiso de residencia sólo puede tener un valor declaratorio y probatorio (en este sentido, véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, apartado 50). Por el contrario, de los autos se deduce que, para la concesión de la prestación de que se trata, el permiso de residencia adquiere valor constitutivo. De ello se deduce que el hecho de que un Estado miembro exija a un nacional de otro Estado miembro que desee obtener una prestación como la controvertida en el asunto principal que presente un documento con valor constitutivo expedido por su propia Administración, siendo así que a sus propios nacionales no se les exige ningún documento de estas características, da lugar a una desigualdad de trato”*.

Por otra parte, el Tribunal, adicionalmente, debía dilucidar si el requisito de hacer depender y condicionar el derecho a obtener determinadas prestaciones de seguridad social a la residencia legal de los ciudadanos europeos, requisito éste que los propios nacionales cumplen automáticamente, implica una situación de discriminación, infringiendo de este modo el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004 (principio de igualdad de trato).

El tema de la discriminación parece claro y no es controvertido por ninguna de las partes del contencioso. De hecho, el Reino Unido reconoció que se trataba de una medida

¹⁷ *“En caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la residencia de una persona a la que se aplique el Reglamento de base, las instituciones deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado a partir de una evaluación global de toda la información disponible relacionada con los hechos pertinentes, que podrá incluir, según el caso: a) la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados; b) la situación personal del interesado, incluidos: i) la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración de cualquier contrato de trabajo, ii) su situación familiar y los lazos familiares, iii) el ejercicio de toda actividad no remunerada, iv) en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, v) el alojamiento, en particular su grado de permanencia, vi) el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal; 2. Cuando la consideración de los diversos criterios basados en hechos pertinentes como se enuncian en el apartado 1 no permita a las instituciones afectadas llegar a un acuerdo, se considerará decisiva para determinar el lugar efectivo de residencia la voluntad de la persona, según se desprenda de tales hechos y circunstancias, y en especial las razones que la llevaron a trasladarse.”*

¹⁸ Asunto C-85/96.

indirectamente discriminatoria. Sin embargo, no siempre la discriminación, sobre todo la indirecta, es inadmisibles. En efecto, ésta puede, en algunos casos, aceptarse si es proporcional y puede justificarse objetivamente por la necesidad de salvaguardar las finanzas públicas. Ahora bien, el Estado que adopte esa medida debe demostrar que la desigualdad de trato en cuestión resulta apropiada y proporcionada en relación con el objetivo que persigue. A este respecto, la Comisión alegó que el Reino Unido no había presentado ningún dato en cuanto a la proporcionalidad del requisito adicional de residencia legal.

La sentencia recaída en el Asunto Brey, mencionada en párrafos precedentes, en la que el Tribunal aceptó que para acceder a las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto podía exigirse el requisito de residencia legal fue utilizado por el Reino Unido para justificar su posición en el presente asunto. Sin embargo, las prestaciones familiares británicas no son prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto ya que, como declaró el propio Tribunal, deben ser consideradas como prestaciones de seguridad social stricto sensu sin que quepa duda al respecto. Téngase en cuenta que las prestaciones especiales no contributivas tienen una regulación especial y, en todo caso, deben figurar relacionadas expresamente en el Anexo X del Reglamento 883/04. Aunque simplemente fuera por esta circunstancia formal, y dado que las prestaciones familiares británicas no están inscritas en el referido Anexo, esta cuestión no plantea duda alguna.

En consecuencia, los elementos esenciales sobre los que debía pronunciarse el Tribunal eran los siguientes:

- A los efectos de la concesión de prestaciones de Seguridad social, además de las condiciones establecidas por el Reglamento 883/04 ¿puede la legislación nacional establecer el requisito de residencia legal?
- ¿Existe justificación suficiente para la discriminación indirecta que supone la exigencia de residencia legal? ¿Se ha demostrado convenientemente la proporcionalidad de la medida adoptada?

5. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal tenía que decidir, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones familiares británicas. Curiosamente la Corte de Luxemburgo en esta sentencia utiliza una terminología ambigua, probablemente con toda intención. Así, habla de prestaciones sociales, término éste que parece acercarse a las prestaciones no contributivas especiales de tipo mixto o a la asistencia social. No obstante, como esta línea de actuación carecía de futuro, textualmente señala que *“los complementos familiares (child benefit) y el crédito fiscal por hijo a cargo (child tax credit), son dos prestaciones en metálico cuya finalidad es contribuir a atender a los gastos de la familia y que no se financian con las cotizaciones de los beneficiarios, sino mediante la recaudación de tributos. Ninguna de las prestaciones mencionadas ha sido inscrita por el Reino Unido en el anexo X del Reglamento n.º 883/2004 y es pacífico entre las partes que no se trata de prestaciones especiales en metálico no contributivas, en el sentido del artículo 70 del citado dicho Reglamento”*. Según la jurisprudencia clásica del Tribunal de Justicia, unas prestaciones que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos relativos, en particular, al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen

de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares, deben calificarse de «prestaciones de seguridad social», a efectos del artículo 3, apartado 1, letra j), del Reglamento n.º 883/2004, en relación con el artículo 1, letra z), de ese mismo Reglamento.

Realmente no descubre nada nuevo el Tribunal. Así, ya en 1995 en el Asunto Jennifer Meyers y Adjudication Officer¹⁹ se consideraba que los “family credits” estaban integrados “en un régimen de prestaciones en un sistema nacional de Seguridad Social”. De todas formas con mucha mayor contundencia el Tribunal se había pronunciado ya sobre la consideración de las prestaciones familiares británicas como prestaciones de seguridad social en el asunto **Rose Hughes y Chief Adjudication Officer**²⁰, “Contrariamente a lo que mantienen los Gobiernos alemán y del Reino Unido, la calificación de la discutida prestación como prestación de Seguridad Social no puede cuestionarse por el hecho de que su concesión no esté sujeta a ninguna obligación de cotizar. En efecto, el modo de financiación de una prestación carece de importancia a efectos de su posible calificación como prestación de Seguridad Social...”. En consecuencia, no caben dudas al respecto de que las prestaciones familiares británicas, como la del resto de los Estados Miembros, se enmarcan en el ámbito de la Seguridad Social. Con ello, se está abriendo un nuevo escenario en donde los precedentes de Brey, Dano, Alimanovic y García Nieto, al referirse todos estos asuntos a beneficios cercanos a la asistencia social (prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto), no podían ni debían condicionar el resultado final de este asunto.

Centrándonos en uno de los dos puntos esenciales, la condición impuesta por parte de la legislación nacional británica, del cumplimiento del criterio del derecho de residencia, el Tribunal tiene que enfrentarse a la alegación de la Comisión de que los interesados, además de acreditar el requisito establecido por el Reglamento 883/04 de tener su centro de intereses en el Reino Unido (residencia habitual según la norma de coordinación), deben, adicionalmente, tener derecho a residencia legal. En este sentido, conviene destacar que existe una diferencia significativa entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros Estados. En efecto, el campo de aplicación personal²¹ del Reglamento 883/04 establece: “El presente Reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes”. En cambio, el Reglamento 1231/10²² por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 a los nacionales de terceros países señala textualmente “El Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre **que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro...**” A este respecto, no cabe dudas de que el legislador comunitario ha diferenciado claramente la situación de los nacionales de la Unión y de los de terceros países, exigiendo, para estos últimos y no para los primeros, la residencia legal. Sin embargo, la Administración británica equipara europeos y extranjeros e impone para ambos las mismas condiciones para

¹⁹ Asunto C-116/94.

²⁰ Asunto C-78/91.

²¹ Artículo 2.

²² Diario Oficial de la Unión Europea L 344/1 de 29-12-2010.

el acceso a las prestaciones familiares. Por ello, tal como subraya la Comisión Europea, se altera la esencia del Reglamento 883/04 que, a la hora de establecer el Estado competente y por tanto la legislación competente, establece una norma de conflicto, artículo 11²³, que debe ser acatada por todos, fijando, en el caso de personas no activas o personas que no ejercen actividad económica, que son el sujeto final o posible beneficiario de este caso jurisdiccional, la residencia fáctica habitual o, como interpretó en su día la Corte de Justicia, su centro de intereses. Pues bien, si a la hora de aplicar la normativa comunitaria, un Estado en donde una persona tiene su centro e intereses, impone unilateralmente un nuevo requisito, se está desvirtuando dicha norma de conflicto que está destinada no sólo a evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales a una situación determinada y las complicaciones que puedan resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del citado Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación que les resulte aplicable.

No obstante, el Tribunal se decanta por otra línea argumental y pasa de puntillas por los planteamientos precedentes al señalar que el referido artículo 11 *“no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de seguridad social. Corresponde, en principio, a la legislación de cada Estado miembro determinar tales requisitos”* *“no cabe deducir del artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento n.º 883/2004, se oponga a una disposición nacional que supedita el derecho a obtener prestaciones sociales, tales como las ¿prestaciones sociales controvertidas?²⁴, a la circunstancia de que el solicitante goce de derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate”* *“Ahora bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Así pues, contrariamente a lo que alega la Comisión, la norma de conflicto contenida en el artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento n.º 883/2004 no resulta desvirtuada por el criterio del derecho de residencia, pues éste forma parte integrante de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones sociales controvertidas”*.

En todo momento, a lo largo de esta sentencia, el Tribunal menciona los precedentes de fallos jurisdiccionales anteriores Peter Brey y Dano sobre los que el Tribunal se pronunció

²³ *“Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título. A efectos del presente título, se considerará que las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Esto no se aplicará a las pensiones de invalidez, de vejez o de supervivencia, a las rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, ni a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada. 3. A reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16: a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro; b) todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa; c) la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro; d) la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro; e) cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros”*.

²⁴ Los signos de interrogación son de autor de este artículo.

en el sentido que para reconocer las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto se podía exigir que la persona tuviera derecho a residencia legal en el Estado de que se trate por aplicación de la Directiva 2004/38/CE. En el artículo 7 de este Instrumento se establece *“Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o, b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia...”*. Ahora bien, las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto pueden equipararse a la asistencia social pero de ningún modo entrarían dentro de este concepto ni comparten con ella naturaleza jurídica las prestaciones familiares que son parte integrante inequívocamente de los sistemas de Seguridad Social. Por ello, el Tribunal da, con esta sentencia, otra vuelta de tuerca a las restricciones o limitaciones a la libre circulación de personas y trabajadores y marca un camino lleno de incertidumbres.

Resuelta la primera cuestión, el Tribunal se lanza a dar respuesta a la argumentación de la Comisión de si la incorporación del criterio del derecho de residencia a la legislación nacional produce ineluctablemente una discriminación directa o, cuando menos, indirecta, prohibida por el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004. A este respecto, el Tribunal no tiene nada que objetar en relación con la tesis de la Comisión: *“Ahora bien, no es menos cierto que un Estado miembro de acogida que imponga, a efectos del reconocimiento de prestaciones sociales como las controvertidas, el requisito de la regularidad de la residencia de un nacional de otro Estado miembro en su territorio, provoca una discriminación indirecta”*. *“En efecto, constituye jurisprudencia reiterada que una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más específicamente a los primeros”* *“En el marco del presente recurso, la normativa nacional impone a quienes solicitan las prestaciones controvertidas el requisito de gozar del derecho de residencia en el Reino Unido. De este modo, dicha normativa genera una desigualdad de trato entre los nacionales británicos y los nacionales de los restantes Estados miembros, pues tal requisito de residencia es más fácil de cumplir por los propios nacionales, que tienen su residencia habitual con mayor frecuencia en el Reino Unido, que por los nacionales de otros Estados miembros, que suelen residir en un Estado miembro distinto del Reino Unido”*.

Ergo, ni para el propio Tribunal se plantean dudas sobre la discriminación indirecta. Sin embargo... añade el Tribunal *“Para estar justificada, tal discriminación debe ser adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo”*.

Es claro que el interés legítimo alegado para justificar la referida discriminación indirecta por el Reino Unido es la defensa de su sistema de protección social. Pues bien, a este respecto, la Corte de Luxemburgo establece *“procede hacer constar que constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre*

el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado". Hasta aquí nada nuevo. Lógicamente el Tribunal debería, acto seguido seguir su línea de actuación de sentencias anteriores y repetir las argumentaciones de las mismas. Así en el Asunto Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie²⁵ se establecía que la negativa a reembolsar gastos de asistencia sanitaria prestada en otro Estado *"no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social"*. En consecuencia, una medida indirectamente discriminatoria, solo se puede justificar si afecta de manera muy importante a la sostenibilidad económica de la Seguridad Social de que se trate o tiene una incidencia significativa en la misma. Lógicamente, corresponde a quien desea acogerse a esta excepción la demostración fehaciente de los perjuicios que tendría la aplicación plena del principio de igualdad de trato y no limitarse a realizar una declaración sin sustento probatorio. En este sentido, podemos tomar como ejemplo una sentencia reciente sobre un recurso Comisión contra Chipre, asunto 515/14 en el que se declara *"Así, no cabe excluir que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la vulneración de las disposiciones del Tratado relativas al derecho a la libre circulación de los trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, apartado 41). No obstante, según jurisprudencia bien asentada del Tribunal de Justicia, corresponde a las autoridades nacionales competentes, al adoptar una medida que supone una excepción a un principio reconocido por el Derecho de la Unión, probar, en cada caso, que dicha medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado y que no excede de lo necesario para alcanzarlo. Por tanto, las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de pruebas adecuadas o de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación. Es importante que este examen objetivo, detallado y con cifras concretas, pueda probar con datos fiables, contrastados y fehacientes que efectivamente existen riesgos para el equilibrio del sistema de seguridad social. Pues bien, es preciso hacer constar que en el presente asunto no se ha efectuado tal demostración. En efecto, el Gobierno chipriota se limita a aludir a un riesgo de desequilibrio del sistema de seguridad social y a afirmar que la normativa controvertida cumple el requisito de proporcionalidad contemplado en el apartado anterior de la presente sentencia. Por consiguiente, el obstáculo a la libre circulación de los trabajadores en cuestión en el presente asunto no está justificado"*. Contundente el Tribunal de Justicia en, no se olvide, un recurso Comisión contra un Estado Miembro.

Podría pensarse que, al tratase también en este caso, de un recurso Comisión contra un Estado Miembro, el Tribunal trataría al Reino Unido de la misma forma que a Chipre y que exigiría de las autoridades británicas *"datos fiables, contrastados y fehacientes que efectivamente existen riesgos para el equilibrio del sistema de seguridad social"*. Pues no, de ningún modo. Contradiciendo su doctrina mayoritaria anterior²⁶ declara *"En este contexto, es a la Comisión, a la que incumbe demostrar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia las pruebas necesarias para que éste pueda determinar la existencia de tal incumplimiento pero... no ha aportado datos que demuestren que la comprobación por las autoridades nacionales a la que se ha hecho referencia no se atiene al requisito de proporcionalidad, que no es adecuada para garantizar la consecución del objetivo de salvaguardia de las finanzas públicas y que no más allá de lo que es necesario para alcanzar*

²⁵ C-158/96.

²⁶ La primera excepción a la doctrina general figura en la Sentencia Alimanovic.

ese objetivo. De lo anterior resulta que no constituye una discriminación prohibida por el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004 el hecho de que la legislación nacional objeto de controversia en el marco del presente recurso prevea que, a efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales controvertidas, las autoridades competentes del Reino Unido exijan la regularidad de la residencia en su territorio de aquellos nacionales de otros Estados miembros que soliciten ser beneficiarios de tales prestaciones. En consecuencia, debe desestimarse el recurso en su totalidad”.

¿Dos varas de medir? ¿Implica esta sentencia que cuando se produce una discriminación indirecta por parte de un Estado existe una presunción iuris tantum de que esta discriminación es proporcional y adecuada, correspondiendo a la otra parte demostrar lo contrario? Difícil de entender jurídicamente.

6. CONCLUSIONES

No es posible sustraerse a un cataclismo como el Brexit. Es comprensible, aunque no justificable que el Consejo sea laxo, a la hora de interpretar el derecho al adoptar decisiones políticas de trascendencia extrema. También se puede entender que la Comisión Europea se pliegue a las imposiciones del Consejo y de los Estados Miembros y que acepte, contra natura, interpretaciones elásticas y dóciles de los Tratados. No debe olvidarse que siempre queda el Tribunal de Justicia como red de seguridad.

Por ello, sorprende que el Tribunal dicte una sentencia fundamental próxima a los postulados del Premier Cameron siete días antes del referéndum del Brexit...La Corte de Justicia de Luxemburgo podía haber esperado simplemente unos días, quitándose presión y no contribuyendo a que la opinión pública pensase que el fallo jurisdiccional estaba mediatizado por el próximo referéndum británico. Probablemente, si hubiera tenido algo más de calma, la sentencia hubiera podido ser más meditada y técnicamente mejor. También hubiera podido dictarla antes. En este sentido el recurso Comisión contra Chipre, comentado en párrafos precedentes, presentado 6 meses más tarde que el recurso Comisión contra el Reino Unido, fue fallado seis meses antes que este último...

Probablemente el Tribunal de Justicia, por razones no estrictamente jurídicas, quiso también contribuir a facilitar el voto a favor de la permanencia británica en la Unión. Sin éxito.

Es difícil coincidir siempre con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Todos estamos mediatizados en nuestras creencias, inclusive las puramente jurídicas. Por ello, en derecho, el respeto a las posiciones y criterios de los otros es fundamental. Sin embargo, lo que duele realmente, especialmente para un admirador de la Corte de Luxemburgo como yo, es la pobreza e incoherencia de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en una sentencia jurídico/política dictada en un momento de gran tensión y preocupación sobre el futuro de la Unión. Quizás con independencia del contenido del fallo jurisdiccional, se eche de menos una formulación más completa y afinada que no dañe la credibilidad e independencia del propio Tribunal. Sin olvidar, por supuesto, los daños colaterales posteriores... Estemos atentos al futuro.

Incapacidad permanente total de un futbolista profesional de 30 años por accidente de trabajo

Total permanent invalidity of a 30 years old professional footballer as an accident at work consequence

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

PROFESOR AGREGADO Y TITULO ACREDITADO. UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA (UOC)

Resumen

¿Un futbolista profesional que ha cumplido ya los treinta años puede ser declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo?

La STS 20 de diciembre 2016 (rec. 535/2015), corrigiendo el criterio de la STSJ Cataluña 20 de octubre 2014 (rec. 2736/2014) y confirmando el de la instancia, ha dado una afirmativa (y ajustada) respuesta a esta cuestión.

En esencia, la clave de la argumentación del Alto Tribunal estriba en la inexistencia de norma alguna que impida el acceso a la incapacidad en cualquiera de sus grados a los deportistas profesionales a partir de una determinada edad; y, sobre todo, en la ausencia de fundamento jurídico que justifique que el fin de su carrera deportiva esté, *per se*, directamente vinculado a dicha edad.

Abstract

Can a professional footballer who has already reached the age of thirty years be declared total permanent invalidity for his usual profession as a result of an accident at work?

The Supreme Court judgement of 20 December 2016 (rec. 535/2015), correcting the criterion of the lower Tribunal, has given –an adjusted– affirmative response to this question.

In essence, the key to the argument of the Supreme Court is the absence of any rule that prevents access to invalidity in any degree to professional athletes from a certain age; and, above all, the absence of a legal basis justifying that the end of his sports career is, *per se*, directly linked to that specific age.

Palabras clave

futbolista profesional, accidente de trabajo, incapacidad permanente, edad

Keywords

professional footballer, accident at work, total permanent invalidity, age

1. PUNTO DE PARTIDA: EL OBJETO DE DEBATE

¿Un futbolista profesional que ha cumplido ya los treinta años puede ser declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo?

La STS 20 de diciembre 2016 (rec. 535/2015), corrigiendo el criterio de la STSJ Cataluña 20 de octubre 2014 (rec. 2736/2014) y confirmando el de la instancia, ha dado –una ajustada– respuesta a esta cuestión de forma afirmativa.

En esencia, la clave de la argumentación del Alto Tribunal estriba en la inexistencia de norma alguna que impida el acceso a la incapacidad en cualquiera de sus grados a los deportistas profesionales a partir de una determinada edad; y, sobre todo, en la ausencia de fundamento jurídico que justifique que el fin de su carrera deportiva esté, *per se*, directamente vinculado a dicha edad.

Veamos, a continuación, los detalles del caso, su “recorrido” judicial y la fundamentación esgrimida.

2. DETALLES DEL CASO: LESIÓN DURANTE EL MUNDIAL (2006) Y AGRAVACIÓN CON POSTERIORIDAD (2008)

El trabajador, nacido en 1980, ha prestado servicios como futbolista profesional, ininterrumpidamente, desde el día 17-2-2006 al día 31-03-2006, para la entidad “C.F. Ciudad de Murcia, SAD” y, desde el día 1-4-2006, para la entidad “Granada 74, SAD”, jugando en este último club 28 partidos.

El 13/06/2006, dos meses y medio desde la incorporación al Granada 74, SAD, durante el Mundial de Fútbol de Alemania, sufrió, como integrante de la selección de Togo, una importante lesión en la rodilla derecha.

A consecuencia de la misma, precisó tratamiento quirúrgico, médico y rehabilitación funcional, reincorporándose a los 16-17 meses a su trabajo habitual.

No obstante, a consecuencia de la lesión sufrida en junio de 2006, padece traumatismo de estructuras múltiples de la rodilla, artropatía postraumática rodilla derecha: limitación funcional y gonalgia residual, pérdida de flexibilidad, de fuerza y de potencia de la rodilla derecha. El 20-6-2008 fue intervenido en Francia por complicaciones de infección en la rodilla derecha lesionada. Cesó en el Club Granada 74 el 30/06/2008.

En la temporada 2010-2011 perteneció a la plantilla del Limonest, club de fútbol francés, donde no consta que hubiera jugado partidos.

En fecha 16-12-2010 (cuando aún no tiene 31 años) solicitó ante el INSS ser declarado en situación de incapacidad permanente, afirmando que la última empresa en que había trabajado había sido Granada 74, SAD.

La Dirección Provincial del INSS, en resolución de fecha 28-2-2012, decretó que no procedía declarar al actor en ninguna situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, por no reunir el requisito de incapacidad permanente, indicando que *“no cabe considerar dicho accidente como laboral, habida cuenta que no prestaba servicios para una empresa española, ni estaba sujeto en ese momento a nuestra normativa”* y que *“si finalmente no existiese continuidad en ningún club profesional de fútbol, y de estimarse que existe incapacidad derivada de accidente de trabajo, serían aplicables los Reglamentos comunitarios y la prestación debería reconocerse al amparo de la normativa francesa”*.

El trabajador, interpuso reclamación previa en fecha 12-4-2012, solicitando ser declarado incapaz permanente total derivado de accidente de trabajo. Por su parte, la Mutua formuló alegaciones indicando que la lesión sufrida se había producido disputando un partido en el Mundial de Fútbol de Alemania y recalando que *“esta lesión es la que está de forma exclusiva en el origen la supuesta imposibilidad profesional que se invoca”*.

3. “RECORRIDO” JUDICIAL (INSTANCIA Y SUPPLICACIÓN)

La SJS núm. 14 de Barcelona 30 de julio de 2013 declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua, por subrogación de la empresa, sin perjuicio de las responsabilidades legales del INSS y de la TGSS, al abono de una pensión vitalicia equivalente al 55 por 100 de su base reguladora de 34.772,40 € anuales, más incrementos y revalorizaciones correspondientes, y con efectos desde el 8 de noviembre 2011.

Interpuesto recurso de suplicación por parte de la Mutua, la STSJ Cataluña 20 de octubre 2014 (rec. 2736/2014), como se ha avanzado, revoca la sentencia de la instancia, confirmando la Resolución del INSS y denegando, por tanto, el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total del futbolista.

En concreto, la Mutua entiende que la sentencia de la instancia ha llevado a cabo una aplicación indebida de las siguientes disposiciones: por un lado, los apartados 1, 2 y 3 del art. 115 LGSS, en relación con el art. 47.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; y, por otro, del art. 137.4 LGSS.

En concreto, en relación a la primera denuncia, en síntesis, entiende que las lesiones que sufre el futbolista son consecuencia directa y única de la lesión de 13 de junio de 2006 durante la disputa del Mundial de Fútbol de Alemania y que, por lo tanto, la contingencia de las lesiones debe considerarse como resultado de un accidente no laboral. En este sentido, la recurrente es sabedora que, en virtud del art. 47.2 de la Ley 10/1990, se mantiene la relación laboral, porque establece claramente que, en estos casos, no se suspende ni queda sin efecto con el Club al que pertenece, dado que se trata de una cesión temporal. No obstante, estima que no se produjo un accidente de trabajo vinculado al sistema de la Seguridad Social española. En concreto, entiende que la facultad de dirección y organización pertenecía a su selección deportiva nacional, porque de acuerdo con el citado precepto, debe entenderse que durante el Mundial “se suspenderá el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral y las obligaciones y responsabilidades relacionadas con esta facultad”. Lo que significa que, el 13 de junio de 2006, al no prestar servicios efectivos en el ámbito del Club Granada 74, SAD (esto es, dentro de su ámbito de organización y dirección), no se puede aplicar el art. 115, 1, 2 y 3 LGSS y, por consiguiente, los efectos de protección del sistema no pueden desplegarse porque el Club empleador no ejercía como tal en el momento del accidente.

Y, en relación a la segunda denuncia, y a partir de lo anterior, la Mutua considera que se ha infringido el contenido del art. 137.4 LGSS porque las secuelas que presenta el futbolista a raíz de la lesión del Mundial, superados los 16/17 meses de baja, no le impidieron seguir prestando servicios (acabó jugando 28 partidos como futbolista profesional sin situaciones de incapacidad temporal, aunque sí cuatro asistencias médicas – una de ellas motivada por la rodilla lesionada).

El TSJ de Cataluña rechazará la primera denuncia, pero en cambio, aceptará la segunda. Veamos la argumentación esgrimida con detalle:

3.1. La infección de rodilla del 2008 puede calificarse como un accidente de trabajo

En relación a la primera denuncia, y corrigiendo el criterio de la instancia, entiende que el cuadro físico funcional susceptible de ser considerado incapacitante no se produce raíz del accidente de 13 de junio de 2006, sino cuando al cabo dos años se infecta a causa de enfermedad común la misma rodilla accidentada y requiere una segunda intervención mientras seguía perteneciendo al Granada 74, SAD. Especialmente, porque la lesión producida durante el Mundial no le impidió que pudiera ejercer de futbolista profesional después del tratamiento y la rehabilitación (siguió prestando servicios con el club durante, al menos, tres años y medio). Por consiguiente, debe partirse del hecho de que la propuesta de presunción de incapacidad permanente que contiene el dictamen del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas (ICAM), en noviembre de 2011, está motivada por dicha complicación.

Esta conclusión, precisa la sentencia, le exime de entrar en disquisiciones jurídicas sobre cuál es la situación jurídica de cesión temporal del trabajador a su selección nacional para participar en la competición internacional, ni tampoco debe decidir a quién alcanzaban las responsabilidades derivadas del accidente de trabajo sufrido en aquella selección, porque el futbolista se recuperó de aquel accidente, volviendo a prestar servicios como futbolista profesional.

No obstante, de un modo similar a como lo sostiene la sentencia de instancia, el TSJ entiende que, en virtud del art. 47.1 y 2 Ley 10/1999, la relación laboral especial se mantiene viva en todos sus aspectos menos en la dirección y organización del juego en aquella competición, porque lógicamente corresponde al personal de la selección. Lo que no impide que esta situación despliegue efectos de cobertura de la Seguridad Social.

Y, al respecto, (siguiendo la argumentación de la STSJ Cataluña 13 de junio 2012, rec. 6699/2011)¹ articula una matriz argumentativa a partir de dos vectores:

- En primer lugar, asumiendo que en el ámbito laboral “el deportista profesional es asimilable a un trabajador, si bien con singularidades propias”, lo mismo puede decirse del de la Seguridad Social, pues, están plenamente integrados en el Régimen General, “con una serie de particularidades respecto a aspectos económicos y de determinación de bases reguladoras, pero sin hacer ninguna distinción en cuanto a la acción protectora”.

La particularidad es que, a pesar de que el Acuerdo de Medidas de Seguridad Social de 2006, especificó que, en materia de incapacidad permanente total, debían excluirse “aquellas profesiones cuyos requerimientos físicos resultan inasumibles a partir de una determinada edad. Estas profesiones se determinarán reglamentariamente, previa comprobación de que los cotizantes a las mismas se mantienen en su práctica totalidad en edades inferiores a los 45 años” (apartado III 2 c), esta previsión no ha sido concretada normativamente (“no deja de ser criticable que el Legislador no haya previsto ninguna singularidad de este colectivo”).

¹ Que deniega la reclamación de incapacidad permanente total de un deportista profesional a los 37 años de edad y 8 años más tarde de haberse retirado.

No obstante, la STSJ Cataluña 13 de junio 2012 (rec. 6699/2011) entiende que “el sentido común debe llevarnos a una interpretación finalista de la propia institución de la prestación de la incapacidad permanente”. Y, al respecto, recuerda que se trata de una renta de sustitución: esto es, una compensación económica a aquellas personas que por sus condiciones ya no pueden ejercer ningún tipo de actividad –el grado de absoluta–, o la que hasta ese momento había sido su fuente de ingresos –el grado de total–. De modo que lo que se compensa es que “no pueda continuar ejerciendo este bagaje profesional hasta el momento de la jubilación – que no es otra cosa que la incapacidad permanente presumida por el Legislador por razón de la edad”.

- Y, en segundo lugar, afirma que, tratándose de un Club español y de acuerdo con el principio de territorialidad que rigen las relaciones de trabajo *ex art. 25 LOPJ*, los accidentes de futbolistas desplazados al extranjero ocurridos en esta competición pueden calificarse como accidente de trabajo, de acuerdo con el art. 115 LGSS, dado que uno de los efectos de la prestación de servicios en este régimen de relación especial es que despliega sus efectos en materia de Seguridad Social y, consecuentemente, también ante siniestros ocurridos a los futbolistas.

En definitiva, a la luz de estos argumentos, el TSJ desvirtúa el esquema de la primera denuncia esgrimida por la Mutua (esto es, que el Club no ejercía las funciones de empresario en el momento de producirse las lesiones en junio de 2006 y, por tanto, que el accidente debía calificarse como no laboral). De modo que entiende que la patología actual de la rodilla que presenta el futbolista después de la complicación derivada de la infección en 2008, puede subsumirse en el art. 115.2 g) LGSS².

3.2. Elementos para aceptar la infracción del art. 137.4 LGSS

La argumentación del TSJ para aceptar este motivo de denuncia de la Mutua se articula, por un lado, a partir de la definición de la incapacidad permanente; y, por otro, en las “específicas notas de la profesión de futbolista profesional” y su relación con la citada prestación.

En relación a la conceptualización de la incapacidad permanente total, lógicamente parte de su definición legal (*ex art. 136.1* y de los grados descritos en el art. 137.4 y 3 – *ex DT 5ª bis LGSS*) y de su interpretación conforme a la doctrina jurisprudencial³. Y, en este caso, es determinante que, con posterioridad a la intervención quirúrgica, el trabajador prestara servicios para el Club francés. Y, aunque no conste que jugara partidos, la sentencia estima que debe entenderse que participaba en las actividades profesionales que le exigían y, además, repara que si lo contrataron es porque lo consideraron apto para la profesión (sin que se haya puesto en duda que la profesión del trabajador fuera la de futbolista, ni que efectivamente esta

² Esto es: “Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

³ Y que exige una objetivación de unas lesiones que por su propia gravedad comporten determinadas limitaciones a quien las padece, y que estas limitaciones, relacionadas con las exigencias del trabajo propio de la profesión del afectado, determinen su ineptitud para continuar desarrollando aquellas actividades principales o fundamentales de la profesión en las condiciones de rentabilidad propia del trabajo por cuenta ajena.

fuera la que ha desarrollado de forma más prolongada, ni tampoco que efectivamente fuera esta cuando solicitó la prestación)⁴.

En relación a las específicas notas de la profesión de futbolista, la sentencia, de nuevo, toma como referencia la argumentación de la sentencia de la misma Sala de 13 de junio 2012 (rec. 6699/2011). Antes de proceder a la exposición de esta fundamentación, y como se expondrá posteriormente en la valoración crítica, es importante tener en cuenta que, en el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña en junio de 2012, el deportista solicita la prestación cuando tiene 37 años y lleva 8 retirado (y por este motivo es denegada). Circunstancia que es sensiblemente distinta a la que resuelve la sentencia objeto de comentario (solicitud sin superar los 31 años de edad y con un contrato profesional vigente). Diferencia que, como se observará al analizar el fallo del TS, tendrá una importancia determinante.

No obstante, volviendo a la argumentación de la sentencia de octubre de 2014 (y que recoge la literalidad de la de junio de 2012), los elementos más destacados son los siguientes:

- Primero: “un trabajador ‘ordinario’ tiene derecho a las prestaciones del sistema –por tanto, que la caja común le abone la pérdida de rentas– cuando se encuentra imposibilitado para continuar ejerciendo la actividad o profesión que ha conformado su carrera profesional, incluso aunque cambie de profesión en el interin”.

De modo que –afirma– el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de por vida hasta la jubilación no resulta aplicable cuando “la actividad de la que se trata resulta imposible de ejercer hasta el momento del fin de la capacidad laboral activa de la persona por jubilación”.

- Segundo: “como la experiencia pone en evidencia –salvando notorias excepciones muy puntuales–, la vida activa de un futbolista profesional no continua más allá de los treinta años y pico” (“trenta anys i escaig”). Por este motivo, prosigue la sentencia de junio de 2012 –y que hace suyo la de 2014–, la doctrina judicial estima que “la incapacidad permanente total es plenamente aplicable cuando la lesión –que es un accidente de trabajo– impide al deportista continuar prestando sus servicios profesionales a lo largo de su vida activa como tal, y, en consecuencia, dentro de la edad ‘normal’ de su ejercicio”.

Planteamiento que queda corroborado, en la medida que una lesión puede poner fin a la carrera profesional de un deportista antes de que hubiera tenido que retirarse por razón de la edad (de hecho, el art. 13.d RD 1006/1985 prevé una singular indemnización para estos casos), aunque fuera avanzada (SSTSJ Cataluña 18 de marzo 1998, rec. 6101/1997; y 3 de abril 2008, rec. 583/2007).

- Tercero: Ahora bien, en la medida que la prestación por incapacidad permanente total, como se ha apuntado, es una renta de sustitución, en el caso de los deportistas, difícilmente puede reconocerse si no existe ninguna renta que sustituir si

⁴ En este sentido, aunque la sentencia no repara en ello explícitamente en su fundamentación, no parece que el hecho de que el trabajador, en la solicitud de la prestación al INSS, indique que la última empresa en que había trabajado había sido Granada 74, SAD (y no el equipo francés) tenga alguna incidencia al respecto.

se ha retirado. En concreto, afirma, la lógica que disciplina el reconocimiento de la incapacidad no resulta de aplicación cuando el agravamiento de las lesiones debuta con carácter impositivo con posterioridad al finalizar la vida profesional activa del deportista”⁵.

A partir de estos elementos, la STSJ Cataluña 20 de octubre 2014 (rec. 2736/2014) estima el recurso de la Mutua (revocando la sentencia de la instancia y confirmando la resolución del INSS) porque entiende que, aunque estaba en activo durante la temporada 2010/11, en el momento que hace la solicitud de la prestación (diciembre de 2010 – también en activo) y con treinta años y pico (“treinta anys i escaig”) había finalizado su vida profesional activa.

El trabajador, disconforme, presentó un recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, la STSJ Cantabria 13 de octubre 2003 (rec. 578/2003). En esta sentencia se declara una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo para su profesión habitual de un futbolista del Real Racing Club, que había sufrido un accidente de trabajo el 30/11/1999, siendo dado de alta el 04/03/2001 (a los 31 años).

Superado el juicio de contradicción (pese a la oposición del Ministerio Fiscal)⁶, la STS 20 de diciembre 2016 (rec. 535/2015) procede a la exposición de la fundamentación que le llevará a confirmar la doctrina de la sentencia de contraste y, por consiguiente, a estimar como ajustado el fallo de la sentencia de la instancia.

4. FUNDAMENTACIÓN DE LA STS 20 DE DICIEMBRE 2016 (REC. 535/2015)

El principal argumento del trabajador para fundamentar el recurso de casación es que no es admisible que el factor de la edad (tener 30 años y pico) determine la denegación de la prestación “por cuanto no existe norma alguna que impida el acceso a la incapacidad en cualquiera de sus grados a los deportistas profesionales a partir de una determinada edad, ‘debiéndose aplicar el clásico brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*’”.

Este criterio también es compartido por el Ministerio Fiscal, pues, “carece de entidad jurídica la afirmación relativa a la edad del demandante futbolista profesional de 30 años de edad, unido a la afirmación que hace la sentencia recurrida de que se encuentra al final de su carrera, puesto que es sobradamente conocido que gran número de futbolistas alargan su vida profesional más allá de los 30 años con éxito, y además en el presente caso el demandante perteneció durante la temporada 2010-2011 a la plantilla del Limonest. Asimismo, refiere que

⁵ Y, añade: “una lógica contraria nos llevaría a la conclusión absurda que cualquier futbolista que hubiera sufrido una lesión más o menos grave pudiera acceder a la pensión de incapacidad permanente cuando las consecuencias de la misma se agravaran por razón de la edad, aunque se encontrara a punto de cumplir la edad legal de jubilación. Por este motivo, la Sala ha considerado que si después de las lesiones el futbolista ha continuado su vida activa, como es el caso, no puede pretender después de su retiro acceder a una incapacidad permanente total, dado que su vida profesional ha finalizado (...). O (...), no puede considerarse que la profesión habitual sea la de futbolista cuando (...) se está ejerciendo otra profesión después del retiro, precisamente por la imposibilidad de continuar realizando aquella actividad por razón de la edad”.

⁶ “se aprecia la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, pues llegan a soluciones distintas al resolver dos supuestos semejantes. En ambas se plantea si un futbolista profesional que ha cumplido ya los treinta años puede ser declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, sin que se discuta la contingencia ni las lesiones invalidantes”.

el RD 1006/1985 de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no establece especialidad alguna en relación con la edad de estos profesionales”.

El TS asumirá íntegramente esta batería de argumentos para confirmar el criterio de la sentencia de contraste. No obstante, también comparte numerosos elementos con la sentencia recurrida. Así, coinciden a la hora de entender que lesión padecida constituye un accidente de trabajo (*ex art. 115.2.g LGSS*) y que las dolencias imposibilitan o incapacitan en forma total para realizar las funciones esenciales propias de su profesión habitual (*art. 137 LGSS*). En paralelo, también convergen en que no se ha discutido que su profesión sea la de futbolista, que las complicaciones en las patologías se producen cuando efectivamente desarrollaba esta actividad y que ésta era ejercida de forma más prolongada.

No obstante, como se ha avanzado, siguiendo el planteamiento del Ministerio Fiscal y del recurrente, considera que, partiendo de la base de que el futbolista se encuentra en activo cuando solicita la prestación (está en plantilla para un Club de fútbol) y cumple los requisitos para el reconocimiento de la incapacidad solicitada, “no puede utilizarse en su contra una presunción acerca del fin de su actividad laboral por razones de edad. Y ello a mayor abundamiento, por cuanto tampoco ha sido causa de la denegación de la incapacidad por el INSS” (sino por no reunir el requisito de la incapacidad permanente).

En definitiva, discrepa “en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física sino por su edad”.

Motivo por el cual estima el recurso y confirma la sentencia de la instancia.

5. (BREVE) VALORACIÓN CRÍTICA: UN PRONUNCIAMIENTO AJUSTADO

Como se ha avanzado en un epígrafe anterior, la clave de la STSJ Cataluña 20 de octubre 2014 (*rec. 2736/2014*) –y del caso– es que recurre miméticamente a la argumentación de la sentencia de la misma sala de junio de 2012, cuando –a mi entender– las circunstancias no son plenamente coincidentes: en este caso, el deportista solicita la prestación cuando tiene 37 años y lleva 8 retirado (y por este motivo es denegada); y, en el caso de octubre de 2014, la solicitud se produce sin superar los 31 años de edad y con un contrato profesional vigente⁷.

La Sentencia del TSJ de Cataluña de junio de 2012 recurre a la edad precisamente para reconocer la posibilidad de conceder una prestación por incapacidad permanente total atendiendo a las particularidades de la profesión y no para denegársela. Esto es, si la lesión impide al deportista “continuar prestando sus servicios profesionales a lo largo de su vida activa como tal, y, en consecuencia, dentro de la edad ‘normal’ de su ejercicio” y no para reconocérsela cuando está retirado (normalmente porque la edad la impide mantener el mismo rendimiento físico). En cambio, la sentencia de octubre 2014 interpreta que la edad en sí misma es un factor suficiente para denegar la prestación, sin reparar en si está activo o no cuando lo solicita.

⁷ Aunque, como se ha indicado la sentencia no repara que el trabajador indica en su solicitud al INSS que su último club no es el equipo francés.

El criterio mantenido por el TSJ de Cataluña en junio de 2012 es ajustado y estimo que esta doctrina no se ve afectada por el criterio del Tribunal Supremo. Especialmente, porque el Alto Tribunal, sin excesivo detalle, se limita a indicar que, estando en activo, la edad no puede ser un elemento suficiente para denegar el reconocimiento de la prestación. Y, en este sentido, puede entenderse que ambas sentencias se alinean, porque el TSJ de Cataluña en junio de 2012 implícitamente parece mantener el mismo criterio.

De hecho, a la luz de esta doctrina, se induce que podría colegirse que, con independencia de lo cerca que esté el retiro de un profesional (y, por lo tanto, de la edad que tenga), el mero hecho de estar en activo debería ser suficiente para entender que puede acceder a la prestación de incapacidad permanente.

En todo caso, como denuncia el TSJ de Cataluña en la sentencia de junio de 2012, sería muy conveniente que, teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de deportistas profesionales tienen una vida laboral corta atendiendo a los requerimientos que el esfuerzo físico comporta y la evolución crono-fisiológica del cuerpo humano y que padecen un evidente riesgo profesional, generalmente en forma de lesiones como consecuencia del dicho esfuerzo, es difícilmente comprensible que el legislador no haya previsto ningún tipo de singularidad para este colectivo (salvo la insuficiente indemnización del art. 13.d RD 1006/1985).

La compatibilización de la protección por desempleo y el trabajo a tiempo parcial: ¿una nueva línea jurisprudencial restrictiva? (a propósito de la STS de 14 de junio de 2016)

The compatibilization of protection for unemployment and part-time job: a new restrictive jurisprudential line? (for the purpose of the STS of june 14, 2016)

SUSANA DE LA CASA QUESADA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

En la STS de 14 de junio de 2016, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora a la que se le impone como sanción la extinción del subsidio por desempleo y la exclusión del derecho a percibir la prestación o subsidio por 12 meses, más la devolución de la cantidad percibida por haber compatibilizado la percepción del subsidio por desempleo con la realización del trabajo a tiempo parcial sin haber comunicado previamente el mismo, dándose la particularidad de que en el momento de los hechos, si bien la actora había solicitado el subsidio, no era conocedora de la concesión del mismo, pues la resolución de dicha concesión es veinte días posterior al momento del inicio de la prestación de servicios.

Abstract

In the STS of June 14, 2016, the cassation appeal is rejected for the unification of doctrine filed by the plaintiff which imposes as a penalty the termination of the unemployment benefit and the exclusion of the right to receive the benefit or allowance for 12 months, plus the return of the amount received for having reconciled the receipt of unemployment benefit with the performance of part-time work without having previously communicated the same, given the particularity that at the time of the events, although the worker had requested the subsidy, was not aware of the concession of the same, since the resolution of said concession is twenty days after the start of the provision of services.

Palabras clave

Compatibilidad, trabajo a tiempo parcial, desempleo, ausencia de comunicación

Keywords

Compatibility, part-time work, unemployment, absence of communication

1. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El 16 de mayo de 2012 se reconoció a Doña Encarnación la percepción del subsidio por desempleo desde el 28/04/2012 al 14/10/2012.

El día 28 de abril de 2012 a las 18:00 horas la Inspección de Trabajo constata que Doña Encarnación se encontraba trabajando, manifestando la trabajadora que había comenzado ese mismo día a las 13:00 y sin que estuviese dada de alta ni a tiempo completo ni a tiempo parcial. El día 30 de abril de 2012 fue comunicada el alta a la TGSS de la trabajadora con fecha de 28 de abril de 2012 en la modalidad de contrato a tiempo parcial.

El día 11 de diciembre de 2012, se dictó resolución en la que se sancionaba a Doña Encarnación con extinción y exclusión del derecho a percibir este subsidio por 12 meses, así como la devolución del subsidio percibido por cuantía de 1.237,99 euros. Dicha resolución fue confirmada por la resolución de fecha 25 de febrero de 2013.

Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Tortosa en los autos seguidos con el nº 251/2014 a instancia de Doña Encarnación contra el Servicio Público de Empleo Estatal, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, desestimamos la demanda y absolvemos al demandado frente a todos sus pedimentos.»

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formaliza por la representación procesal de Doña Encarnación el recurso de casación para la unificación de doctrina, objeto de este comentario.

2. EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

La sentencia recurrida, dictada el 31 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del TSSJ de Cataluña, revocando la de instancia, desestima la demanda rectora del proceso y confirma así la resolución administrativa impugnada, sin variar en nada la relación de hechos probados de instancia pues rechaza las revisiones de tal naturaleza postuladas en el recurso de suplicación.

Dicha Sala, después de transcribir los preceptos denunciados por el SPEE: 221.1 y 231.1 LGSS; 26 y 47.1.c LISOS ; 15.2 y 5, y 28.2 del RD 625/1985, estima su recurso de suplicación con la siguiente argumentación literal: *“Efectivamente, del inalterado relato de hechos probados resulta que la actora, habiendo solicitado la percepción del subsidio por desempleo, aunque antes de conocer la resolución por la que se le concedería (de 16 de mayo de 2012), comenzó a prestar servicios laborales por cuenta ajena, de lo cual no consta que informara al SPEE, aun cuando estaba obligada a ello (231 LGSS y 28 RD 625/1985). El hecho de que simultaneara la percepción de esta prestación con la realización de un trabajo convierte tal cobro en indebido puesto que concurría la incompatibilidad prevista en el art. 221 de la LGSS, sancionada por la ley en los arts. 26 y 47 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Y esta conclusión no cambia por la circunstancia de que el trabajo fuera a tiempo parcial dado que para tal supuesto la ley se remite a la regulación reglamentaria, en la que consta igualmente tal incompatibilidad aunque fuera tan solo referida a la parte proporcional del tiempo trabajado, pero de la que, en cualquier caso, no informó al SPEE, incumpliendo la obligación que le imponía el art. 28.2 de la misma norma reglamentaria”.*

La actora denuncia una “errónea aplicación e interpretación de lo dispuesto en los artículos 221.1 y 231.1e) del TRLGSS y 26.2 de la LISOS” e invoca como sentencia de contraste la dictada el 11 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal Supremo estima finalmente que la doctrina más ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida y que por tanto, el recurso de la demandante ha de ser desestimado.

Tras esta afirmación, el Tribunal Supremo se encarga de precisar que no consta dato alguno en la relación de hechos probados que confirme la aseveración de la actora según la cual “solicitó y se le aprobó la pertinente compatibilización entre la percepción del subsidio y el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial”, y ello al margen de que, incluso de ser ello cierto, ninguna incidencia tendría sobre el hecho sancionado, que no estriba tanto en la incompatibilidad entre prestación y trabajo a tiempo parcial cuanto en la ausencia de comunicación de esta última circunstancia que sólo fue descubierta gracias a la intervención de la Inspección de Trabajo.

Planteado el pronunciamiento que lleva al Tribunal Supremo a desestimar el recurso para unificación de doctrina por entender que la doctrina de la sentencia recurrida es ajustada a derecho procede a continuación comprobar si efectivamente esto es así o merece una crítica tal fundamentación.

A tal fin se abordará la citada comprobación sobre los dos elementos que configuran el tipo infractor: la compatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial y la ausencia de comunicación de las causas de suspensión o extinción de la prestación por desempleo.

3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 14 de junio de 2016, objeto de este comentario, justifica la desestimación del recurso en el hecho de “no poner en conocimiento del SPEE la efectiva realización de servicios por cuenta ajena, aunque fuera a tiempo parcial, mientras se percibe la prestación y que el mismo constituye una infracción grave, prevista así en el art. 25.3 de la LISOS, sancionable con la extinción en el art. 47. 1.b) de la misma disposición, igual que lo sería de ser calificada como muy grave en virtud de lo dispuesto en la letra c) de ese mismo art. 47.1 si atendemos a que la incompatibilidad entre trabajo y prestación no surge sólo con el percibo de ésta sino con la mera solicitud (art. 26.2 LISOS)”.

Y es en esta última afirmación dónde radica la principal crítica que a nuestro juicio merece la argumentación de la sentencia recurrida y que comparte la sentencia del Tribunal Supremo.

En el momento de la visita de la inspección de trabajo (28 de abril de 2012), la actora desconocía la resolución de concesión del subsidio, pues ésta fue posterior (16 de mayo de 2012), por tanto hasta dicho momento su condición era la de mera solicitante del subsidio.

Según la argumentación de la sentencia, y en aplicación del vigente artículo 26.2 LISOS, la mera solicitud ya es causa justificativa para entender que existe incompatibilidad entre el trabajo y la prestación. Sin embargo, esta afirmación no plantearía problema si los hechos acaecidos hubieran ocurrido tras la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social que modificó el contenido del artículo 26.2 que hasta ese momento recogía como infracción “Compatibilizar el percibo de

prestaciones o subsidio por desempleo...” para establecer, a partir de ese momento, como tipo infractor, no sólo el percibo sino también la solicitud de las prestaciones o subsidio por desempleo; redacción del artículo 26.2 LISOS que se mantiene en la actualidad.

Con anterioridad a esta modificación, la STS de 5 de septiembre de 1995, basándose en el hecho de que la prestación nace a partir de la situación legal de desempleo siempre que ésta se solicite dentro del plazo de los 15 días siguientes, había determinado que la prohibición de trabajar operaba desde que se le notifica al solicitante la aprobación de la concesión de la prestación pues a partir de ese momento ya se es conocedor de la condición de receptor de la misma.

Tras la redacción dada por Ley 13/2012 al tipo infractor que comentamos, también es sujeto activo el solicitante de la prestación, lo que permite retrotraer a un estadio temporal anterior la comisión de la infracción que pasa a poder cometerse desde el momento en que se solicita la prestación y aún antes de que sea conocida su concesión.

Por tanto, en aplicación de la regulación coetánea al momento de los hechos, debemos concluir que la actora desconocía que se le había concedido el subsidio por desempleo, pues la fecha de la resolución es posterior aunque con efectos retroactivos al día de la visita de la Inspección de Trabajo, lo que deja sin efectividad, pues no es aplicable la redacción dada al artículo 26.2 LISOS por la Ley 13/2012, la afirmación recogida en el Fundamento de Derecho Tercero *in fine* de la STS de 14 de junio de 2016, según la cual *“la incompatibilidad entre trabajo y prestación no surge sólo con el percibo de ésta sino con la mera solicitud”*.

Pero no es ésta la única conducta infractora que se le achaca a la actora, es más, la compatibilidad o no de la prestación con el trabajo llevado a cabo ocupa en la fundamentación del tribunal un segundo plano, desde el momento en que el principal argumento que se esgrime para desestimar el recurso y confirmar la sanción impuesta por la sentencia recurrida es la ausencia de comunicación a SPEE de la causa de suspensión o extinción de la prestación por desempleo.

4. LA AUSENCIA DE COMUNICACIÓN DE LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Es también el Fundamento de Derecho Tercero el que se ocupa de la valoración de la existencia o no de la infracción de los preceptos 25.3 y 26.2 de la LISOS y sus correspondientes sanciones recogidas en el artículo 47.1 b) y c) del mismo cuerpo legal.

Para ello, partiendo de la afirmación de que la conducta de la actora consistente en no comunicar al SPEE el inicio de la prestación de servicios, aunque sea a tiempo parcial, constituye una infracción grave prevista en el artículo 25.3 LISOS y sancionable con la extinción en virtud del artículo 47.1 b) LISOS, se remite a la fundamentación recogida en la STS de 13 de mayo de 2015 según la cual *“conductas como la de la hoy recurrente incurrir en una infracción grave del art. 25.3 de la LISOS, y aunque la misma pudiera calificarse como muy grave, la sanción establecida en cualquiera de los casos por el art. 47 de dicha Ley, no es sino la extinción de la prestación, cabiendo resaltar, como también hace acertadamente el Ministerio Público, que, además, en este caso concreto, la resolución del SPEE se refiere a ambos tipos de infracción al citar expresamente los arts. 25.3 y 26.2 de la propia Ley”*.

Llegados a este punto conviene realizar una importante matización para aclarar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicar al SPEE las causas señaladas legalmente como motivadoras de la suspensión o de la extinción de la prestación por desempleo. En este sentido, el Capítulo III del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS) regula las “Infracciones en materia de Seguridad Social” y su Sección Segunda se ocupa de las “Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones”. El artículo 24 contempla las infracciones leves, el 25 las graves y el 26 las muy graves; siendo el artículo 47 del mismo texto legal el que recoge las sanciones aplicables a cada una de dichas infracciones.

Aunque en un principio pudiera parecer que el caso que nos ocupa tiene cabida en el artículo 25.1 de la LISOS, que señala como infracción grave “*Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente*”, enseguida hemos de advertir que es la salvedad recogida en este artículo y su remisión al 26.2 la verdaderamente aplicable al caso en cuestión pues es este precepto en el que se contempla específicamente los hechos que acontecen en el caso de la sentencia comentada consistentes en la simultaneidad de prestaciones o subsidios por desempleo y el trabajo por cuenta propia o ajena, para venir a calificar como infracción muy grave: “*Compatibilizar el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente....*”

En consecuencia, cuando la superposición ilegal entre percibo de prestaciones y trabajo va referida a las de desempleo debe acudir al artículo 26 (muy graves) y no al 25 (graves) tanto por la mayor especificidad de la regla cuanto por la remisión interna que la LISOS realiza.

A la misma conclusión nos conduce la aplicación del artículo 25.3 LISOS, cuya conducta infractora también se alega en el caso comentado y que recoge como infracción grave “*No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación*”.

El artículo 47.1.b) LISOS precisa que la consecuencia sancionadora principal para el supuesto del artículo 25.3 LISOS cuando se trata de perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo es la misma que si nos encontramos en el caso del artículo 26.2 LISOS: “la sanción será de extinción de la prestación”.

Si bien, en el caso de la infracción a la que se refiere el artículo 26.2 LISOS y calificada como de muy grave, es posible, como de hecho ha ocurrido en el caso de la sentencia objeto de este comentario, añadir una sanción a la extinción de la prestación consistente en la exclusión del derecho a percibir el subsidio por desempleo durante 12 meses (artículo 47.1 c) LISOS).

Por tanto, es necesario establecer dos importantes diferencias entre ambos ilícitos administrativos. Mientras que del tenor literal del artículo 25.3 LISOS se extrae que la

conducta sancionable hace referencia a aquellas situaciones en las que ya se ha percibido indebidamente la prestación; sin embargo, el art. 26.2 LISOS no exige que se haya producido esta percepción indebida por lo que el beneficiario incurre en este ilícito desde el momento en que inicie la prestación profesional.

A pesar de esta diferenciación, la utilización indistinta de uno u otro tipo infractor es muy común con la consiguiente inseguridad jurídica que para el beneficiario conlleva, ya que si el legislador ha tipificado de manera específica como infracción muy grave una de ellas, lo que procede aplicar para solventar el concurso de infracciones del 25.3 y el 26.2 LISOS es el principio de especialidad conforme al cual resulta aplicable el art. 26.2 LISOS.

En el caso que nos ocupa la diferenciación que acabamos de exponer es irrelevante puesto que la resolución de extinción y exclusión del derecho a la percepción del subsidio durante 12 meses (de 11 de diciembre de 2012), es bastante posterior a la fecha de inicio de la percepción (28 de abril de 2012), por lo que se dan los hechos subsumibles en ambos tipos sancionables. Lo que sí es reprochable es que en el texto de la sentencia se afirme que “las consecuencias sancionadoras están parificadas cuando se comete una falta grave del artículo 25.3 o una muy grave del artículo 26.2 LISOS” cuando acabamos de demostrar que no es así y que la sanción aplicable a la infracciones muy graves pueden conllevar, como de hecho ocurre en la sentencia comentada, una sanción adicional a la extinción de la prestación o subsidio como es la exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año... (artículo 47.1 c) LISOS).

Especial atención merece igualmente el momento en el cual ha de cumplirse con la obligación de informar de la causa de suspensión o extinción del derecho.

Atendiendo siempre a la regulación coetánea al hecho comentado, el artículo 231.1.e) LGSS contempla como obligación de los trabajadores la de “*Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción*”.

En este sentido, el art. 28.2 RD 625/1985, en su versión vigente en el momento de los hechos recogía que “Cuando se produzca una causa de suspensión o extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo, el trabajador estará obligado a entregar en la correspondiente Oficina de Empleo la documentación acreditativa de dicha causa. En los supuestos de colocación, el trabajador deberá comunicarla a la citada Oficina **en el momento** en que se produzca.”

Tras la reforma operada en este precepto por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, se introdujo una modificación en la parte final del mismo que establece “...*Cuando la causa de suspensión correspondiese a la realización de trabajos incompatibles con este derecho, tal circunstancia deberá comunicarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios*”.

De esta manera se evita la compatibilización indebida de las prestaciones “en los supuestos en los que el empresario o el propio trabajador solicitan el alta en Seguridad Social

fuera de plazo como consecuencia de la actuación inspectora”, como señala en su Exposición de Motivos, la citada ley.

Es señalar que con esta modificación no se hace sino retomar los claros términos en los que esta obligación venía prevista en el art. 26 e) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, conforme al cual el trabajador debía “solicitar la baja en las prestaciones por desempleo antes de la reincorporación al trabajo”.

5. VALORACIÓN DEL FALLO

Tras todas estas consideraciones procede finalmente valorar si el fallo del Tribunal Supremo consistente en la desestimación del recurso y la confirmación de la decisión final adoptada por la sentencia recurrida es o no adecuado, atendiendo a la regulación contemporánea al momento de los hechos.

Los preceptos legales que han de tenerse en cuenta para la correcta valoración del caso, según el Tribunal Supremo, confirmando éste la fundamentación de la STSJ de Cataluña, objeto del recurso, son los artículos 221.1 y 231.1 LGSS; los artículos 25.3 y 26.2 LISOS y el artículo 28.2 RD 625/1985.

El artículo 221.1 si bien establece la incompatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia; en el caso del trabajo por cuenta ajena, permite la compatibilidad, deduciendo del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

En el caso comentado, efectivamente, se produce una situación de percepción del subsidio de manera simultánea a la realización de un trabajo por cuenta ajena, pero a tiempo parcial, luego sería de aplicación la salvedad que el artículo 221.1 establece respecto al mismo.

Por otro lado el artículo 231.1 e) LGSS obliga al trabajador a “*Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.*”

Poniendo los dos artículos anteriores en relación con los artículos 25.3 y 26.3 de la LISOS, los tribunales entienden que la actora comete una falta grave al no comunicar la causa de la suspensión o extinción (art. 25.3 LISOS) y una falta muy grave al compatibilizar la percepción del subsidio con el trabajo por cuenta ajena (art. 26.2 LISOS).

Como dijimos anteriormente, para ambas infracciones la sanción principal es la misma, la extinción de la prestación o subsidio, si bien, en el caso de las faltas muy graves, se le puede añadir, como ocurre en el caso de la sentencia comentada una sanción adicional consistente en la exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica durante un año.

Por último, y como ya hemos tenido objeto de analizar en el apartado anterior, la correcta aplicación del artículo 28.2 del RD 625/1985, nos lleva a afirmar que la comunicación de la causa no ha de ser con carácter previo a la realización del trabajo.

En este sentido, es cierto que la actora comienza a prestar servicios a tiempo parcial el día 28 de abril de 2012, cuando había solicitado el subsidio pero aún no sabía que se le había concedido, pues la fecha de la resolución es de 16 de mayo de 2012. Aunque el período reconocido para la concesión comience el día 28 de abril, no hemos de olvidar que la resolución se produce 18 días después de la visita de la Inspección de Trabajo.

Por tanto, la actora compatibiliza el percibo del subsidio por desempleo con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, sin haberlo comunicado, durante dos días (28 y 29 de abril), pues no olvidemos que el lunes, día 30 de abril se comunica el alta de la trabajadora a través de un contrato a tiempo parcial.

Como se expuso anteriormente, fue a partir de la reforma de este precepto por la Ley 1/2014, cuando se estableció la obligación de comunicar estas situaciones “*con carácter previo al inicio de la prestación de servicios*”.

Si bien, esta modificación puso fin a la posibilidad –admitida por cierta doctrina judicial– de que la labor de la Inspección resultase desactivada cuando, tras la visita inspectora, el trabajador descubierto comunica al SPEE el inicio de la actividad por cuenta ajena, solicitando la baja, en el momento de los hechos aún estaba vigente la regulación anterior a la reforma y por tanto ha de ser la aplicable a este caso.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, el motivo que en la sentencia se esgrime para fundamentar el fallo, debe ser matizado por todo lo dicho anteriormente.

Estamos de acuerdo en que la actora incumple el artículo 25.3 de la LISOS pero, como se ha visto, el momento en que finalmente cumple con la obligación allí establecida pudiera ser admitido como válido, pues no se exigía que fuera con carácter previo (artículo 28.2 RD 625/1985) y a esto se añade el hecho de que la actora cuando comenzó a trabajar, si bien había solicitado el subsidio, no sabía que le había sido concedido, pues se le concedió por resolución de 16 de mayo, aunque con efectos retroactivos al 28 de abril de 2012.

Por lo que se refiere al artículo 26.2 LISOS, si bien califica como infracción muy grave compatibilizar el percibo del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, añade una excepción a dicha incompatibilidad para los casos en los que el trabajo sea a tiempo parcial, como ocurre en el caso que nos ocupa.

En definitiva, y teniendo siempre presente la regulación coetánea al momento de los hechos, creemos que la STS de 14 de junio de 2016, impone una sanción excesivamente severa, no siendo el primer pronunciamiento judicial en este sentido, y siguiendo por tanto una línea jurisprudencial restrictiva, pues de los hechos probados podemos entender que la ausencia de comunicación de la actora corresponde a una causa justificada, como es el desconocimiento del hecho de que se le había concedido el subsidio, pues éste fue posterior. A esto se suma, como hemos visto, que no estaba obligada a comunicar la realización del trabajo con carácter previo, sino en el momento en que se produce, pudiendo entender como válido para cumplir esta exigencia el momento en que se comunicó.

Por último, no podemos pasar por alto que a pesar de lo anterior efectivamente se produce una compatibilización, permitida por la ley, del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial durante todo el tiempo de percepción del subsidio (del 28 de

abril al 14 de octubre de 2012), y que por tanto, la actora sí debe estar obligada a devolver la cantidad indebidamente percibida que es la resultante de deducir del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado, conforme al artículo 221.1 LGSS.

6. CONCLUSIONES

Del análisis del pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 2016, podemos extraer las siguientes conclusiones, las cuales han de entenderse también a modo de reflexión:

- Sería necesario y deseable revisar las reglas sobre incompatibilidad de la prestación y el subsidio por desempleo, pues la propia incompatibilidad es desencadenante del fraude, propiciando trabajos en ámbitos de economía sumergida para no perder las prestaciones o subsidios. Además, la mencionada incompatibilidad debería ser valorada en función de la situación de necesidad del sujeto beneficiario, pudiéndose establecer un nivel de ingresos mínimo, por encima del cual se aplicarían las reglas de incompatibilidad y la consiguiente reducción o extinción de la prestación o subsidio cuando se compatibilice con un trabajo. Con ello se disminuiría el fraude a la vez que se estaría facilitando el cumplimiento con el requisito de búsqueda activa de empleo y con el compromiso de actividad que exige la ley como uno de los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones. No puede mantenerse una rigidez legislativa auspiciada por el “miedo al fraude”. No olvidemos que el artículo 41 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social, así como a garantizar que el ciudadano inmerso en situaciones de necesidad perciba prestaciones suficientes, “especialmente en caso de desempleo”.
- Los tribunales han de tener especial cuidado en la aplicación de la regulación coetánea al momento de los hechos sin que pueda influir en la interpretación de la misma modificaciones posteriores de la citada normativa, como parece deducirse del caso comentado.
- Para evitar equívocos, se debería introducir en la redacción del art. 25.3 LISOS una locución del tipo “salvo que resulte aplicable la infracción muy grave del art. 26.2 LISOS”.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas

LABORUM

El interés comparatista del contencioso Portugués de los accidentes de trabajo. Acerca de la jurisprudencia más reciente sobre el tema del Supremo Tribunal de Justicia Portugués

The comparative interest of Portuguese litigation on accidents at work. About the most recent case-law of the Portuguese Supreme Court of Justice

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

PROFESOR DOCTOR CONTRATADO INDEFINIDO
ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES
CENTRO ADSCRITO, UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

Si comparado con el ordenamiento jurídico español, el ordenamiento jurídico portugués posee una regulación muy detallada y actualizada del régimen jurídico de los accidentes de trabajo. Este trabajo analiza las peculiaridades del contencioso portugués de los accidentes de trabajo. Analiza también la más reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués sobre el tema, centrando el análisis en los supuestos de responsabilidad agravada del empresario y en los supuestos de accidente de trabajo in itinere.

Abstract

If compared with the Spanish legal order, the Portuguese legal order has a highly detailed and updated ruling of the accidents at work legal regime. This work analyses the peculiarities of Portuguese litigation on accidents at work. It also analyses the most recent case-law of the Portuguese Supreme Court of Justice on the subject, focusing it in the events of the employer's aggravated responsibility, and in the events of coming and going accidents at work.

Palabras clave

Accidentes de trabajo, Accidentes in itinere, Derecho comparado, Portugal, Responsabilidad agravada

Keywords

Accidents at work, Coming and going accidents, Comparative law, Portugal, Aggravated responsibility

1. LA SINGULARIDAD DEL CONTENCIOSO JUDICIAL PORTUGUÉS SOBRE EL TEMA

A diferencia del contencioso español de la seguridad social –que es, como se sabe, contencioso administrativo, en lo tocante a la gestión instrumental, y contencioso laboral, en lo tocante a la gestión de prestaciones¹–, el contencioso portugués de la seguridad social es, en cambio y en principio, contencioso administrativo de competencia de los tribunales administrativos portugueses. Así lo establece la norma portuguesa estructuradora de la seguridad social, que es la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, aprobando las bases generales del sistema de seguridad social (*bases gerais do sistema de segurança social*) –manejable, como la generalidad de normas de la República portuguesa, en el sitio oficial en Internet de la Procuraduría General de la República en Lisboa²–, cuyo artículo 77 (rotulado «Garantías

¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), págs. 241 y ss.

² Ubicado en www.pgr.pt.

contenciosas [*Garantias contenciosas*]) afirma que «las acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso en los Tribunales Administrativos [*ações e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa no termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*]]³. Esta es, sin embargo, sólo la regla general, pues el ordenamiento jurídico portugués presenta una singularidad muy grande en materia de seguridad social –de la que es plenamente consciente la doctrina científica laboralista portuguesa–, dado que la regulación del accidente de trabajo (y de la enfermedad profesional) no es en Portugal Derecho de la Seguridad Social, sino Derecho puro y duro del Trabajo, lo que se refleja, a su vez, en el contencioso judicial de los riesgos profesionales, que no es en el país vecino contencioso administrativo, sino contencioso laboral (al igual que sucede en España, como acaba de decirse, en materia de gestión de prestaciones de seguridad social)⁴.

En efecto, el régimen jurídico básico de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales aparece contenido en el vigente Código portugués del Trabajo (*Código do Trabalho*), aprobado por Ley núm. 7/2009, de 12 febrero, y más en concreto en el Capítulo IV (rotulado «Prevención y reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [*Prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais*])» del Título II del Libro I del mismo, artículos 281 a 284, afirmando este último que «lo dispuesto en este capítulo se regula en legislación específica [*o disposto neste capítulo é regulado em legislação específica*]]», la cual examinaremos un poco más abajo⁵. Lógicamente, esta peculiaridad provoca que los riesgos profesionales sean doctrinalmente concebidos en Portugal como una institución jurídico laboral más⁶. Pero lo que nos interesa poner de relieve es el hecho, desde un punto de vista procesal, de que el contencioso de los riesgos profesionales sea puro contencioso laboral, estableciéndolo así, de un lado, la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto, de Organización del sistema judicial (*Organização do sistema judiciário*), a cuyo tenor, «compete a las secciones de trabajo conocer, en materia civil . . . , de las cuestiones derivadas del accidente de trabajo y enfermedades profesionales»⁷; y de otro lado, el Código del proceso de trabajo (*Código do processo de trabalho*), aprobado por el Decreto Ley núm. 480/1999, de 9 noviembre, cuyo Capítulo II de su Título VI, artículos 99 a 155, se dedica monográficamente a regular la tramitación del correspondiente proceso laboral especial.

Si se focaliza la atención en el contencioso judicial portugués de los riesgos profesionales, otra singularidad muy grande viene dada por el hecho de que en este contencioso

³ Véase A.J.B. CONCEIÇÃO, *Legislação da segurança social. Sistematizada e anotada*, 5ª ed., Rei dos Livros (Lisboa, 2013), págs. 54-55.

⁴ Según B.G.L. XAVIER, *Direito do Trabalho. Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora (Lisboa, 2005), págs. 41-42, «aunque de la Constitución y de las orientaciones generales de las Leyes de seguridad social parezca resultar que los accidentes tienen su lugar en la Seguridad Social, el riesgo relativo a “accidentes de trabajo” está configurado entre nosotros como perteneciendo al Derecho del Trabajo y está tratado pormenorizadamente en el Código del Trabajo».

⁵ *Infra*, núm. 4.

⁶ Con referencia a los accidentes de trabajo, véase A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17ª ed., Almedina (Coimbra, 2014), págs. 254-255. Véase también, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina (Coimbra, 2010), págs. 877 y ss.; B.G.L. XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo (Lisboa, 2011), págs. 955 y ss.; y M.R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II*, 5ª ed. Almedina (Coimbra, 2014), págs. 861 y ss.

⁷ Artículo 126, apartado 1, letra c).

el Ministerio Público portugués intervenga, bien en defensa de los derechos e intereses del trabajador accidentado o enfermo, bien como parte accesoria en el pleito (esto último, supuesto que el trabajador haya contratado privadamente su propio profesional del Derecho), resultando claves a este respecto, de un lado, el ya citado Código de proceso del trabajo; y de otro lado, el Estatuto del Ministerio Público (*Estatuto do Ministério Público*), aprobado por Ley núm. 47/86, de 15 octubre. En cuanto al Estatuto del Ministerio Público, el precepto clave es su norma en la que se afirma que le corresponde «ejercer el patrocinio oficioso de los trabajadores y sus familias en la defensa de sus derechos de carácter social [*exercer o patrocínio oficioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social*]»⁸. Respecto del Código de proceso del trabajo, resulta ineludible citar, de un lado, la norma que afirma que «sin perjuicio del régimen de apoyo judicial, cuando la ley lo determine o las partes lo soliciten, el Ministerio Público ejerce el patrocinio ... de los trabajadores y sus familiares [*sem prejuízo do regime do apoio judiciário, quando a lei o determine ou as partes o solicitem, o Ministério Público exerce o patrocínio ... dos trabalhadores e seus familiares*]»⁹; y de otro lado, la relativa a que «apoderado el mandatario judicial, cesa la representación o el patrocinio que se estuviera ejerciendo, sin perjuicio de la intervención accesoria del Ministerio Público [*constituído mandatário judicial, cessa a representação ou o patrocínio oficioso que estiver a ser exercido, sem prejuízo da intervenção acessória do Ministério Público*]»¹⁰.

2. LA POTENCIA DE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA PORTUGUESA DEL TEMA

Como acaba de decirse, el Código portugués del Trabajo remite en materia de riesgos profesionales a lo que denomina la «legislación específica», la cual está representada en la actualidad por la Ley núm. 98/2009, de 4 septiembre, que «reglamenta el régimen de reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales [*regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais*]». Se trata de una norma gigante –sin equivalente en el Derecho español de la Seguridad Social, tanto a nivel legal como a nivel reglamentario¹¹–, pues consta de casi dos centenares de artículos, agrupados en seis Capítulos, de los que uno –el más extenso– trata monográficamente de los accidentes de trabajo¹², otro de las enfermedades profesionales¹³, y los cuatro restantes de disposiciones comunes a unos y otras¹⁴. En materia de accidentes de trabajo, la Ley núm. 98/2009 está construida sobre dos principios básicos. Desde la perspectiva comparatista, se trata de

⁸ Artículo 3, apartado 1, letra d).

⁹ Artículo 7, letra a).

¹⁰ Artículo 9.

¹¹ Recientemente sobre el tema, véase J.I. GARCÍA NINET, J. GARCÍA VIÑA y A. VICENTE PALACIO (Directores), *Manual básico de Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2016), págs. 139 y ss. Se encuentra, sin embargo, en línea con otros ordenamientos continentales europeos muy comparativamente significativos. Respecto de estos últimos, véase A. ARUFE VARELA, «El accidente de trabajo en dos ordenamientos codificados de seguridad social: Francia y Alemania», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: mutuas, aseguramiento y prevención*, La Ley (Madrid, 2008), págs. 383 y ss.

¹² Más en concreto, el Capítulo II (rotulado «Accidentes de trabajo [*Acidentes de trabalho*]»), artículos 3 a 92.

¹³ Más en concreto, el Capítulo III (rotulado «Enfermedades profesionales [*Doenças profissionais*]»), artículos 93 a 153.

¹⁴ Más en concreto, el Capítulo I (rotulado «Objeto y ámbito [*Objecto e âmbito*]»), artículos 1 y 2; el Capítulo IV (rotulado «Rehabilitación y reintegración profesional [*Reabilitação e reintegração profissional*]»), artículos 154 a 166; el Capítulo V (rotulado «Responsabilidad administrativa por violación de normas [*Responsabilidade contra-ordenacional*]»), artículos 167 a 173; y el Capítulo VI (rotulado «Disposiciones finales [*Disposições finais*]»), artículos 174 a 188.

principios a calificar de comunes y universales, al menos en el llamado primer mundo. En primer lugar, el principio de la responsabilidad objetiva del empresario, a que se refiere el artículo 8 de la norma, según el cual «es accidente de trabajo el que se produce en el lugar y en el tiempo de trabajo [*é acidente de trabalho aquele que se verifique no local e no tempo de trabalho*]¹⁵, teniendo en cuenta que se entiende por «“lugar de trabajo” todo lugar en que el trabajador se encuentra o deba dirigirse en virtud de su trabajo y en que esté, directa o indirectamente, sujeto al control del empresario [*“Local de trabalho” todo o lugar em que o trabalhador se encontra ou deva dirigir-se em virtude do seu trabalho e em que esteja, directa ou indirectamente, sujeito ao controlo do empregador*]¹⁶, y por «“tiempo de trabajo más allá del período normal de trabajo” el que precede a su inicio, en actos de preparación o relacionados con él, y el que le sigue, en actos también relacionados con él, e incluso las interrupciones normales o forzosas de trabajo [*“Tempo de trabalho além do período normal de trabalho” o que precede o seu início, em actos de preparação ou com ele relacionados, e o que se lhe segue, em actos também com ele relacionados, e ainda as interrupções normais ou forçosas de trabalho*]¹⁷. En segundo lugar, el principio del aseguramiento obligatorio de dicha responsabilidad objetiva –a materializarse, como ocurrió en España hasta 1966, mediante la suscripción de los correspondientes contratos de seguro con compañías de seguro privadas¹⁸–, afirmando a este respecto el artículo 79 de la Ley núm. 98/2009 que «el empresario está obligado a transferir la responsabilidad por la reparación prevista en la presente Ley a entidades legalmente autorizadas para practicar este seguro [*o empregador é obrigado a transferir a responsabilidade pela reparação prevista na presente lei para entidades legalmente autorizadas a realizar este seguro*]¹⁹».

Desde un punto de vista comparatista, cabe destacar la modernísima regulación que la Ley núm. 98/2009 efectúa del «accidente de trayecto [*acidente de trajecto*]²⁰, también denominado en portugués «accidente *in itinere*»²⁰, la cual contrasta con las solo catorce palabras que dedica al tema el Real Decreto Legislativo 8/2015, aprobando el texto refundido de nuestra cuarta y actualmente vigente Ley General de la Seguridad Social²¹. Si no he contado mal, el artículo 9 de la Ley portuguesa (rotulado «Extensión del concepto [*Extensão do conceito*]²²», esto es, del concepto de accidente de trabajo propiamente dicho o en sentido estricto) dedica a la regulación del accidente *in itinere* más de doscientas cincuenta palabras, presididas por la regla general de que también se considera accidente de trabajo el ocurrido «en el trayecto de ida para el lugar de trabajo o de regreso de éste [*no trajecto de ida para o local de trabalho ou de regresso deste*]²², sobre la base de que dicho accidente comprende el «que se produzca en los trayectos normalmente utilizados y durante el período de tiempo habitualmente empleado por el trabajador [*que se verifique nos trajectos normalmente*

¹⁵ Apartado 1.

¹⁶ Apartado 2, letra a).

¹⁷ *Ibidem*, letra b).

¹⁸ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes, SA (Santiago de Compostela, 1990), págs. 32 y ss.

¹⁹ Apartado 1.

²⁰ Véase, en su versión en lengua portuguesa, el artículo 34, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

²¹ Véase artículo 156, apartado 2, letra a), que se refiere literalmente a «los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo».

²² Apartado 1.

*utilizados e durante o período de tempo habitualmente gasto pelo trabalhador}]»²³. Con la finalidad de resolver supuestos dudosos, el propio precepto detalla luego una serie de casos expresamente considerados accidentes de trabajo *in itinere*, debiendo tenerse en cuenta el alto interés comparatista de muchos de ellos –aunque sólo sea por causa del hecho de que nuestra jurisprudencia laboral, auto-esclavizada por la noción de «domicilio», no los consideraría en absoluto verdaderos accidentes de trabajo–, como los tres siguientes: 1) el ocurrido durante el trayecto «entre cualquiera de sus lugares de trabajo, en el caso de tener más de un empleo [entre qualquer dos seus locais de trabalho, no caso de ter mais de um emprego]»²⁴, teniendo en cuenta que en este caso «es responsable del accidente el empresario a cuyo lugar de trabajo se dirige el trabajador [é responsável pelo acidente o empregador para cujo local de trabalho o trabalhador se dirige]»²⁵; 2) también, el ocurrido «fuera del lugar o tiempo de trabajo, cuando ocurra en la realización de servicios determinados por el empresario o consentidos por él [fora do local ou tempo de trabalho, quando verificado na execução de serviços determinados pelo empregador ou por ele consentidos]»²⁶; y 3) por último, «no deja de considerarse accidente de trabajo el que ocurra cuando el trayecto normal haya sufrido interrupciones o desvíos determinados por la satisfacción de necesidades atendibles del trabajador, así como por motivo de fuerza mayor o por caso fortuito [não deixa de se considerar acidente de trabalho o que ocorrer quando o trajeto normal tenha sofrido interrupções ou desvios determinados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador, bem como por motivo de força maior ou por caso fortuito]»²⁷.*

Asimismo, comparativísticamente hablando, llama la atención el régimen de la culpa del empresario en la causación del accidente de trabajo, que diseña la Ley núm. 98/2009, al que alude su artículo 18 (rotulado «Actuación culposa del empresario [Actuação culposa do empregador]»), afirmando que «cuando el accidente haya sido provocado por el empresario ... o resulte de la falta de observación ... de las reglas sobre seguridad y salud en el trabajo, la responsabilidad ... por la indemnización comprende la totalidad de los perjuicios, patrimoniales y no patrimoniales, sufridos por el trabajador y sus familiares, en los términos generales [quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador ... ou resultar de falta de observação ... das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade ... pela indemnização abrange a totalidade dos prejuizos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais]»²⁸. Sobre esta base, la primera regla general es la de que la aseguradora privada del empresario anticipa el pago de las prestaciones ordinarias al trabajador accidentado o a sus causahabientes (esto es, las que se abonarían si no hubiese habido culpa del propio empresario), aunque la aseguradora pueda luego repetir contra el empresario incumplidor (al respecto, la propia Ley afirma que «ocurriendo alguna de las situaciones referidas en el artículo 18, la aseguradora del responsable satisface el pago de las prestaciones que serían debidas en caso de que no hubiese actuación culposa, sin perjuicio del derecho de regreso [verificando-se alguma das situações referidas no artigo 18.º, a seguradora do responsável satisfaz o pagamento das prestações que seriam devidas caso não houvesse actuação culposa, sem prejuízo do direito de regresso]»²⁹). Por su parte, la segunda

²³ Apartado 2, párrafo primero.

²⁴ *Ibidem*, letra a).

²⁵ Cfr. apartado 4.

²⁶ Apartado 1, letra h).

²⁷ Apartado 3.

²⁸ Apartado 1.

²⁹ Artículo 79, apartado 3.

regla general –que de nuevo presupone la actuación culposa del empresario en la causación del accidente– se refiere a que el empresario queda obligado a abonar al trabajador beneficiario o a sus causahabientes lo que, con terminología española, llamaríamos el «recargo de las prestaciones de seguridad social» (la norma portuguesa habla de «agravación de la responsabilidad [*agravamento da responsabilidade*]), esto es, «una pensión anual o indemnización diaria, destinada a reparar la reducción en la capacidad de trabajo o de ganancia o la muerte [*uma pensão anual ou indemnização diária, destinada a reparar a redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte*]]³⁰, fijada con criterios casuísticos que la propia norma portuguesa detalla³¹, y de la cual ya no responde la aseguradora, ni siquiera en concepto de anticipo del pago³².

3. LA JURISPRUDENCIA DE 2016 DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA PORTUGUÉS SOBRE EL TEMA

Al igual que sucede en España, las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo son un asunto muy frecuentemente litigado ante los tribunales laborales portugueses, cuya cúspide jurisdiccional –según la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto, «de organización del sistema judicial [*organização do sistema judiciário*]]³³– es la sección «en materia social» del Supremo Tribunal de Justicia (*Supremo Tribunal de Justiça*), la cual enjuicia por vía de recurso (llamado de «*revisão*»), de algún modo equivalente a la casación continental europea) «las causas referidas en el artículo 126»³⁴, que es un precepto que menciona –entre una indeciblemente larga relación de asuntos de competencia de la misma– las «cuestiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [*questões emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais*]]³⁵. Sólo en los once primeros meses del corriente año 2016 dicho altísimo órgano jurisdiccional laboral ha dictado hasta quince Sentencias (*Acórdãos*) frontalmente relativas al régimen jurídico del accidente de trabajo³⁶, cuya singularidad más marcada –como ya se ha puesto

³⁰ Cfr. artículo 18, apartado 4.

³¹ Más en concreto, el apartado 4 del artículo 18 contiene tres reglas, a saber: 1) «en los casos de incapacidad permanente absoluta para todo y cualquier trabajo, o incapacidad temporal absoluta, y de muerte, igual a la retribución [*nos casos de incapacidade permanente absoluta para todo e qualquer trabalho, ou incapacidade temporária absoluta, e de morte, igual à retribuição*]] [letra a)]; 2) «en los casos de incapacidad permanente absoluta para el trabajo habitual, comprendida entre el 70 % y el 100 % de la retribución, conforme a la mayor o menor capacidad funcional residual para el ejercicio de otra profesión compatible [*nos casos de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual, compreendida entre 70 % e 100 % da retribuição, conforme a maior ou menor capacidade funcional residual para o exercício de outra profissão compatível*]] [letra b)]; y 3) «en los casos de incapacidad parcial, permanente o temporal, teniendo por base la reducción de la capacidad resultante del accidente [*nos casos de incapacidade parcial, permanente ou temporária, tendo por base a redução da capacidade resultante do acidente*]] [letra c)].

³² Doctrinalmente, se defendió históricamente por la doctrina portuguesa una posible responsabilidad «subsidiaria» de la aseguradora, en caso del agravamiento de responsabilidad empresarial recién citado [al respecto, véase P. ROMANO MARTINEZ, «Seguro de accidentes de trabalho. A responsabilidade subsidiária do asegurador em caso de atuação culposa do empregador», *Prontuario de Direito do Trabalho*, núms. 74-75 (2008), págs. 81 y ss].

³³ Sobre el contencioso laboral portugués –en el contexto del contencioso laboral europeo–, 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. 84 y ss.

³⁴ Cfr. artículo 54, apartado 1.

³⁵ Apartado 1, letra c).

³⁶ Sentencia de 14 enero 2016, referencia 855/11.3TTBRG.G1.S1 (ponente Mário BELO MORGADO), Sentencia de 21 enero 2016, referencia 5177/12.0TBMTS.PI.S1 (ponente LOPES DO REGO), Sentencia de 28 enero 2016, referencia 1403/10.8TTGMR.G1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES), Sentencia de 28 enero 2016, referencia

de relieve doctrinalmente entre nosotros— es el hecho de que la fundamentación de sus fallos aparece muy frecuentemente apoyada en la cita nominal de doctrina científica portuguesa³⁷. Dentro de este conjunto tan reciente de decisiones judiciales (todas ellas gratuitamente localizables a texto completo, en lengua portuguesa, en el sitio en Internet del Instituto de Gestión Financiera y Equipamientos de la Justicia, I.P.)³⁸, procederé a continuación a entresacar siete —por causa de su más alto valor comparatista—, referidas tanto a lo que antes denominábamos culpa agravada del empresario en el accidente de trabajo, como a las peculiaridades del accidente de trabajo *in itinere*.

Las relativas a la culpa agravada del empresario con cinco. En ellas, los asuntos abordados fueron el de la existencia de responsabilidad empresarial agravada por culpa en la causación del accidente de trabajo³⁹; el de que no elimina la culpa del empresario en la causación del accidente de trabajo el hecho de que exista negligencia grave por parte del trabajador accidentado⁴⁰; el de las condiciones en que el empresario puede quedar exonerado de responsabilidad por culpa, si el trabajador violó injustificadamente las condiciones de seguridad laboral establecidas por el empresario o previstas por la Ley⁴¹; el de la carga de la prueba de la culpa empresarial en el accidente de trabajo ocurrido⁴²; y por último, el de la protección de terceros distintos del trabajador, aunque dañados por el incumplimiento empresarial grave de las normas de seguridad y salud laboral⁴³. De entre estas cinco Sentencias, nos ha parecido especialmente llamativa la tercera de las citadas, en la que se afirma que «si el accidente proviene de acto u omisión de la víctima, habiendo violado ella, sin causa justificativa, las condiciones de seguridad establecidas por la entidad patronal, el accidente no da derecho a reparación, porque se entiende que fue la víctima, el trabajador, quien dio causa al accidente, señaladamente cuando viola las condiciones de seguridad», apoyando esta afirmación en la posición doctrinal de cierto tratadista portugués⁴⁴, relativa a que «la causa justificativa o explicativa no tiene que tener un carácter lógico o normal en

5437/07.1TTLSB.1L1-A.S1 (ponente GONÇALVES ROCHA), Sentencia de 18 febrero 2016, referencia 375/12.9TTLRA.C1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES), Sentencia de 3 marzo 2016, referencia 447/15.8T8VFX.S1 (ponente RIBEIRO CARDOSO), Sentencia de 3 marzo 2016, referencia 568/10.3TTSTR.L1.S1 (ponente GONÇALVES ROCHA), Sentencia de 17 marzo 2016, referencia 338/09.1TTVRL.P3.G1.S1 (ponente Mário BELO MORGADO), Sentencia de 21 abril 2016, referencia 401/09.9TTVFR.P1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES), Sentencia de 21 abril 2016, referencia 4680/07.8TBVLG.P1.S1 (ponente Antonio DA SILVA GONÇALVES), Sentencia de 16 junio 2016, referencia 134/12.9TTMAI.P1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES), Sentencia de 16 junio 2016, referencia 774/11.3TTFAR.E1.S1 (ponente PINTO HESPANHOL), Sentencia de 15 septiembre 2016, referencia 4664/06.3TTLSB.1.L1.S1 (ponente PINTO HESPANHOL), Sentencia de 13 octubre 2016, referencia 443/013.0TTVNF.G1.S1 (ponente PINTO HESPANHOL), y Sentencia de 22 noviembre 2016, referencia 10/04.9TBSTB.E1.S1 (ponente FONSECA RAMOS).

³⁷ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, “La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 343-344.

³⁸ Ubicado en www.dgsi.pt.

³⁹ Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 14 enero 2016, referencia 855/11.3TTBRG.G1.S1 (ponente Mário BELO MORGADO).

⁴⁰ Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 3 marzo 2016, referencia 568/10.3TTSTR.L1.S1 (ponente GONÇALVES ROCHA).

⁴¹ Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 16 junio 2016, referencia 134/12.9TTMAI.P1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES).

⁴² Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 13 octubre 2016, referencia 443/013.0TTVNF.G1.S1 (ponente PINTO HESPANHOL).

⁴³ Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 22 noviembre 2016, referencia 10/04.9TBSTB.E1.S1 (ponente FONSECA RAMOS).

⁴⁴ Más en concreto, C. ALEGRE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Regime Jurídico Anotado*, 2ª ed., Almedina (Coimbra, 2009), págs. 61 y ss.

relación a la actividad laboral: puede ser una broma a la que no se asocien consecuencias dañosas, una inadvertencia o momentánea negligencia, una imprudencia o incluso un impulso instintivo o altruista»⁴⁵.

Los dos casos restantes, que también considero comparativamente muy significativos, se refieren ambos al régimen jurídico del accidente de trabajo *in itinere* (como antes se dijo, un asunto muy puntillosamente regulado en Portugal, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico). En el primero de ellos, se afirma que «en estas concretas circunstancias, en que el accidente ocurre, no en la realización del trayecto que conduciría al lesionado a su lugar de trabajo, sino cuando éste optó por estacionar el coche, utilizándolo como mero lugar de permanencia o descanso, al permanecer en su interior acompañado de familiar, por vicisitudes que ninguna conexión tenían con la realización del recorrido o viaje en automóvil que necesitaba realizar para retornar al puesto de trabajo, no puede tenerse por efectivamente ocurrido el requisito de colocación del trabajador en el riesgo de la subordinación al empresario que está en la génesis del régimen legal del accidente *in itinere*», de manera que «en verdad, en este caso peculiar, el agente permanece en el interior de un espacio que pertenece y que él controla (el vehículo particular estacionado, utilizado, en el momento, no como instrumento de desplazamiento, sino como espacio cerrado de permanencia en la vía pública), siendo tal inmovilización o parada del coche (implicando interrupción en el trayecto que seguiría para retomar su actividad laboral), dictada por circunstancias ligadas exclusivamente a su vida privada y familiar»⁴⁶. La segunda, por su parte, lo que concluye es que se debe integrar en el ámbito de aplicación del accidente de trabajo *in itinere* «el accidente ocurrido en los espacios exteriores a la propia vivienda, independientemente de tratarse de espacio propio del siniestrado o común a otros conductores o copropietarios [como por ejemplo, en el caso de autos, el garaje común], e incluso antes de entrarse en la vía pública», teniendo en cuenta que resulta suficiente «que ya haya sido traspasada la puerta de salida de la residencia y se pruebe que la víctima se desplazaba para su lugar de trabajo, siendo ése el trayecto normalmente utilizado, en el período habitualmente empleado por el trabajador y con ese objetivo»⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. apartado II.4 de la Sentencia.

⁴⁶ Cfr. Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 21 enero 2016, referencia 5177/12.0TBMTS.P1.S1 (ponente LOPES DO REGO), Sentencia de 18 febrero 2016, referencia 375/12.9TTLRA.C1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES).

⁴⁷ Véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 18 febrero 2016, referencia 375/12.9TTLRA.C1.S1 (ponente Ana Luísa GERALDES). Sobre el tema, véase J.M VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013), págs. 179 y ss.

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

-Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — El pilar europeo de derechos sociales. (2017/C 088/12) COM(2016) 127 final

En relación con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”, el Comité Europeo de las Regiones lleva a cabo una serie de recomendaciones políticas y observaciones generales. Ante todo, acoge con satisfacción la propuesta de un pilar europeo de derechos sociales que ayude a conseguir los objetivos de la Unión Europea establecidos en el artículo 3 del TUE: desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, combatir la exclusión social y la discriminación, y fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño y fomentar la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

El Comité espera que la Comisión Europea cumpla el principio de subsidiariedad a la hora de proponer el pilar europeo de derechos sociales y que respete las competencias generales de las autoridades nacionales y subnacionales en el ámbito de la política social; hace hincapié en que si esta iniciativa se traduce en una fuerte protección social, incluido el acceso a los servicios de sanidad, educación, servicios sociales, junto con servicios sociales de interés general, y seguridad social, puede considerarse como una herramienta de coordinación para ayudar a los Estados miembros a hacer frente a las desigualdades sociales, luchar contra el dumping social, impulsar una convergencia al alza de las normas sociales en la zona del euro y reforzar los objetivos de la UE en favor de un crecimiento integrador y sostenible.

Insiste el Comité en que en el pilar europeo de derechos sociales debería considerarse prioritario salvaguardar el acceso a los sistemas de protección social y los servicios públicos, en el pleno respeto de la competencia de los Estados miembros en este ámbito.

Por último, el Comité Europeo de las Regiones lleva a cabo una serie de recomendaciones específicas para la modificación del anexo.

-Salario mínimo.- Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017 (BOE 31-12-16)

Se procede mediante este real decreto a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2017, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para los empleados de hogar.

Las nuevas cuantías representan un incremento del ocho por ciento respecto de las vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, actualización que responde a lo establecido en el artículo 27.1 ET y a la disposición adicional única del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. El legislador considera que este incremento tiene en cuenta la mejora de las condiciones generales de la economía, a la vez que se continúa favoreciendo, de forma equilibrada, su competitividad, acompañando así la evolución de los salarios en el proceso de recuperación del empleo.

El salario mínimo queda fijado en 23,59 euros/día o 707,70 euros/mes. En el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel. Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, A efectos de la compensación y absorción de salarios en ningún caso se tendrá en consideración una cuantía anual inferior a 9.907,80 euros.

No obstante, se establece que las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales que se encuentren en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto subsistirán en sus propios términos, sin más modificación que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual que resulten de la aplicación del apartado 1 de este artículo, debiendo, en consecuencia, ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a este.

De esta forma, el aspecto más significativo de este Real Decreto aparece recogido en las Disposiciones Transitorias que terminan por dejar prácticamente sin efecto el incremento del salario mínimo interprofesional.

Así, la Disposición Transitoria Primera establece reglas específicas de afectación de la nueva cuantía del salario mínimo interprofesional en los convenios colectivos, en concreto para los convenios vigentes a 1-1-17 que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales:

-Se determina que las cuantías del salario mínimo interprofesional establecidas en el RD 1171/2015, de 29 de diciembre, salvo que las partes legitimadas acuerden la aplicación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional y dado el carácter excepcional del incremento establecido por este real decreto, continuarán siendo de aplicación durante 2017 a los convenios colectivos vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales.

-Cuando la vigencia de dichos convenios exceda de 2017, salvo acuerdo en contrario, la cuantía del salario mínimo interprofesional se entenderá referida, para los años siguientes, a la fijada en el Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, incrementada según el objetivo de inflación del Banco Central Europeo.

-Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de que deban ser modificados los salarios establecidos en convenio colectivo inferiores en su conjunto y en cómputo anual a las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento en la cuantía necesaria para asegurar la percepción de dichas cuantías, siendo de aplicación las reglas sobre compensación y absorción que se establecen en el art.3.

Por otro lado, la Disposición Transitoria Segunda establece la no afectación de la nueva cuantía del salario mínimo interprofesional en las referencias contenidas en normas no estatales y relaciones privadas, es decir, respecto a las normas no estatales que utilicen el salario mínimo interprofesional como indicador o referencia del nivel de renta para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios

o servicios públicos, como para los contratos y pactos de naturaleza privada que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia a cualquier efecto.

-Así, se establece que dado el carácter excepcional del incremento establecido por este real decreto, las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional que se establecen no serán de aplicación:

a) A las normas vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla y de las entidades que integran la Administración local que utilicen el salario mínimo interprofesional como indicador o referencia del nivel de renta para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, salvo disposición expresa en contrario de las propias comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla o de las entidades que integran la Administración local.

b) A cualesquiera contratos y pactos de naturaleza privada vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia a cualquier efecto, salvo que las partes acuerden la aplicación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional.

-En todos estos supuestos a que se refiere el apartado anterior, salvo disposición o acuerdo en contrario, la cuantía del salario mínimo interprofesional se entenderá referida durante 2017 a la fijada en el Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, incrementada para los años siguientes en el mismo porcentaje en que se incremente el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) (que, como se sabe, lleva congelado seis años y que se prevé, según el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado presentado recientemente por el Gobierno, que tenga un incremento de un 1 por ciento).

-Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende, obviamente, sin perjuicio de que deban ser modificados los salarios establecidos en contratos o pactos de naturaleza privada inferiores en su conjunto y en cómputo anual a las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento en la cuantía necesaria para asegurar la percepción de dichas cuantías, siendo de aplicación las reglas sobre compensación y absorción que se establecen en el art. 3.

-Pensiones.- Real Decreto 746/2016, de 30 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas y sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017 (BOE 31-12-16). (Corrección de errores BOE 16-2-2017 y 8-3-17)

Se aprueba esta norma reglamentaria, en un escenario de prórroga presupuestaria, para establecer la revalorización anual de las pensiones bajo la cobertura de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año precedente. En el marco del principio de legalidad presupuestaria, el legislador presupuestario está obligado a proceder a un incremento anual de las pensiones de al menos un 0,25 por ciento establecido en su normativa reguladora vigente (arts. 58 y 27 de la LGSS y de la Ley de Clases Pasivas del Estado), por cuanto la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, fijó una revalorización del 0,25 por ciento.

De esta forma, en este RD se determina que las pensiones y otras prestaciones públicas se incrementan, con carácter general, un 0,25%. Se indican las pensiones que se revalorizan: las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado; las cuantías de los límites de percepción de pensiones públicas, así como los importes de los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de las pensiones especiales de guerra; los importes de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas, de las pensiones no contributivas, de las prestaciones familiares de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento; los importes de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no concurrentes y las que concurren con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, o cuando concurren con alguna de estas últimas y, además, con cualquier otra pensión pública de viudedad, sin perjuicio de los límites expresamente establecidos; las pensiones en favor de familiares concedidas al amparo de la Ley 5/1079, de 18 de diciembre; entre otras. Igualmente se determinan las pensiones y prestaciones que quedan exceptuadas expresamente y no sufren incremento alguno.

Asimismo, se establecen las cuantías de pensiones y prestaciones públicas aplicables en 2017 y los haberes reguladores de las pensiones de Clases Pasivas y cuantías aplicables a las pensiones especiales de guerra.

-Cotización.- Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017 (BOE 11-2-2017)

El artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, dispone una actualización del tope máximo y de las bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2017, regulándose en la disposición adicional única de esa misma norma un incremento del salario mínimo interprofesional del 8 por ciento.

Como consecuencia de dichas medidas se aprueba esta orden que actualiza el tope máximo de cotización en los diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas bases mínimas que anualmente aumentan en la misma proporción en que lo haga el salario mínimo interprofesional.

Se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2017, adaptándose además las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial. A su vez, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2016, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el periodo de observación, para el cálculo del incentivo previsto en el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

-Cotización.- Orden ESS/77/2017, de 3 de febrero, por la que se establecen para el año 2017 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 3-2-17)

En esta Orden se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2016, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

-Seguridad Social. Contabilidad.- Resolución de 9 de febrero de 2017, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (16-2-2017)

Mediante esta Resolución, la Intervención General de la Administración del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 125.3.b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y a propuesta de la Intervención General de la Seguridad Social, lleva a cabo la modificación de la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública

La adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado por Resolución de 1 de julio de 2011 de la Intervención General de la Administración del Estado, incorpora, conforme a lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad Pública (aprobado por la Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril como plan contable marco para todas las Administraciones Públicas) el principio contable de carácter económico patrimonial de devengo, en virtud del cual las transacciones se contabilizan en función de la corriente real de bienes y servicios que las mismas representan con independencia de cuando se produce la corriente monetaria.

Sin embargo, en el ámbito presupuestario, las transacciones de adquisición de activos o realización de gastos deben registrarse cuando de conformidad con el procedimiento establecido se dicten los correspondientes actos que determinan el reconocimiento de las obligaciones presupuestarias que derivan de las mismas. Por ello, el PGCP y, en consecuencia, la adaptación del mismo a las entidades del sistema de la Seguridad Social, ante la existencia de estos dos momentos diferentes de registro de una misma transacción y con el fin de simplificar las anotaciones contables, permite retrasar durante el ejercicio el registro económico patrimonial de estas operaciones al momento en que se cumplen los requisitos para su imputación a presupuesto. Si bien y conforme a los criterios de registro contable que establece el PGCP, al menos a fecha de cierre del ejercicio, aquellas adquisiciones de activos o gastos devengados que no hayan sido imputados a presupuesto por no haberse dictado los

actos administrativos de reconocimiento de las correlativas obligaciones presupuestarias, deben ser registrados en cuentas específicas, entre las que se encuentran la cuenta 413 «Acreedores por operaciones pendientes de aplicar a presupuesto» y la 411 «Acreedores por periodificación de gastos presupuestarios».

La Orden HFP/ 1970/2016, de 16 de diciembre, por la que se modifica el PGCP modificó el contenido de las citadas cuentas, pasando de una periodicidad anual con la que hasta ahora se venían registrando las operaciones en las citadas cuentas a una periodicidad mensual, con la finalidad de que la información suministrada por las Administraciones Públicas acerca de las obligaciones devengadas se encuentre lo más actualizada posible en todo momento. Además, con el objetivo de homogeneizar la utilización de la cuenta 413 en todas las Administraciones Públicas, se clarificó qué obligaciones deben registrarse a través de esta cuenta, que pasa a denominarse «Acreedores por operaciones devengadas», y se suprimió la cuenta 411 «Acreedores por periodificación de gastos presupuestarios», al resultar innecesario el mantenimiento de dos cuentas para el registro de las operaciones devengadas.

La presente Resolución tiene por objeto implantar en el ámbito de las entidades del Sistema de la Seguridad Social los cambios introducidos en el PGCP que posibiliten el registro del devengo de las transacciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos con periodicidad mensual.

-PREPARA.- Resolución de 1 de febrero de 2017, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. (BOE 16-2-17)

El RDL 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, en su disposición adicional segunda, establece la prórroga automática de la vigencia de dicho programa, por periodos sucesivos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20% según la última EPA publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga.

En consecuencia, mediante la presente Resolución se formaliza dicha prórroga por un nuevo periodo de seis meses, a partir del 16-2-17, ofreciéndose en el anexo el nuevo modelo de solicitud de ayuda económica de acompañamiento.

-Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral (BOE 24-3-2017)

Para incentivar a todas las empresas a mejorar la prevención de riesgos laborales, en el año 2010 se puso en marcha, mediante el RD 404/2010, de 31 de marzo, el sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hubieran

contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Este sistema, que prevén de forma expresa los artículos 97.2 y 146.3 del texto refundido de la LGSS, ha venido utilizándose desde su entrada en vigor por empresas de las distintas actividades, lo que ha incentivado la prevención de los riesgos laborales a nivel empresarial.

Considera el legislador que la utilidad de este sistema de incentivos está fuera de toda duda y que se ha conformado como un instrumento eficaz para la disminución de la siniestralidad, pero advierte que el procedimiento necesario para su concesión presenta ciertas limitaciones y barreras que dificultan su tramitación a las empresas solicitantes. Por ello, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en su disposición adicional cuarta, párrafo b), insta al Gobierno a abordar una modificación del RD 404/2010, de 31 de marzo. Dicha disposición prevé que la modificación deberá tener dos objetivos claros: agilizar y simplificar el proceso de solicitud, reconocimiento y abono del incentivo, e implantar un sistema objetivo centrado en el comportamiento de la siniestralidad. Además, esta reforma pretende incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social.

Por ello, con este real decreto se introducen una serie de mejoras tendentes tanto a conseguir una gestión del incentivo más ágil, eficaz y eficiente, como a dotar de una mayor seguridad jurídica a todo el procedimiento, eliminando condiciones y/o requisitos que, en muchos casos, se han revelado como generadores de una cierta inseguridad jurídica en los solicitantes del incentivo. Se pretende con ello regular un sistema de reconocimiento de los incentivos objetivo y centrado fundamentalmente en el comportamiento de la siniestralidad de la empresa en comparación con la del sector al que pertenece.

Entre las novedades introducidas se contempla la reducción de carga administrativa, centrándose principalmente el acceso al incentivo en el cumplimiento de los límites de los índices de siniestralidad y exigiéndose además otros requisitos no relacionados con la siniestralidad, pero que aseguren la correcta concesión del mismo. Los límites establecidos se adaptarán a las circunstancias propias de cada actividad económica de modo que se promueva el acceso al incentivo a aquellas actividades con mayor riesgo para mejorar la prevención allí donde sea más necesaria.

Sin perjuicio del cumplimiento por las empresas de todas las obligaciones legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo, la vinculación del reconocimiento del incentivo al cumplimiento por el empresario de las obligaciones de prevención de riesgos laborales se manifiesta a través de la exigencia de acompañar a la solicitud del incentivo de una declaración responsable, donde se detallan las obligaciones concretas preventivas que, a los solos efectos de acceso al incentivo, deben cumplir las empresas solicitantes.

En cuanto a la cuantía, se fija el incentivo en el 5 por ciento del importe de las cuotas por contingencias profesionales y en el 10 por ciento si existe inversión en prevención de riesgos laborales, estableciéndose en este último caso un límite máximo coincidente con el importe de la inversión realizada.

Respecto de la financiación de esta reducción, conforme a los arts. 96 y 97 de la LGSS (que disponen que el 80 por ciento del excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, se aplicará, entre otras actividades, a incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de la siniestralidad laboral), el sistema de incentivos seguirá disponiendo de los recursos de este fondo con un límite del 3 por ciento de su importe, aunque dicho porcentaje ya no será de aplicación a cada una de las mutuas en proporción a su contribución a la formación de dicho saldo.

Como novedad, se da desarrollo reglamentario al artículo 93.2.c) de la LGSS, que regula la posibilidad de que las mutuas puedan percibir de las empresas parte del incentivo concedido, previo acuerdo de las partes.

El aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales se encuentra representado por medidas como las relativas al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional (previsto en el artículo 164 LGSS), la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social y la posible actuación en tales casos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Independientemente de ello, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social llevará a cabo los estudios pertinentes con objeto de valorar la oportunidad de establecer un sistema de incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad e incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 146.3 LGSS.

Por otro lado, con el objetivo de dotar de una mayor seguridad jurídica la regulación de la emisión de los partes de baja médica, confirmación de la misma y de alta médica por curación en los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales, la Disp. Final Primera modifica los arts. 2, 3 y 5 del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, con el propósito de incluir una referencia expresa a los facultativos de otras entidades que participan en la gestión de la incapacidad temporal por contingencias profesionales, concretamente los facultativos de empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, señalando su competencia para la emisión de los partes médicos de baja, de confirmación de la baja y de alta médica por curación.

-Estibadores portuarios.- Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (BOE 25-2-17)

Pese a que esta norma no ha sido finalmente convalidada parlamentariamente haciendo que decaiga en su aplicación (Vid. Resolución de 16 de marzo de 2017, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la

prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, BOE 24-3-17), se ha optado por referenciarla, dada su importancia y la gran conflictividad que ha planteado.

En este real decreto se justifica la nueva regulación del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), que condena al Reino de España por considerar que el régimen legal en que se desenvuelve el servicio portuario de manipulación de mercancías contraviene el artículo 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al imponer a las empresas que deseen desarrollar la actividad las siguientes obligaciones:

– participar en el capital de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) y,

– contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

Reconoce el legislador que dicha sentencia no predetermina la fórmula legalmente aplicable, pero señala que la misma contempla como admisibles las siguientes posibilidades:

– que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o

– la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras.

La modificación legislativa llevada a cabo en este real decreto supone suprimir, en su mayor parte, el actual régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías que se recoge en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Como consecuencia, se derogan expresamente una serie de artículos de dicha norma y se modifican algunos otros, adaptándolos a la nueva situación. Además, se deroga expresamente el art. 2.1.h) del Estatuto de los Trabajadores, de forma que la relación laboral de los estibadores portuarios deja de ser una relación laboral especial, decayendo su actual régimen jurídico.

La norma consagra el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, pero considera preciso el establecimiento de un proceso transitorio de tres años que permita un tránsito ordenado, facilitando que los trabajadores de las SAGEP conserven sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libertad competitiva. Para ello, el Gobierno asegura el pleno respaldo financiero de la Administración portuaria a las operaciones precisas para la nueva configuración del sector.

Durante este periodo transitorio, podrán subsistir las SAGEP y a fin de que puedan financiarse en la medida necesaria en cada caso y momento, se establece asimismo la obligación para las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de

manipulación de mercancías de requerir el concurso de los trabajadores procedentes de aquellas en un porcentaje que irá decreciendo con el transcurso del tiempo, comenzando con un setenta y cinco por ciento, para las actividades que hasta el momento se venían realizando con dicho personal.

Concluido dicho periodo transitorio, las SAGEP podrán continuar desarrollando su actividad, en régimen de libre competencia, siempre que cumplan los requisitos establecidos con carácter general para las empresas de trabajo temporal.

Se establece además el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, de modo que los operadores no están obligados a participar en ninguna empresa de puesta a disposición de trabajadores portuarios y pueden contratar a éstos con plena libertad, siempre que se cumplan los requisitos orientados a asegurar su capacitación profesional.

Se contempla la creación de los centros portuarios de empleo (CPE) cuyo objeto será precisamente el empleo regular de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su formación y cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuario; operarán, pues, como empresas de trabajo temporal específicas para el sector precisando la autorización de la Administración laboral exigida para las empresas de trabajo temporal por la legislación vigente. Las empresas estibadoras no tendrán la obligación de participar en los centros que se creen, ni tampoco la de contratar a los trabajadores puestos a disposición por ellos de forma prioritaria.

La disposición adicional primera de este real decreto, partiendo de la irregularidad consustancial a los trabajos portuarios, excepciona la aplicación del recargo de la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes a los contratos de carácter temporal asociados a la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

Por otro lado, la disposición adicional segunda parte del principio clásico del sistema de fuentes del Derecho laboral de prevalencia de la Ley sobre el convenio colectivo, poniendo de relieve, por tanto, la prevalencia de las condiciones establecidas en este real decreto respecto de las existentes en los convenios colectivos vigentes en este ámbito. No obstante, a fin de evitar que se prolonguen situaciones de conflicto normativo entre ambos órdenes, se establece un plazo máximo de un año para proceder en la medida en que sea necesario a la adaptación de los convenios colectivos a las nuevas previsiones legales. En el caso de que no se hubiera producido dicha adaptación en el plazo expresado, se producirá ope legis la nulidad de aquellas disposiciones que restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales, o limiten la competencia.

Reconociendo el legislador que la modificación de la normativa convencional aplicable puede suponer una alteración sustancial de las condiciones individuales de trabajo, se reconoce a los trabajadores el derecho a rescindir su contrato siempre que se les cause un perjuicio sustancial, con derecho a la percepción de una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para la extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

-Dependencia.- Acuerdo de 7 de marzo de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Medidas para la reducción del tiempo medio de respuesta asistencial en materia de dependencia en Andalucía (BOJA 16-3-2017).

Este Acuerdo tiene como objetivo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la adopción de una serie de medidas dirigidas a garantizar una reducción del tiempo medio de respuesta asistencial en materia de dependencia, del que serán beneficiarias las personas con dependencia reconocida que están a la espera de asignación de prestación o servicio. El objetivo que declara es, pues, avanzar en la atención de las personas en situación de dependencia sin prestación reconocida y en la reducción de los tiempos de respuesta en este ámbito.

En la Exposición de Motivos del Acuerdo se lleva a cabo un repaso de todo el conjunto de las medidas estatales, adoptadas desde el año 2012, que han tenido un impacto negativo sobre el Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia (reducción de la financiación de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas; reducción en un 15% de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar; supresión de la cotización al Sistema de la Seguridad Social por parte del Estado; supresión de los niveles en los grados de dependencia; aplicación de un plazo suspensivo de hasta dos años para las nuevas prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar; revisión del calendario de aplicación progresiva de la Ley con el retraso de la entrada en el Sistema de personas con dependencia moderada; introducción de un régimen de incompatibilidad más estricto de las prestaciones; reducción de la intensidad de los servicios de ayuda a domicilio; incremento del copago de la persona beneficiaria...).

La Junta de Andalucía declara en esta norma su compromiso de avanzar en la incorporación de personas con dependencia moderada reconocida, mediante servicios que permitan un mayor desarrollo personal a través de la promoción de la autonomía, compromiso de Andalucía plasmado en el I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia 2016-2020. Lo cual se enmarca en el compromiso de incremento presupuestario en materia de Dependencia del 2,5%.

Las medidas contempladas en este Acuerdo se agrupan en tres bloques. El primero de ellos va dirigido al procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, con medidas que van dirigidas a agilizar la tramitación del procedimiento.

El segundo, define la excepcionalidad del acceso a la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar, agilizando el procedimiento en determinados supuestos. De esta forma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, se establece que tienen carácter excepcional, a los efectos del acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, los siguientes supuestos:

- 1.º Personas menores de 21 años en etapa escolar.
- 2.º Personas con enfermedad mental que requieran de cuidados en el entorno familiar para alcanzar los objetivos de rehabilitación establecidos desde el ámbito de Salud Mental.

3.º Personas respecto de las que desde los Servicios Sociales Comunitarios competentes se haya propuesto como modalidad de intervención más adecuada la citada prestación.

4.º Personas a las que, por sus necesidades especiales de atención, el servicio de ayuda a domicilio o de centro de día fuera insuficiente y la atención residencial fuera desaconsejada por los Servicios Sociales Comunitarios competentes para evitar un desarraigo familiar o afectivo.

El tercer grupo de medidas consiste en avanzar en la creación de servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, y consolidar el Servicio de Teleasistencia Avanzada como recurso para personas con dependencia moderada reconocida. De esta forma se determina que las personas con dependencia moderada reconocida se incorporarán al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de forma prioritaria, a través de:

1.º La articulación con los Servicios Sociales Comunitarios de las Entidades Locales, de los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal correspondientes al Grado I de Dependencia, mediante la firma de convenios de colaboración.

2.º La utilización de la red de Centros de Participación Activa de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales para los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, así como de cuantas actuaciones sean estimadas por la citada Consejería.

3.º El reconocimiento del Servicio de Teleasistencia Avanzada como servicio principal, siempre y cuando desarrolle una o varias de las siguientes prestaciones adicionales, a la de carácter básico:

a) La realización de campañas, programas o actividades de prevención de la dependencia y de promoción de la autonomía personal, con el fin de lograr hábitos de vida saludable que promuevan el envejecimiento activo, la convivencia y el autocuidado.

b) Detección de situaciones de riesgo mediante el uso de dispositivos periféricos capaces de detectar o prevenir las mismas.

c) Facilitar la atención fuera del domicilio con la utilización de dispositivos móviles y de localización.

d) La atención a las urgencias y emergencias sanitarias, las citas médicas y los consejos sanitarios a través de la integración entre la plataforma de teleasistencia con la del 061 y Salud Responde.

Respecto al resto de prestaciones y servicios comprendidos dentro del ámbito de atención al Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, prestaciones económicas vinculadas al servicio, ayuda a domicilio, atención residencial, unidades de día, seguirán los niveles de prescripción e índices de ocupación planificados.

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 y Noticias Bibliográficas

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

STS de 11 de octubre de 2016, Rec. 673/2015 (RJ 2016\5352)

SEGURIDAD SOCIAL: Seguridad Social Agraria: inclusión: revisión de actos declarativos de derechos de la Seguridad Social que no puede llevarse a cabo por vía administrativa, sino que habrá de ser instada en vía jurisdiccional social: la Administración no puede por sí sola dejar sin efecto sus actos declarativos de derechos: inclusión procedente.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS de 15 de noviembre de 2016, Rec. 74/2015 (RJ 2016\5677)

Servicio Madrileño de Salud. No procede su condena en costas, por corresponderle el beneficio de justicia gratuita que la LGSS atribuye al INSALUD, al haberse subrogado en todos sus derechos y obligaciones en el ámbito de la CAM. Reitera doctrina.

STS de 29 de noviembre de 2016, Rec. 1008/2016 (JUR 2017\687)

RCUD. Accidente de trabajo. Imputación responsabilidades. Responsabilidad subsidiaria INSS y TGSS, como sucesores del Fondo Garantía Accidentes de trabajo: alcance. Reitera doctrina.

Se plantea el alcance de la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS, como sucesores del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo, y, en concreto, si la Seguridad Social debe responder subsidiariamente ante la Mutua, en caso de insolvencia de la empresa, –incumplidora de obligaciones de cotización y por ello responsable directa del abono de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo–, respecto de las cantidades que en concepto de prestaciones económicas de Incapacidad Temporal que la empleadora abonó al trabajador y que luego fueron deducidas de las cotizaciones de la Seguridad Social por el empresario como si de pago delegado se tratase. La Sala IV, siguiendo el criterio de resoluciones previas, declara que la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS, como sucesores del Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo, no alcanza al supuesto en el que el empresario responsable por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social abonó la prestación de IT en pago delegado y descuenta luego su importe al realizar la cotización cuando no debía haber practicado ese descuento por tratarse de una responsabilidad propia y no de un pago delegado. En consecuencia, excluye de la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la

TGSS el importe de las cotizaciones deducidas por el empresario correlativas a la prestación económica de incapacidad temporal correspondiente.

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 17 de octubre de 2016, Rec. 28/2015 (RJ 2016\5334)

INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL: En materia de seguridad social: grave: no ingresar las cuotas correspondientes: situación extraordinaria de la empresa: concurrencia: puesta de manifiesto a la TGSS: exoneración de responsabilidad: sanción: nulidad procedente.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 4 de octubre de 2016, Rec. 68/2015 (RJ 2016\5412)

Cantidad. Abono de la clave 401 a trabajadores en situación de Incapacidad Temporal que prestan servicios para ADIF. Vinculación a lo resuelto en sentencia de conflicto colectivo. Procede el abono por ser complemento de devengo colectivo.

Ante la cuestión de si procede abonar al trabajador que prestaba servicios para ADIF el complemento del plan de objetivos de productividad que se abona con la clave 401, en suplicación se falló que la acción no estaba prescrita y además que la empresa no podía descontar la parte correspondiente a los días de incapacidad temporal, al tratarse de un complemento de productividad por objetivos de devengo colectivo, que se genera cuando la totalidad de la plantilla alcanza un índice de productividad superior al establecido en el contrato programa, exigiéndose el esfuerzo colectivo de todos los trabajadores. La Sala IV confirma dicha sentencia, aplicando jurisprudencia anterior y además lo resuelto en el procedimiento de conflicto colectivo por STS 16-11-2015 (Rec. 353/2014), por lo que entiende que lo resuelto en dicho procedimiento colectivo vincula a los procedimientos individuales, no debiendo suspenderse el procedimiento cuando ya existe sentencia colectiva por lo que, como todos los trabajadores participan en la consecución del objetivo abonado con la clave 401, también debe abonarse a los trabajadores en situación de incapacidad temporal. Incluso aunque no concurriera la contradicción, razona la Sala IV, se debe entrar a resolver la cuestión planteada con base en lo dispuesto en el art. 160.5 de la LRJS, que otorga efectos de cosa juzgada a la sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo. Se desestima el recurso.

STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 2943/2014 (RJ 2016\6376)

Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Se desestima. Falta de contradicción. Voto particular.

La Sala aborda un RCUD interpuesto contra la sentencia que exoneró a la empresa del abono del recargo del 30% impuesto sobre las prestaciones derivadas del accidente sufrido por el trabajador recurrente. El siniestro, consistente en una deflagración debida a la caída de hierro en el ciclón, se produjo cuando el operario trabajaba para la empresa demandante como conductor de cubilote en la sección de fusión. El TS desestima el recurso al apreciar falta de contradicción, porque los hechos probados de la sentencia recurrida ponen de manifiesto el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de formación e información adecuada sobre el específico puesto de trabajo y la correcta evaluación de riesgos de dicho puesto así como que el trabajador accidentado, además de desatender su función de limpiar con una barra la piqueta de salida de la escoria en caso de atasco, sobre todo, no cumplió la advertencia de parar el ciclón de agua y avisar al mando en caso de anomalía en la salida del hierro fundido, como preveía el plan de prevención, pero nada de eso sucedía en la sentencia de contraste, en la que aunque el trabajador incumplió la instrucción expresa de no meter la mano en el cilindro del laminador, la razón determinante de la imposición del recargo no fue sino el incumplimiento empresarial que, ignorando el plan de prevención, no adoptó las medidas necesarias para proteger los cilindros de la máquina.

STS de 10 de noviembre de 2016, Rec. 901/2015 (RJ 2016\5737)

Prestaciones por incapacidad permanente absoluta. Requisito de estar en situación asimilada al alta. Se acredita cuando el solicitante era perceptor de una prestación no contributiva de invalidez. Reitera jurisprudencia.

Se debate en el presente recurso de casación unificadora si la percepción de una pensión no contributiva de invalidez permanente (IPNC) equivale a reunir el requisito del alta o situación asimilada en Seguridad Social, a los efectos de lucrar por el mismo beneficiario la prestación de invalidez permanente absoluta (IPA) en la modalidad contributiva. En el caso enjuiciado el INSS denegó al actor la pensión de IPA por no reunir el requisito de un periodo de carencia de 15 años de cotización a quienes reclaman prestación de incapacidad permanente sin encontrarse en alta o en situación asimilada. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La sentencia de suplicación confirma la de instancia. La Sala IV del TS declara – con aplicación del criterio sentado en anteriores sentencias– que es situación asimilada al alta la del perceptor de una incapacidad permanente no contributiva a los efectos de generar otra de la modalidad contributiva siempre que el beneficiario reúna el resto de los requisitos legales (Período de carencia, grado de incapacidad, etc.). Reitera la doctrina de la Sala sentada en las sentencias de 22/1/2012 (R. 1008/2012) y 5/5/2014 (R. 2678/2013), recaídas en asuntos sustancialmente iguales. Estima el recurso del actor y estima la demanda, declarándole en situación de incapacidad permanente absoluta.

STS de 29 de noviembre de 2016, Rec. 1009/2016 (RJ 2016\6098)

Seguridad Social trabajadores migrantes: incapacidad permanente: días de bonificación por edad o cotización ficticia por edad en la minería del carbón: no contradicción.

La cuestión que se plantea en la sentencia anotada consiste en determinar si para el cálculo de una pensión por incapacidad permanente a cargo de la Seguridad Social española reconocida al amparo de los Reglamentos comunitarios, deben o no tenerse en cuenta los días

de bonificación por edad o cotización ficticia por edad en la minería del carbón; y, en especial, la incidencia que en la determinación de la pensión de incapacidad permanente, y en la prorratea, tienen las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de contingencias comunes contenidas en el art. 140 LGSS tras la reforma operada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Pero, el Alto Tribunal no entra en el fondo del asunto al no concurrir la necesaria contradicción entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso. Así, la referencial aplica, sin detallar las causas, la doctrina sobre la BR de la pensión de jubilación contributiva a la BR de la incapacidad permanente dictadas en interpretación de preceptos incluidos en el Reglamento (CE) nº 883/2004 que se refiere exclusivamente a las “Pensiones de vejez y de supervivencia”, no estando planteado el debate en idénticos términos a la recurrida. Por lo que, las razones de decidir de ambas sentencias son distintas, lo que desactiva la posibilidad de unificar doctrina.

STS de 1 de diciembre de 2016, Rec. 1030/2016 (RJ 2016\5982)

Competencia funcional. Prestaciones Seguridad Social. Cálculo cuantía litis. Para ver si se superan los 3000 euros que dan acceso a la suplicación se atiende a la diferencia entre la pensión reconocida y la reclamada incluido el complemento por gran invalidez.

El TS aborda un RCU en el que se plantea un problema de competencia funcional derivado de la necesidad de resolver sobre la procedencia o no del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia, por cuanto la solución que se dé determinará la competencia del Tribunal Superior para decidir el fondo del asunto o no. Se trata de determinar cómo se calcula la cuantía de la litis en los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social y, más concretamente, si a estos es computable el complemento del 50% de la pensión que perciben los grandes inválidos. La Sala, en primer lugar, reitera que las cuestiones de competencia son de orden público procesal, sin que sea exigible la existencia de contradicción doctrinal para proceder a su examen. A continuación, señala que el objeto del proceso se reduce a la fijación de la cuantía de la pensión por gran invalidez que se pretende con una base reguladora superior. Para concluir que, no cabe excluir del cálculo a realizar el complemento de gran invalidez, pues la pensión básica del gran inválido incluye el complemento, conforme a una interpretación literal y lógico sistemática del art. 139.4 LGSS y al contenido del art. 192.3 LGSS que sólo excluye el cómputo de las mejoras y otras actualizaciones de la pensión pero no el de conceptos que forman parte sustancial de la prestación. Por lo que, al superar la diferencia entre lo reconocido y lo reclamado los 3.000 euros; en cómputo anual, procede el recurso de suplicación.

STS de 20 de diciembre de 2016, Rec. 1069/2016 (RJ 2017\135)

Futbolista profesional. Se plantea si un futbolista profesional que ha cumplido ya los 30 años puede ser declarado en Incapacidad Permanente Total derivada de Accidente de Trabajo, sin discutirse la contingencia ni las lesiones.

El recurrente, futbolista profesional, interesó el reconocimiento de Incapacidad Permanente Total ante el recrudecimiento de sus lesiones de rodilla, siendo denegada. El TSJ revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda al entender que por su edad, 30 años, había concluido su vida profesional activa de deportista cuando solicitó el reconocimiento de

la Incapacidad Permanente Total. El TS comparte la conclusión de la sentencia recurrida de que la lesión padecida por el demandante el 13-6-06 constituye un Accidente de Trabajo. Situación que se mantiene después de que presentará una complicación por infección de la rodilla intervenida quirúrgicamente el 20-6-08.

Asimismo, comparte que las dolencias que afectan al actor imposibilitan o incapacitan de forma total para realizar las funciones esenciales de su profesión habitual, lo que justifica que sea declarado en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de Accidente de Trabajo. Pero discrepa de la solución dada, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa no por causa de la incapacidad física sino por su edad. Para concluir estimando el RCU y, con el, la demanda puesto que no existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada –30 años– y que, por otro lado, es razonable que a esa edad pueda ejercerse.

Afirma del TS en Fundamento Jurídico tercero que: *“Ciertamente ello es así, y la Sala suscribe el Informe del Ministerio Fiscal. Nos encontramos, –según resulta del relato de hechos probados que aquí se da por reproducido–, ante un supuesto de un futbolista que ve agravada una lesión sufrida años antes como consecuencia de accidente profesional y que se encuentra en activo cuando solicita la prestación de IPT total, por cuanto está en plantilla para un Club de fútbol, y cumple los requisitos para el reconocimiento de la incapacidad solicitada, lo cual no se discute, por lo que no puede utilizarse en su contra una presunción acerca del fin de su actividad laboral por razones de edad. Y ello a mayor abundamiento, por cuanto tampoco ha sido causa de la denegación de la incapacidad por el INSS según resulta de su resolución administrativa de 28/02/2012 que decretó que no procedía declarar al actor en ninguna situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, por no reunir el requisito de incapacidad permanente.*

Comparte la Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la lesión padecida por el demandante el 13 de junio de 2006 constituye un accidente de trabajo según nuestra legislación protectora de Seguridad Social como reconoció la sentencia de instancia; situación que se mantiene después de que el demandante presentara una complicación por infección de la rodilla intervenida quirúrgicamente el 20 de junio de 2008, por tener cabida dentro del art. 115,2 g) de la LGSS (RCL 2015, 1700 y RCL 2016, 170) que califica como tal las consecuencias del accidente de trabajo que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o finalización por enfermedades intercurrentes que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el propio accidente. Comparte asimismo que las dolencias que afectan al actor, por su trascendencia funcional, como se refleja en el informe del ICAM, imposibilitan o incapacitan al demandante en forma total para realizar las funciones esenciales propias de su profesión habitual, lo que justifica que sea declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo (art. 137 LGSS).

Por otro lado, respecto a la profesión, ciertamente, hay que tener en cuenta (SSTS/IV de 9/12/2002 (RJ 2003, 1947) y 26/09/2007 (RJ 2007, 8605), entre otras), que no se cuestiona que sea la de futbolista profesional puesto que, cuando en junio de 2008 se ven complicadas las patologías derivadas del accidente de trabajo de 13 de junio de 2006 también ejercía aquella profesión, al igual que sucedía cuando el demandante interesó el reconocimiento de

la incapacidad permanente total en diciembre de 2010; además de ser la profesión que consta ejercida de forma más prolongada (en el caso, no consta que haya ejercido otra).

Partiendo de ello, ha de discreparse en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física sino por su edad.

Y siendo ésta y no otra la razón dada por la sentencia recurrida para estimar el recurso de suplicación formalizado por la Mutua Ibermutuamur, revocando la sentencia recurrida, el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el actor, ha de ser estimado conforme al informe del Ministerio Fiscal, puesto que no existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada –de 30 años–, y que por otro lado, es razonable que a esta edad pueda ejercerse.

Ello comporta, con revocación de la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, la desestimación del recurso de tal naturaleza y confirmación de la sentencia de instancia”.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 19 de octubre de 2016, Rec. 1650/2015 (RJ 2016\5400)

Prestación por maternidad. Padre de hijo por gestación subrogada. En instancia y suplicación se reconoce el derecho. La Sala IV aprecia inexistencia de contradicción respecto de STJUE 18-3-2014 (C-167/2010)

Al actor se le reconoció en instancia y suplicación prestación por maternidad por hijo de gestación subrogada. Tras presentarse por el INSS recurso de casación para la unificación de doctrina invocando de contraste la STJUE 18-3-2014 (C-167/2010) que denegó la prestación por maternidad a la madre subrogante, la Sala IV desestima el recurso por no apreciar la existencia de contradicción. Argumenta la Sala IV: 1) En la sentencia recurrida se discute si la protección del art. 133 bis LGSS alcanza a la maternidad por sustitución, mientras que la de contraste refiere a si procede reconocer prestación por maternidad a la madre subrogante; 2) En UK la maternidad subrogada es legal, mientras que en España está prohibida; 3) En la sentencia de contraste la madre amamantaba al bebé, y no así en la recurrida; 4) La protección de la Directiva 92/85/CE, limita el permiso por maternidad a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y en el supuesto español la prestación alcanza a la maternidad adopción y acogimiento; 5) El art. 8 Directiva 92/85/CEE se interpreta en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir permiso por maternidad a madre subrogante, y el art. 14 Directiva 2006/54/CE aclara que ello no supone discriminación por razón de sexo, pero ello puede ser mejorado por los Estados pudiendo el derecho ser reconocido por la legislación española que acoge supuestos distintos de la propia gestación como la adopción o el acogimiento.

El TS en su sentencia de 19 de octubre de 2016 entiende a que concurren dos requisitos de contradicción.

Primero, se presenta como sentencia de contraste la decisión del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) relativa a una madre subrogante del Reino Unido que ha tenido

un hijo mediante un contrato de gestación válido en ese país, pero que sin embargo en sede judicial se le ha denegado el permiso de maternidad. Se afirma que la decisión de referencia no vulnera la normativa comunitaria, ya que se cumplen efectivamente con los requisitos que establece la normativa interna del Reino Unido. Por lo tanto, siempre que éstos se den, podrán concederse las prestaciones por maternidad. A este respecto, deben considerarse dos requisitos importantes: a) En el Reino Unido la maternidad por encargo es legal cuando uno de los padres subrogantes aporta su material genético –aspecto que no concurre en la STS de 19 de octubre de 2016– y b) la reclamante amamantaba al bebé –cosa que tampoco sucede en la sentencia objeto de estudio en este trabajo–.

Ahora bien, pese a las divergencias existentes entre ambos casos el TS entiende que “... no serían obstáculo tales divergencias, porque es posible apreciar la contradicción en supuestos en los que si bien en sentido estricto la misma no concurre, pero en los que la sentencia de contraste haya ido «más allá» que la otra, en el sentido de que aunque sus afirmaciones fácticas o las normas aplicables son de inferior apoyo a la pretensión, sin embargo la misma es acogida; o muy contrariamente, con elementos fácticos o jurídicos de mayor sostén, sin embargo la demanda es rechazada (SSTS 22/05/97 –rcud 3930/96–; ... SG 20/10/15 –rcud 1412/14–; 20/01/16 –rcud 3106/14–; y 01/06/16 –rcud 60/15–)”.

Segundo, el Supremo analiza el alcance de la protección que dispensa la Directiva 92/85/CE a propósito del concepto de “permiso de maternidad”. En efecto, del derecho que se trata aquí de amparar es el de “las trabajadoras embarazadas” que “han dado a luz” o se encuentren “en periodo de lactancia”, por lo que “la atribución del permiso de por maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño” [apart. 37]. Siendo ampliable esta protección también a las situaciones de “adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple... que se produzca durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto por el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los trabajadores (artículo 177 del TRLGSS).

“En la decisión de contraste, la Gran Sala del Tribunal de Justicia se limita a declarar que el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros *no están obligados* ... a conferir 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, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente»; y que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE [05/Julio/2006], «debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución *no constituye una discriminación* basada en el sexo».

Pero desde el momento en que el Derecho de la UE constituye una garantía de mínimos susceptible de ser mejorados por las legislaciones internas de los Estados miembros, la circunstancia de que el derecho pretendido no encuentre –inegablemente– apoyo en las referidas Directivas [tal como declara tajantemente –según acabamos de ver– la decisión invocada como contraste], ello no impide que el derecho que se reclama pudiera estar reconocido –pese a todo– por la legislación española” (Ver Fundamento Jurídico Segundo en su apartado 4 letra b).

En definitiva, aunque los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a un trabajador/a que ha tenido un hijo gracias a un vientre de alquiler, el hecho de que un empleador deniegue este permiso constituye una discriminación basada en el sexo [Sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 (asunto C-167/12)]. Así pues, se entiende que aunque en el Derecho de la UE la maternidad por sustitución no goza de la misma protección que la maternidad natural, debe asimilarse a los supuestos de adopción y acogimiento que prevé el Derecho interno. De este modo, se otorgará una cobertura argumental y analógica a los supuestos de maternidad subrogada.

STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 3818/2015 (RJ 2016\6167)

Prestaciones de Seguridad Social en caso de “gestación por sustitución (“vientre de alquiler”) solicitadas por el padre biológico y registral. RESUMEN (Fundamento Décimo).- 1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las *SSTEDH 26 junio 2014 ó 27 enero 2015* amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en ciertos casos pero no condicionan el derecho a la protección social. Además, el ordenamiento español posee cauces (adopción, investigación de la paternidad) para mitigar las consecuencias de la negativa a la inscripción registral. 2.- De las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen la Directivas. 3.- La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares de facto debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos. 4.- La actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral. 5.- Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. 6.- Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas. FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, confirma STSJ Cataluña, que concede las prestaciones. VOTOS PARTICULARES.

STS de 16 de noviembre de 2016, Rec. 3146/2014 (RJ 2016\6152)

Maternidad por subrogación. Trabajadora que solicita prestaciones por maternidad, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. El INSS deniega la inscripción. La sentencia de instancia ha desestimado la demanda y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha desestimado el recurso fundamentándolo en las dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12

y C-363/12. Se estima el recurso y se concede la prestación de maternidad solicitada. Se fundamenta la sentencia en la interpretación integradora de las normas aplicadas contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último que os poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos. Voto Particular.

STS de 19 de diciembre de 2016, Rec. 1067/2016 (RJ 2017\211)

RETA. Derecho a la prestación de Maternidad. Situación asimilada al alta. A efectos de la prestación de maternidad es situación asimilada al alta la de la trabajadora en los noventa días siguientes a la baja en el sistema incluso tras la promulgación del RD. 295/2009; así como también cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla. Principio de especialidad de la norma aplicable. Reitera doctrina, entre otras, STS/IV de 10-junio-2014 (rcud. 2546/2013).

6.3. Jubilación

STS de 28 de septiembre de 2016, Rec. 4011/2014 (RJ 2016\5299)

FUNCIÓN PÚBLICA: Jubilación forzosa: prolongación de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: competencia exclusiva del Estado en materia de función pública y seguridad social: principio de igualdad: derecho al trabajo: vulneración inexistente: discriminación contraria al Derecho de la UE: inexistencia: denegación procedente.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA: Función pública: jubilación forzosa: disposición transitoria novena Ley catalana 5/2012: cuestión de inconstitucionalidad: planteamiento: inadmisión por el TC: aplicación procedente.

STS de 19 de octubre de 2016, Rec. 2261/2015 (RJ 2016\5227)

Jubilación no contributiva: unidad económica de convivencia: matrimonio ingresado en una misma residencia de ancianos.- No contradicción.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si un matrimonio que está ingresado en una misma residencia de ancianos constituye o no una unidad económica de convivencia a los efectos de determinar el cómputo anual de rentas o ingresos que posibilitan, en su caso y junto con los restantes requisitos legales, el acceso a la pensión no contributiva de jubilación, dando la sentencia recurrida una respuesta positiva a la existencia de dicha unidad económica de convivencia. Pero la Sala IV no entra en el fondo del asunto al no concurrir la necesaria contradicción entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso. Así, los supuestos de hecho objeto de comparación son distintos, al no ser análoga la situación entre cónyuges no separados que presumiblemente habían convivido en un hogar familiar antes de su ingreso en la misma residencia, que la situación existente entre una persona y sus hermanos, aunque estuvieran todos ellos ingresados

en la misma residencia de ancianos sin que constara que con anterioridad hubieren convivido juntos y compartido ingresos y/o gastos, basándose precisamente la argumentación jurídica de la sentencia referencial para entender que en este último caso no existía unidad económica de convivencia en el contraste entre la situación de los hermanos analizada en relación con la convivencia previa normal en un hogar familiar o vida en familia más frecuente entre padres y/o hijos.

STS de 10 de noviembre de 2016, Rec. 2411/2016 (RJ 2016\6211)

Función Pública: Jubilación: solicitud de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: incompetencia por razón de la materia o del territorio del órgano que dictó el acto: inexistencia: aplicación del plan de ordenación de recursos humanos: procedencia: denegación procedente. Comunidad Autónoma de Castilla y León: Función pública.

STS de 17 de noviembre de 2016, Rec. 964/2016 (RJ 2016\6008)

Jubilación trabajador con discapacidad superior al 65%. Los años ficticios de cotización se cierran cuando se llega al 100% correspondiendo sólo un 2% de incremento por año adicional de cotización al cumplir dicho porcentaje.

El actor, que tenía 50 años de edad, teniendo acreditados 14,8 años de cotización para la ONCE, se jubiló, reduciéndosele la edad de jubilación conforme al art. 3 RD 1539/2003, en 16 años en función del grado de minusvalía que tenía reconocido (superior al 65%), de forma que se jubiló con una edad ficticia de 66 años, incrementándose el periodo cotizado en 5360 días conforme al art. 5 RD 1539/2003, por lo que al considerar cotizados 47,6 años, se le reconoció una pensión de jubilación del 102% teniendo en cuenta la edad ficticia del actor a la fecha de jubilación. Presentó demanda pretendiendo se le reconociera un porcentaje de pensión del 126%, teniendo en cuenta que desde la fecha de jubilación los días ficticios deben dividirse por 365 para calcular los años cotizados, lo que supone 47,01 y por redondeo 48. El INSS considera que los años de cotización computables se cierran cuando se llega al 100%, entendiéndose que le corresponde sólo un 2% de incremento por año adicional de cotización al cumplir los 66 años ficticios. En instancia y suplicación se estimó la demanda. La Sala IV casa y anula dicha sentencia para desestimar la demanda, por considerar que cuando se reduce la edad mínima de jubilación se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje de pensión de jubilación, sin que puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación.

STS de 22 de noviembre de 2016, Rec. 976/2016 (RJ 2016\6089)

Vejez-SOVI: Periodo de carencia. Acreditada la prestación de servicios y la falta de opción por la Mutualidad de trabajadores autónomos, ha de partirse de la realidad de aquella prestación que debió de ser cotizada.

STS de 23 de noviembre de 2016, Rec. 2506/2016 (RJ 2016\6231)

Función Pública: Jubilación: solicitud de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: incompetencia por razón de la materia o del territorio del órgano que dictó el acto: inexistencia: aplicación de plan de ordenación de recursos humanos: procedencia:

denegación procedente. Comunidad Autónoma de Castilla y León: Función pública.

STS de 30 de noviembre de 2016, Rec. 1020/2016 (RJ 2016\6101)

Seguridad Social: jubilación contributiva: incremento bases cotización (art. 162.2 LGSS): retribución subsidiariamente aplicable a efectos determinación bases de cotización: salario convenio aplicable al trabajo efectivamente realizado: partiendo de que las tareas efectivamente desempeñadas por el beneficiario en el periodo discutido corresponden a una categoría profesional concreta y unas tablas salariales fijadas en los sucesivos Convenios colectivos de naturaleza normativa, con relación a las cuales la empresa estaba legalmente obligada a cotizar, no cabe negar al trabajador el que sus BC de dicho período a efectos de la determinación de la base reguladora de su prestación contributiva de jubilación no se corresponda a las mínimas legalmente exigibles.

STS de 14 de diciembre de 2016, Rec. 2610/2016 (RJ 2016\6180)

Función Pública: Extinción de la relación funcionarial: jubilación: solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: falta de aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos: nulidad.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS de 5 de octubre de 2016, Rec. 1613/2015 (RJ 2016\5220)

Concurrencia de pensiones. La cuestión se centra en determinar si la segunda esposa tiene derecho a la Pensión de Viudedad en su integridad, por no cumplir la primera esposa las exigencias para el percibo de Pensión de Viudedad prorrateada.

Aborda la Sala un RCU en el que la segunda esposa del causante reclama que se reconozca la Pensión de Viudedad en porcentaje del 100% y no compartida con la primera esposa, por cuanto esta no tiene derecho en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS. La cuestión que se plantea consiste en determinar el alcance de la mencionada DT 18ª en relación con las pensiones de viudedad a que se refiere la regla general del art. 174.2 de la LGSS, toda vez que respecto a la primera esposa se había extinguido la Pensión Compensatoria y el fallecimiento del causante se había producido antes de los 10 años siguientes al divorcio, pero más de 10 años después de la separación. El TS reitera la doctrina que ha declarado que el período de 10 años –previsto en la DT 18ª LGSS– debe computarse a partir “del divorcio o de la separación judicial”, esto es, a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio. Y reconoce el derecho de la segunda esposa al percibo de la totalidad de la pensión, teniendo en cuenta el transcurso de más de 10 años entre la fecha en que la primera esposa obtuvo sentencia de separación (3-12-98) y la fecha del hecho causante (2-9-11).

STS de 23 de noviembre de 2016, Rec. 990/2016 (RJ 2016\6091)

Pensión de orfandad. Solicitante que contaba con 23 años de edad cuando falleció su padre: se reconoce en aplicación de lo dispuesto en el art. 175 LGSS y DT 6ª bis en redacción dada por Ley 27/2011.

La actora, que contaba 23 años de edad cuando falleció su padre, solicitó pensión de orfandad que le fue denegada en instancia y suplicación por considerarse que conforme al art. 175 LGSS en redacción dada por Ley 27/2011, vigente a la fecha del hecho causante, en relación con la DT 6ª bis LGSS, durante 2012 (año del hecho causante), la edad máxima para tener derecho a la pensión de orfandad es 23 años. La Sala IV reconoce el derecho a la pensión de orfandad siguiendo doctrina unificada que determinó que existe una laguna legislativa desde la publicación de la ley 27/2011 de 2 de agosto (2-8-2011) hasta el 1-1-2012, que debe interpretarse en el sentido de que tienen derecho a la pensión de orfandad quienes cumplan 23 años durante 2012 y el deceso del causante se produzca antes de cumplir dicha edad.

STS de 24 de noviembre de 2016, Rec. 1156/2015 (RJ 2016\5976)

Pensión viudedad. Prescripción. El derecho a la pensión es imprescriptible pero los efectos económicos de un reconocimiento sólo se retrotraen a los tres meses anteriores a la solicitud formulada con retraso (art. 230 LGSS en su redacción de 30 de octubre de 2015).

STS de 22 de noviembre de 2016, Rec. 980/2016 (RJ 2016\5889)

RCUD. Acceso al recurso de suplicación. Procede en la reclamación del complemento a mínimos de la pensión de viudedad, aunque la cuantía sea inferior al límite del recurso.

La cuestión objeto de debate en esta sentencia consiste en determinar si procede –o no– recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia cuando, al margen de la cuantía litigiosa, lo que se discute es un complemento a mínimos en una pensión de viudedad. En primer lugar, recuerda la Sala IV la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas pues la cuestión puede ser examinada de oficio por esta Sala puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional. Y en segundo lugar, por referencia a doctrina anterior, indica que tales complementos deben garantizar al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, tratándose de prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, a la par que expresamente se reconocen como un derecho en el art. 50 LGSS, lo que hace que reiteradamente se haya pronunciado este Tribunal sobre el derecho al complemento a mínimos sin que en ningún momento a la Sala se le hubiese planteado la cuestión de incompetencia funcional cuando su cuantía no alcanza el límite del recurso de suplicación.

STS de 7 de diciembre de 2016, Rec. 1042/2016 (RJ 2017\146)

Viudedad: parejas de hecho. Acreditación existencia pareja de hecho: ha de efectuarse bien mediante “inscripción en registro” o mediante “documento público en el que conste la constitución” de la pareja.- Reitera doctrina unificada (tres SSTs/IV 22-septiembre-2014 -rcud 1752/2012, 1958/2012 y 1098/2012 y STS/IV 22-octubre-2014 -rcud 1025/2012, de Pleno) concordante con jurisprudencia constitucional (SSTC 40/2014, 44/2014, 45/2014) y sentencias más recientes de esta Sala de 04-02-2015 (rcud. 1339/2014); 10-02-2015 (rcud. 2690/2014); 10-03-2015 (rcud. 2309/2014); 28-04-2015 (rcud. 2414/2014), 29-04-2015 (rcud. 2687/2014); 29-06-2015 (rcud. 2684/2014); 16-12-2015 (rcud. 3453/2014); 11/05/2016 (rcud. 2585/2014); 01/06/2016 (rcud. 207/2015).

STS de 12 de diciembre de 2016, Rec. 1048/2016 (RJ 2016\6198)

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina. Pensión de orfandad absoluta. Huérfano de padre, sin que la madre tenga reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos del art. 174.3 de la LGSS. Reitera doctrina.

La cuestión suscitada se centra en determinar si tiene derecho a acrecer o incrementar su pensión de orfandad, el beneficiario de esa pensión en el caso de que, fallecido el padre causante, la madre no tenga reconocida pensión de viudedad porque no estuvo casada, ni constituyó pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el artículo 174.3 LGSS. Esto es, si tiene derecho al incremento de dicha pensión por cuantía equivalente a la pensión de viudedad, el 52% de la base reguladora, como si tratase de un supuesto de orfandad absoluta, pese a que vive su madre. El Tribunal Supremo reitera doctrina y desestima la pretensión, interpretando la expresión “orfandad absoluta” como la falta de ambos progenitores, o en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género.

STS de 14 de diciembre de 2016, Rec. 1056/2016 (RJ 2016\6314)

Pensión de viudedad. Pareja de hecho de más de 20 años inscrita en el registro correspondiente más de tres años antes del hecho causante, habiendo fallecido la trabajadora cuando se hallaba en situación de alta en el RGSS. Se desestima la petición prestacional de su pareja por ser los ingresos del actor superiores en 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional. Pretensión de que se deduzcan del cómputo de los ingresos la retención a cuenta del IRPF. Falta de contradicción.

STS de 22 de diciembre de 2016, Rec.1107/2016 (RJ 2017\215)

Pensión de viudedad. La DT 18 LGSS es aplicable tanto a quienes en el periodo transitorio rompieron la relación matrimonial sin reconocimiento de pensión compensatoria, cuanto a los que son titulares de ella, también reúnen los requisitos impuestos por el art. 174.2, pues si bien la finalidad de la DT es permitir el acceso a la pensión a quienes –con determinados requisitos– no tienen reconocida compensatoria por causa de su separación o divorcio, no lo es menos que la finalidad de la reforma de la Ley 40/2007, origen de la transitoria, es retomar la situación de necesidad como base de la pensión de Viudedad, por lo que es contrario a esa finalidad que se privilegie a quien aparentemente carece de necesidad [el importe de la pensión no tiene límite en la compensatoria] frente a quien en principio la acredita [tendría el límite de su compensatoria]. Ratificación del criterio de la Sala (SSTS 27/06/13 –rcud 2936/12–; 30/10/13 –rcud 2783/12–; y 15/10/14 –rcud 1648/13–).

6.5. Prestaciones familiares**STS de 21 de diciembre de 2016, Rec. 1101/2016 (RJ 2017\121)**

Prestación en favor de familiares. Hijas divorciadas. No reúnen ese requisito quienes presentaron la demanda de divorcio pocos días antes de morir el causante y convivieron con él, junto con su cónyuge, hasta después del óbito firmando el convenio regulador cuatro meses después renunciando a pensión compensatoria.

6.6. Desempleo

STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 3144/2014 (RJ 2016\5456)

Prestaciones por desempleo. Exportación de desempleo por extranjero. Falta de contradicción.

En el caso, el demandante (hoy recurrente) fue sancionado por el SPEE como consecuencia de haber infringido el deber de comunicar las causas de suspensión o extinción de las prestaciones, habiendo generado cobro indebido la salida al extranjero incumpliendo los requisitos del art. Único tres del RD 200/2006, siendo desestimada su pretensión por la decisión judicial de instancia, confirmada en suplicación. Sin embargo el TS no entra en el fondo del asunto al no concurrir la necesaria contradicción entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso. Así, la sentencia de contraste, aborda las consecuencias de que una persona extranjera que percibe prestaciones por desempleo abandone España por periodo superior a quince días e inferior a noventa, sin haberlo comunicado a la Entidad gestora, la recurrida centra la cuestión litigiosa en la dificultad que ha tenido la Entidad Gestora para alcanzar un exacto conocimiento de los hechos, más allá de que ha habido salida al extranjero. Por otro lado, en la referencial consta de forma indubitada el motivo del viaje al extranjero y hay constancia precisa de sus dimensiones cronológicas, en la recurrida la motivación de las ausencias es hipotética y se desconoce la duración de la ausencia iniciada el 28-11-2011. Finalmente, el Alto Tribunal reitera la doctrina de la Sala sobre prestación “mantenida”, prestación “extinguida” y prestación “suspendida”.

STS de 27 de diciembre de 2016, Rec. 1118/2016 (RJ 2016\6328)

Prestación por desempleo en supuestos de contrato de trabajo y cotización a tiempo parcial. Cálculo del porcentaje de parcialidad desde la nueva redacción del artículo 211.3 LGSS dada por el RDL 20/2012, que habrá de determinarse en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días que determina el importe de la base reguladora, pero ese porcentaje de parcialidad se habrá de proyectar no sobre la base reguladora, sino sobre los topes máximo y mínimo a que se refiere el precepto. La nueva redacción supone el cambio de doctrina jurisprudencial derivada de la misma, como se anunciaba en nuestra STS de 20 de mayo de 2015 (rec. 2382/2014), en la que se aplicaba la anterior redacción del precepto.

6.7. Prestaciones Sanitarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

STJUE de 1 de febrero de 2017, Asunto C-430/15. Caso *Secretary of State for Work and Pensions contra Tolley* (JUR 2017\48318)

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CEE) n.º 1408/71 — Componente de dependencia del subsidio de subsistencia para minusválidos (*disability living allowance*) — Persona asegurada contra el riesgo de vejez que ha abandonado definitivamente toda actividad profesional — Conceptos de “prestación de enfermedad” y de “prestación de invalidez” — Exportabilidad.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) Una prestación como el componente de dependencia del subsidio de subsistencia para minusválidos (*disability living allowance*) constituye una prestación de enfermedad en el sentido 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, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999.

2) El artículo 13, apartado 2, letra f), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificado por el Reglamento n.º 307/1999, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona haya adquirido derechos a una pensión de vejez por las cotizaciones abonadas durante un determinado período al régimen de seguridad social de un Estado miembro no impide que la legislación de este Estado miembro pueda dejar de ser aplicable posteriormente a esta persona. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, a la vista de las circunstancias del litigio del que conoce y de las disposiciones del Derecho nacional aplicable, en qué momento esa legislación dejó de ser aplicable a tal persona.

3) El artículo 22, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificado por el Reglamento n.º 307/1999, debe interpretarse en el sentido de que impide que la legislación del Estado competente supedita la percepción de un subsidio como el controvertido en el litigio principal a un requisito de residencia y de presencia en el territorio de ese Estado miembro.

4) El artículo 22, apartado 1, letra b), y el artículo 22, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificado por el Reglamento n.º 307/1999, deben interpretarse en el sentido de que una persona que se encuentre en una situación como la examinada en el litigio principal conserva el derecho a percibir las prestaciones a las que hace referencia esa primera disposición tras haber trasladado su residencia a un Estado miembro distinto del Estado competente, siempre que haya obtenido una autorización a tal efecto.

9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

9.1. Mejoras Voluntarias

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

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

STS de 15 de diciembre de 2016, Rec. 1059/2016 (RJ 2016\6200)

Recurso de casación para la unificación de doctrina. Reclamación de cantidad. Plan de prejubilación en el marco de un expediente de regulación de empleo no impugnado. Se discute la posible responsabilidad solidaria de la empresa (“Poliseda, SL”) y de la aseguradora (“Apra Leven, SA”, sociedad en liquidación) después de que esta última hubiera entrado en un proceso de liquidación. La sala IV del TS, confirmando la sentencia del TSJ –y del JS–, atribuye la responsabilidad, en exclusiva, a la aseguradora. Contiene la misma solución otorgada en los recursos de casación para la unificación de doctrina números 615/2015, 815/2015, 965/2015 y 1514/2015, deliberados todos en el mismo pleno del 23-11-2016.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BLASCO LAHOZ, J.F., SALCEDO BELTRÁN, C.: *Introducción a la protección social*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2017, 194 páginas.

DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *Seguridad Social y proceso*, Navarra, Aranzadi, 2017, 304 páginas.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: *Ley General de la Seguridad Social. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2ª ed., Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 545 páginas.

VV.AA.: *La prueba en el proceso laboral*, Navarra, Aranzadi, 2017.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2017, 406 páginas.

BALLESTER PASTOR, I.: *Trabajo protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Barcelona, Atelier, 2017, 174 páginas.

BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Murcia, Laborum, 2017, 171 páginas.

MERCADER UGUINA, J.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Directores): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, 2 Tomos. Tomo I, 808 páginas. Tomo II, 869 páginas.

ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: *La constitucionalización de la Seguridad Social: la experiencia española e italiana en su 40 y 70 aniversario*, Albacete, Bomarzo, 2017, 242 páginas.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *Sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Comares, 2017, 320 páginas.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2016, 569 páginas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

ERRANDONEA ULAZIA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributiva (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantía de las pensiones y revalorización de pensiones)*, Granada, Comares, 2016, 369 páginas.

4. RECENSIÓN

SIERRA HERNÁIZ, ELISA.: *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*, Navarra, Civitas, 2016, 220 páginas

La configuración jurídica de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural están planteando, a día de hoy, muchas controversias debido quizás a su compleja e inacabada estructura. Ciertamente, se tratan de dos prestaciones que responden a una situación de riesgo derivada de contingencias profesionales y que exigen, por ende, una evaluación de los riesgos de acuerdo con lo que determina la normativa de Prevención de Riesgos Laborales (esto es, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales –en adelante LPRL–) en relación con un estado de necesidad, ya sea de la trabajadora embarazada o de los lactantes menores de nueve meses, que protege el sistema de Seguridad Social.

A fin de contribuir al esclarecimiento de muchos de los problemas que están latentes en la praxis ordinaria de estas prestaciones sale a la luz una brillante monografía titulada: “*Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*”. Se trata, sin lugar a dudas, de una obra maestra en donde su artífice, la doctora Elisa Sierra Hernáiz, aborda de una manera minuciosa y exhaustiva todos los elementos de la compleja red legal que rige a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural en relación con la prevención de riesgos laborales. La publicación de esta obra viene justificado por la complejidad de la situación que se regula, a saber, la protección de ambas prestaciones desde una perspectiva no discriminatorio y promotora de la igualdad. Tema que, como es sabido, está planteando numerosos interrogantes acerca de su inacabada regulación normativa. Y es que, esta situación viene motivada por el conjunto de bienes jurídicos de la normativa constitucional y preventiva, referidos no sólo a la protección de la integridad física de la madre trabajadora y del feto, sino también por el fuerte componente de tutela antidiscriminatoria de esta regulación. Como bien expone su autora: “no se puede obviar que el embarazo de la trabajadora y la atención al recién nacido, en este caso por medio de la lactancia natural, ha sido y sigue siendo la causa última y principal de la discriminación laboral de la mujer en cuanto a su rol social respecto a la atención

y cuidado de la familia, a pesar de los cambios importantísimos y de la evolución social que se ha producido en nuestra sociedad en las últimas décadas”. De este modo, su autora (Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra), pretende dar respuesta a estos problemas con una visión global e integradora de los diversos intereses en juego.

En la actualidad, las posibilidades que ofrece el ordenamiento laboral para hacer frente a estos riesgos no sólo son generales, sino también exclusivos en cuanto que deberán responder a un concreto estado de carencia que se plantea en relación con el puesto de trabajo efectivo que desarrolla la mujer trabajadora durante el periodo de embarazo y/o lactancia natural. En cualquier caso, resultará sumamente indispensable demostrar el riesgo real que “... para la seguridad y salud o su posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia”. Una vez detectado el factor que precipita la alteración de la salud, deberá el empresario adoptar “... las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”(Artículo 26.1 de la LPRL).

En este sentido, la jurisprudencia viene exigiendo que además del riesgo concurrente en el desempeño del puesto concreto de trabajo, éste sea también específico, o sea, relevante para la salud de la madre y/o lactante en la actividad o medio preciso de trabajo en donde tal se desenvuelve. A este respecto, las últimas intervenciones del Tribunal Supremo (TS) se están planteando en el ámbito profesional de la salud y el educativo, siendo la respuesta del alto tribunal sorprendente y negativa en muchos casos. Por esta razón, la investigadora estudia el citado artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tanto a la luz de la doctrina de los tribunales encargados de interpretarlo, como en cuanto a su regulación en los convenios colectivos y planes de igualdad de las empresas, “uno de los temas más complejos que se plantean en la realidad de ellas”. Por eso, Elisa Sierra incluye los ejemplos de buenas regulaciones correspondientes a siete empresas e instituciones con la idea de que también sirvan de guía para futuras normativas en esta área.

A lo largo de sus cuatro capítulos la profesora Elisa Sierra estudia, de forma minuciosa, la compleja regulación legal preventiva en torno a esta materia. La estructura general del libro es la siguiente: “Capítulo I. El embarazo y la situación de lactancia natural de la mujer trabajadora como circunstancias que justifican la protección en materia de prevención de riesgos laborales; Capítulo II. La protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada y en situación de lactancia natural; Capítulo III. La regulación convencional y de los planes de igualdad de la protección del embarazo y lactancia natural de la trabajadora y, finalmente, el Capítulo IV. Las prestaciones de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. Regulación legal y análisis jurisprudencial”.

En definitiva, nos encontramos ante un elaboradísimo trabajo de investigación que se puede considerar prácticamente de obligada lectura, tanto para investigadores experimentados en la vertiente social, como para noveles deseosos de enriquecer sus conocimientos en esta ardua materia. Su autora cubre perfectamente y de manera sobresaliente el tema propuesto: “*Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*”. Por destacar queda, únicamente, el amplio y detallado material bibliográfico y científico seleccionado por la profesora Sierra Hernáiz para la confección del presente volumen, en donde se combinan los estudios más recientes y especializados en la materia al tiempo que se juega con una conflictiva y, poco pacífica, doctrina jurisprudencial. Sin lugar a dudas, esta obra resulta imprescindible para cualquier biblioteca jurídica, ya que contribuye con magistral

acierto a resolver todos los problemas aplicativos e interpretativos que esta difícil disciplina plantea en la práctica diaria.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Directores), MALDONADO MOLINA, J.A y DE VAL TENA, A.L (Coordinadores): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, LABORUM, 2017, 2 Tomos. Tomo I, 808 páginas. Tomo II, 869 págs.

El derecho a la Seguridad Social desde su nacimiento en la década de los años sesenta del siglo pasado, se ha alzado como un elemento básico del ordenamiento jurídico y a un mismo tiempo, como cimiento indispensable del sistema legal español. Hasta tal punto es así, que nuestra Carta Magna ha atribuido a la Seguridad Social la primordial tarea de la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica, social y políticamente relevantes (art. 41 CE). Para lo cual, la Seguridad Social ha sido dotada de un conjunto de prestaciones, temporales o indefinidas, ya sea en dinero o en especie, que tratan de hacer frente a aquellas situaciones.

Es así como la concepción universal respecto al tema ha llevado a cada nación a organizarse con el objeto de configurar variados modelos al servicio de este objetivo. Siendo obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas contra riesgos tales como: accidentes, enfermedades, desempleo, embarazo, jubilación... etcétera. Se habla por tanto, de una institución sumamente compleja y lamentablemente caótica, que exige una permanente actualización, tanto para asumir los sucesivos cambios legales como para integrar en ellos las nuevas tendencias hermenéuticas de nuestros tribunales.

El excelente “Tratado de Seguridad Social”, publicado en 2017 por la editorial Laborum, pretende ofrecer las herramientas conceptuales necesarias para la comprensión de esta realidad social, así como una descripción avanzada de la función, organización y mecánica funcional del Sistema de la Seguridad Social española. Desde su reciente publicación en el presente año, esta novedad monográfica se ha hecho con la portada de muchas revistas jurídicas y no han faltado anuncios en reconocidas páginas webs especializadas en la venta de material iuslaboralista. Y es que, no debemos olvidar que se trata de una obra que cubre un importante vacío bibliográfico que hasta el momento había quedado desamparado. Ante todo conviene aclarar sin ambages, que a día de hoy constituye la mejor y más completa producción teórico-práctica existente en materia de Seguridad Social en todo mercado editorial. Con casi cien colaboraciones de auténticos expertos en Seguridad Social, cuya formación describe un amplio espectro de disciplinas interrelacionadas por el nexo común que supone la protección social, este atrevido tratado ha conseguido convertirse en un ejemplar bibliográfico único. Ya que reúne, de forma compendiada y metódicamente estructurada en dos grandes volúmenes, el conocimiento aplicado a la Seguridad Social de una extensa miríada de materias que confluyen incuestionablemente en este campo. Como no podía ser de otra manera, resultan ser los impulsores de esta brillante idea creadora los profesores: José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta (Directores) y Juan Antonio Maldonado Molina y Ángel de Luis de Val Tena (Coordinadores). Todos ellos profesionales altamente cualificados y de reconocida solvencia investigadora y que, además, están especialmente sensibilizados con la idea de trabajar más intensamente en este terreno para avanzar hacia el establecimiento de un sistema de Seguridad Social que cubra, efectivamente, a todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad. Sin embargo, no habría sido posible la conjunción y armonización

de todas las piezas que componen este complejo sistema, de no ser por la inestimable y fiel colaboración de auténticos expertos en la materia provenientes de las diferentes universidades españolas (en donde se incorporan las nuevas generaciones de investigadores) que deleitan al lector con diversos enfoques de una misma problemática a través del prisma científico-doctrinal y jurisprudencial. Por tanto, un heterogéneo, pero compacto grupo de autores cuya puesta en común ha servido para dar paso al nacimiento de este destacado ejemplar, que se inserta dentro de la reputada colección de trabajos que edita la prestigiosa editorial Laborum.

Por estas razones, este ejemplar reúne todas las condiciones para convertirse en un gran referente teórico-práctico de imprescindible consulta, necesario para cualquier biblioteca jurídica que se precie. La primera edición de estos dos libros acreditan sobradamente su aptitud para la iniciación del lector en el cambiante mundo del Derecho de la Seguridad Social, sin dejar de proporcionar ayuda al profesional más implicado en esta importante materia del ordenamiento jurídico. Se incorpora a esta primera reimpresión los innumerables desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, incluido el del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, cuyo valor no es preciso recalcar. En particular, se presta especial atención al intenso proceso de reforma legislativa, en curso de desarrollo y revisión, así como a las nuevas normas legales y reglamentarias aparecidas en el Boletín Oficial del Estado hasta principios de 2017.

Con un criterio que prima la claridad y la eficacia expositiva, y que sostiene con tesón una precisión meridiana a lo largo de toda la obra, el libro analiza de una forma evolutiva, la totalidad del sistema de Seguridad Social desde una doble perspectiva: histórica y dogmática. En efecto, el Derecho de la Seguridad Social es una rama del ordenamiento sumamente mutable y dinámica, de tal forma que se hace necesario incorporar al examen de la normativa vigente una perspectiva histórica. No obstante, se precisa también de un conocimiento de las reglas vigentes, razón por la cual, acto seguido se aborda el estudio de las instituciones concretas del Derecho a la Seguridad Social: ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Seguridad Social, gestión, financiación, dinámica de las prestaciones (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, protección social familiar, desempleo, sanidad y protección social complementaria), sistema de dependencia, peculiaridades de los regímenes especiales de la Seguridad Social (REA, RETM, RETA, RESSEH, RESSE, Régimen Especial de la Minería del Carbón y Regímenes Especiales de Funcionarios) y garantías procesales (jurisdicción, competencias y modalidades procesales).

En definitiva, nos hallamos ante una primera edición de un interesantísimo manuscrito, que posiblemente se convierta en breve en un clásico de la literatura jurídica en general y del mundo de las relaciones laborales en particular. Pues no sólo analiza con soltura y rigor cada uno de los elementos jurídicos que la actual regulación establece, sino es más, lo hace también atendiendo a la copiosa y no siempre inequívoca doctrina jurisprudencial. Baste decir para convencer al dubitativo que incorpora con maestría las últimas y más recientes novedades legislativas habidas en nuestro país, al hilo de la reciente crisis económica. Y es que, el pesoso momento que vivimos invita a plantear continuas reformas, que admitámoslo, no siempre constituyen la solución ideal a los obstáculos que les salen al paso hoy día al Estado y al empresario (absentismo laboral, fraude a la Seguridad Social... etcétera). El "Tratado de Seguridad Social" aquí comentado, contribuye con magistral acierto a resolver todos los problemas aplicativos e interpretativos que ésta difícil disciplina social acarrea. Ya que actualmente el derecho a la Seguridad Social es fuente de numerosos litigios, por lo que una correcta formación facilita una mejor ejecución de los hechos que se suceden en nuestra sociedad contemporánea.

Economía y
Sociología de
la Seguridad
Social y del
Estado Social

LABORUM

Conflictos de trabajo en un marco de competencia sindical. Un análisis estadístico para el caso español

Labor disputes in a framework of Union competence. A statistical analysis for the Spanish case

SANTOS M. RUESGA

*CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID*

LAURA PÉREZ ORTIZ

PROFESORA AYUDANTE DOCTOR EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE, CHILE

Resumen

Los representantes de los trabajadores, generalmente organizados mediante la figura del sindicato, son los encargados de encarnar la voz colectiva de los trabajadores, defendiendo sus intereses y propuestas en el entorno productivo. La representación de los trabajadores se manifiesta mediante la acción colectiva, y su principal herramienta de presión frente a su contraparte, i.e. la organización empresarial, es el conflicto. Con el conflicto los trabajadores y, especialmente, sus representantes –quienes poseen la capacidad de su convocatoria–, muestran el poder que ostentan para defender sus intereses.

Diferentes estudios se han centrado en analizar la relación existente entre formas de representación laboral y conflicto, destacando empíricamente la existencia de una relación diferente entre ambas a la que podría esperarse a nivel teórico. En este sentido, las evidencias indican que la concentración de la representación laboral en una única organización laboral o sindicato, que hipotéticamente estaría relacionado con una mayor unidad en la representación laboral en el centro de trabajo y, por tanto, un mayor poder de convocatoria de los trabajadores a la acción colectiva, no se asocia con un mayor nivel de conflicto laboral. Todos los estudios indican que ésta inversa relación entre poder de negociación y conflicto se encuentra asociada al efecto del multi-sindicalismo y los incentivos que éste genera sobre la competencia sindical.

Abstract

The workforce representatives –generally represented by an union– are responsible to embody the collective voice of workers, defending their interests and proposals in the productive environment. The representation of workers is manifested through collective action, and its main tool against its counterpart, ie business organization, is the conflict –strike–. With the conflict, the workers and especially their representatives show the power they hold to defend their interests.

Several studies have been focused on analyzing the relationship between forms of labor representation and conflict, empirically highlighting the existence of a different relationship between both than it would be expected theoretically. In this regard, the evidence indicates that the concentration of workforce representation in a single labor organization or union, hypothetically related to greater unity in the labor representation in the workplace and therefore more power to convene workers to collective action, is not associated with a higher level of industrial conflict. All studies indicate that this inverse relationship between bargaining power and conflict is associated with the effect of multi-unionism and the incentives it creates for union competition.

This study focuses on the Spanish case, shedding light on the analysis of the effect of competition between labor organizations –for increase its institutional power– has on the development of conflict during the collective bargaining. The peculiarities of labor representation

El presente estudio se centra en el caso español, profundizando en el análisis del efecto que la competencia entre organizaciones laborales –por incrementar su poder como organización o institución– posee sobre el desarrollo de la conflictividad durante la negociación del convenio colectivo. Las peculiaridades del modelo de representación laboral en España, basado en las elecciones a delegados de personal y comités de empresa y los criterios legales de representatividad laboral, incitan a la rivalidad entre organizaciones laborales, especialmente a nivel de empresa, donde tienen lugar las elecciones, y lo convierten en un buen marco de análisis para el estudio de la relación entre competencia en la representación laboral y el conflicto en el desarrollo de la negociación colectiva.

Las evidencias alcanzadas confirman la incidencia positiva y significativa de la rivalidad entre organizaciones laborales sobre el desarrollo de la conflictividad en la negociación colectiva, siendo el conflicto empleado como una estrategia de “marketing” para fortalecer la capacidad de liderazgo de las organizaciones laborales y mantener su reputación frente a sus representados.

system in Spain –based on labour representatives elections– introduces incentive for the rivalry between labor organizations, especially at firm level, where elections are held. Thus the Spanish collective bargaining is good framework of analysis for studying the relationship between competition in labor representation and conflict in the development of collective bargaining.

Our empirical evidences confirm the positive and significant impact of the rivalry between labor organizations on the development of conflict in collective bargaining, being the conflict a “marketing” strategy used for strengthening the leadership of labor organizations and maintain their reputation with their clients: employees.

Palabras clave

negociación colectiva, representación laboral, sindicatos, competencia

Keywords

collective bargaining, workforce representatives, unions, competition

1. EL MARCO DE ANÁLISIS

Los representantes laborales, generalmente organizados mediante la figura del sindicato, son los encargados de personificar la voz colectiva de los trabajadores, defendiendo sus intereses y propuestas en el entorno productivo (Freeman & Medoff 1979). La representación de los trabajadores se manifiesta mediante la acción colectiva (Dickens 1986), y su principal herramienta de presión frente su contraparte, la organización empresarial, es el conflicto (Rees 1989). Con el conflicto los trabajadores y, especialmente, sus representantes –quienes ejercen su capacidad de convocatoria–, muestran el poder que ostentan para defender sus intereses (Akkerman, 2008).

Diferentes estudios, entre los que destacan recientemente Jansen (2014) y Akkerman (2008), u otros anteriores como los de Metcalf et al. (1993), Ingram et al. (1993), Machin et al. (1993), Ross & Hartman (1960) y Ross & Irwin (1951), se han centrado en analizar la relación entre representación laboral y conflicto, resaltando empíricamente la existencia de una relación entre ambas diferente a la que podría esperarse desde una perspectiva analítica-teórica. Así, las evidencias alcanzadas en estos estudios indican que la concentración de la representación laboral en una única organización o sindicato, que hipotéticamente estaría relacionado con una mayor unidad en la representación de los trabajadores (Summers et al. 1986) y, de esta forma, con una mayor capacidad de acción colectiva y presión para alcanzar sus objetivos en el entorno productivo, no se asocia con un mayor uso del conflicto laboral. Todos estos estudios explican esta inesperada relación por los incentivos que produce una representación laboral dividida en más de una organización o sindicato –multisindicalismo– en la competencia entre dichas organizaciones, con el fin de alcanzar un mayor número de afiliados, y el uso del conflicto como herramienta para fortalecer su liderazgo como

representantes de los trabajadores. De esta forma, el conflicto se emplea como un mecanismo de presión por parte de la organización convocante –generalmente aquella con mayor capacidad de movilización, es decir, mayor número de trabajadores representados–, especialmente cuando existe el riesgo de que el fracaso en la negociación en favor de los objetivos de sus representados derive en una pérdida de su influencia o liderazgo, y por ende, favorezca a las organizaciones con las que compete.

Estas evidencias llevan a replantear la interpretación del conflicto como medio estrictamente empleado para defender los intereses de los trabajadores en el centro de trabajo, lo que lleva a reabrir el histórico debate planteado por Dunlop (1944) y Ross (1948) sobre la distinción que existe entre los intereses que persiguen los trabajadores y los de sus representantes.

El presente estudio se centra en el caso español, profundizando en el análisis del efecto que la competencia entre organizaciones laborales¹ –por incrementar su poder como institución– ejerce sobre el desarrollo de la conflictividad durante la negociación del convenio colectivo. Las peculiaridades del modelo de representación laboral en España, basado en las elecciones de delegados de personal y comités de empresa y los criterios legales específicos de representatividad laboral, incitan a la rivalidad entre organizaciones laborales, especialmente a nivel de empresa, donde tienen lugar todas las elecciones (Baylos 1991; Canal & Rodríguez 2004).

Por otra parte, se analiza de forma novedosa cómo incide en la conflictividad la existencia como representantes laborales de organizaciones independientes de un sindicato, forma de representación existente en España –así como en otros países de la UE como: UK, Alemania, Países Bajos, Finlandia, Bulgaria o Estonia–. Este mecanismo de representación no dependiente de un sindicato no posee presión directa de una estructura directiva sindical para la consecución de sus objetivos institucionales, lo que puede afectar de forma diferente en su forma de actuar en la negociación y, por tanto, el desarrollo de la conflictividad.

Todo ello convierte al modelo español en un buen marco de análisis para el estudio de la relación entre competencia en la representación laboral y el conflicto laboral en el desarrollo de la negociación colectiva.

En nuestro análisis empleamos la *Base de Datos de Convenios Colectivos* (BDCC), elaborada por el *Ministerio de Trabajo*. La BDCC contiene información de todos los convenios colectivos vigentes en un año a nivel nacional, lo que permite realizar un análisis para el total de convenios existentes y, así, obtener resultados más robustos que los que podrían alcanzarse usando una muestra limitada de los mismos. Asimismo, esta base aporta datos sobre la composición de la representación laboral en la mesa negociadora del convenio, según la organización –sindical o no sindical– a la que pertenece cada representante, permitiendo obtener indicadores más precisos sobre el grado de competencia entre organizaciones laborales en el desarrollo del acuerdo que los utilizados en otros estudios (Jansen 2014; Akkerman 2008; Metcalf et al. 1993; Ingram et al. 1993; Machin et al. 1993; Ross & Hartman 1960; Ross &

¹ En el presente estudio se utiliza el concepto “organización laboral” para definir la representación de los trabajadores, ya que ésta en España puede estar formada por representantes sindicados o no, siendo estos últimos grupos de trabajadores independientes de un sindicato legalmente constituido, que se organizan para ejercer la representación de los trabajadores tan solo en el ámbito de la empresa.

Irwin 1951). Por otra parte, el hecho de que nuestro análisis sea únicamente elaborado para España, evita la posible introducción de sesgos de comparación que se producen cuando se realiza un análisis conjunto para diferentes países (ver Jansen 2014; Akkerman 2008), los cuales omiten las especificidades propias de cada modelo de negociación colectiva existente en cada país (Dobson 1997), pudiendo afectar a la consistencia de los resultados obtenidos.

El artículo se divide en tres apartados. En el primero se hace una breve introducción acerca del modelo de representación laboral español y cómo incide sobre la rivalidad entre las organizaciones laborales y el desarrollo del conflicto durante el proceso de negociación del convenio colectivo, fijando las hipótesis a contrastar. El segundo apartado expone el análisis empírico y los resultados obtenidos. Mientras que en el tercero y último se presentan las conclusiones.

2. LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

2.1. El modelo de negociación colectiva en España. Un resumen

La negociación colectiva en España se lleva a cabo en diferentes niveles: según el ámbito productivo –empresa o sector– o el territorio al que abarca su regulación –local, provincial, regional o nacional–, así como sus posibles combinaciones, siendo el ámbito sectorial-provincial el predominante ya que afecta aproximadamente al 55 por ciento de los asalariados cubiertos por un convenio colectivo². En España la actuación de la cláusula de eficacia general –*erga omnes ex ante*– hace que los acuerdos pactados afecten a todos los trabajadores, al margen de que estén o no afiliados a una organización sindical, y a todas las empresas del ámbito en el que se fije el acuerdo. Este hecho impulsa el grado de cobertura de la negociación colectiva a niveles muy elevados con respecto a lo usual en los países europeos, al afectar aproximadamente al 70 por ciento de los asalariados –estando la media en Europa entorno al 62 por ciento (Fulton 2013) –, mientras que desincentiva la afiliación –efecto *free rider* (Simón 2003)–. No obstante, a pesar de la incidencia negativa que la cláusula de eficacia general posee sobre la afiliación –siendo ésta una de las más bajas de Europa, próxima al 19 por ciento (Fulton 2013)–, la representación laboral se encuentra legitimada en función de las elecciones sindicales.

Estas elecciones se celebran en el nivel de empresa y en ellas participan todos los trabajadores, independientemente de su pertenencia o no a un sindicato. Los resultados en las votaciones dan lugar a la configuración del comité de empresa o al nombramiento de delegados de personal –representación laboral en aquellos centros de trabajo de menos de 50 trabajadores–, que son las figuras legalmente constituidas para la defensa de los intereses de los trabajadores en la compañía. En ámbitos superiores de negociación al empresarial, la representación laboral se encuentra legitimada en función del grado de representatividad institucional. Éste se obtiene según la proporcionalidad de representantes electos obtenidos a nivel agregado en los centros de trabajo del ámbito correspondiente. En estos niveles únicamente actúan las grandes confederaciones sindicales: Unión General de Trabajadores, Comisiones Obreras, Unión Sindical Obrera y Confederación General del Trabajo –todas en el nivel estatal– y Euskal Langileen Alkartasuna, Languileen Abertzale Batasuna y Confederación Intersindical Galega, en ámbitos regionales –en el País Vasco las dos primeras

² Los datos del presente apartado proceden de la Base de Datos de Convenios Colectivos para el periodo comprendido entre los años 2000 y 2010 (último año disponible).

y en Galicia, la tercera—. Todas ellas poseen una mayor capacidad estructural y organizativa que les favorece para poder alcanzar el grado de representatividad institucional.

En las elecciones sindicales el número de representantes laborales a elegir en cada empresa se determina respecto al número de trabajadores del centro de trabajo. Consecuencia del carácter democrático de las elecciones, la representación laboral a nivel de empresa es dual, pudiendo estar formada por representantes electos pertenecientes a un sindicato (a sus respectivas secciones sindicales en la empresa), o no, formando estos últimos una candidatura laboral independiente de una organización sindical.

A pesar de la posible participación en el nivel de empresa de candidaturas laborales no pertenecientes a un sindicato, la importancia de la representación sindical en el conjunto de la negociación colectiva española es elevada. En este sentido, el 80,2 por ciento de los convenios colectivos de empresa se firman únicamente por representantes pertenecientes a alguna organización sindical, afectando al 98,1 por ciento de los trabajadores cubiertos por un convenio de empresa. Además, la legislación laboral potencia la figura sindical, al permitir que las secciones sindicales negocien el convenio de forma unilateral cuando éstos poseen la mayoría de los representantes laborales electos que participan en el comité de empresa (artículo 87 de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*). Hecho que facilita la materialización de las políticas y objetivos del sindicato durante el proceso de negociación colectiva (Escobar 1995).

Lo descrito, en su conjunto, ofrece una visión de la relevancia que posee el sindicato en la negociación colectiva española, siendo éste el principal órgano de representación de los trabajadores.

2.2. Competencia entre los sindicatos y sus efectos sobre el conflicto laboral

Mediante las elecciones, las organizaciones laborales aportan a los trabajadores una mayor eficacia e identidad en sus demandas a cambio de obtener legitimidad para poder ejercer su representación. De esta forma, los resultados electorales se convierten en la fuente de legitimidad institucional de cada organización, sustentado en los principios de democracia y proporcionalidad, en lugar del criterio asociativo basado en la afiliación (Martín Artiles 2005).

A consecuencia de su legitimidad, cada organización laboral logra el derecho de participación en el ámbito institucional, lo que lleva a que su nivel de influencia se extienda al ámbito económico, político y social, actuando en defensa de los intereses del conjunto de la sociedad (Jódar *et al.* 2004). La representatividad se convierte así en el núcleo de su fortaleza organizativa, al dotar a la organización de una mayor capacidad de movilización a nivel social que la que podría obtener con la organización de sus militantes y afiliados (Richards 2008).

Asimismo, la participación de las organizaciones laborales más representativas —especialmente los sindicatos mayoritarios— en los asuntos públicos da lugar a mayores recursos financieros en función de la representación de los trabajadores, aportados por la Administración Pública, siendo beneficiadas con mayores ingresos aquellas que obtienen mejores resultados en las elecciones. Históricamente, los recursos obtenidos por la afiliación no han permitido financiar la actividad de las organizaciones laborales, siendo necesaria la financiación pública para la supervivencia de su estructura institucional (Hamman & Martínez 2003; Richards 2008).

Como consecuencia de ello, debido a la importancia que los resultados electorales poseen en el desarrollo institucional de cada organización laboral y el sostenimiento de su estructura a nivel económico, los candidatos en las elecciones estarán incentivados a competir entre ellos con el fin de incrementar el número de votos obtenidos en el proceso electoral (Escobar 1995).

Lo descrito da lugar a la proposición de tres hipótesis diferentes que serán contrastadas en el presente estudio.

2.3. Representación sindical heterogénea y conflicto laboral

La competencia entre organizaciones laborales por aproximarse a los intereses de los trabajadores, hecho que reporta a éstas futuros réditos en términos de votos para el caso español, hace que la conflictividad se convierta en un elemento clave al servir como herramienta de diferenciación respecto de las organizaciones rivales. En este sentido, el conflicto laboral se convierte en el medio que cada organización laboral posee para mostrar su capacidad de liderazgo en la defensa de los intereses de sus representados (Rees 1989).

Cuando en el proceso de negociación las condiciones laborales que se pueden alcanzar no cumplen las expectativas de los trabajadores en el acuerdo, los representantes laborales pueden adoptar dos posiciones (Ashenfelter & Johnson 1969):

1. Aceptar dichas condiciones y firmar el acuerdo
2. Iniciar el conflicto laboral

Bajo la diferenciación de objetivos en el proceso de negociación entre representantes y representados (Ross 1948), la primera opción será factible mientras que la organización laboral líder –quien concentra la mayor representatividad en la negociación– no vea peligrar su liderazgo en la representación de los trabajadores. En este sentido, los costes asociados al conflicto laboral para esta organización requieren de una precisa evaluación, ya que el éxito de la huelga determina la percepción que el trabajador posee sobre su capacidad de liderazgo, incidiendo en la futura decisión de voto o afiliación de dicho trabajador (Akkerman 2008; Buttigieg *et al.* 2008).

Sin embargo, cuando la organización líder ve afectado dicho liderazgo por la posible pérdida de influencia en favor de otra organización rival, el conflicto laboral se convertirá en una opción factible como mecanismo de presión por parte del líder –que ostenta una mayor capacidad de movilización– para alcanzar los objetivos perseguidos en el acuerdo y cumplir con los resultados esperados por sus representados. La conflictividad así se utiliza como mecanismo de “marketing” para atraer o mantener a los votantes, al indicar una mayor implicación de la organización líder por alcanzar mejores condiciones laborales para los trabajadores en el acuerdo (Akkerman 2008).

Asimismo, si el objetivo de los trabajadores en la negociación es mejorar sus condiciones laborales, la búsqueda de mejores resultados electorales por parte de cada organización laboral incentiva una competencia por cumplir con las demandas laborales en el proceso de negociación colectiva. Este hecho puede favorecer el surgimiento de proposiciones no realistas en concordancia con la situación económica de la empresa, y deriva en una

situación de desacuerdo con la organización empresarial en la negociación que promovería la conflictividad (Jansen 2014; Akkerman 2008; Ashenfelter & Johnson 1969).

Bajo esta consideración, la *primera hipótesis* a contrastar en el presente análisis parte de la idea de que, cuanto mayor heterogeneidad haya en la composición de la representación laboral en la comisión negociadora del convenio, mayor será la rivalidad entre representantes laborales y, por tanto, mayor será la probabilidad de que se desencadene el conflicto laboral.

2.4. Rivalidad sindical y ámbito de negociación colectiva

Al tomar en consideración el modelo de representación laboral español, centrado en las elecciones celebradas a nivel de empresa, el eje de la competencia se centrará en este nivel (Baylos 1991). Así, los objetivos de los representantes laborales se ven condicionados por la proximidad con sus votantes en el acuerdo a nivel de empresa, lo que implica que los últimos ejerzan una mayor presión sobre los primeros para impulsar sus demandas e intereses (Canal & Rodríguez 2004). En este sentido, las votaciones generan incentivos que acentúan la rivalidad y promueven la competencia para obtener el mayor número de votos posibles, impulsando el conflicto.

No obstante, lo descrito no implica que la rivalidad no se produzca en niveles de negociación superiores al ámbito empresarial; aunque, dicha rivalidad sí puede verse mitigada por:

1. Los mecanismos de extensión y el efecto *free rider*, donde cada organización laboral representa a un gran número de trabajadores que mayoritariamente no están afiliados, lo que incide de forma negativa sobre la presión que posea la organización para alcanzar mejores resultados en la negociación (Canal & Rodríguez 2004).
2. Por otra parte, la mayor coordinación entre los agentes negociadores y la mejor consideración de los efectos negativos que el acuerdo puede poseer sobre la economía, inciden en la moderación de las demandas laborales (Flanagan 1999; Ross & Hartman 1960).

Aminorando ambos factores el efecto de la rivalidad y, por ende, la conflictividad.

Con todo, la *segunda hipótesis* a contrastar determina que la rivalidad entre organizaciones laborales será mayor a nivel de empresa, ámbito en el que se llevan a cabo las elecciones, en comparación con los ámbitos superiores de negociación.

2.5. Representación no sindical y conflictividad laboral

La representación laboral dual a nivel de empresa, hace que en representación de los trabajadores puedan participar las secciones sindicales o candidatos laborales independientes de una organización sindical. Las secciones sindicales forman parte de la estructura organizacional del sindicato al que pertenecen, teniendo entre sus objetivos en la negociación colectiva defender los intereses de su organización con el fin de incrementar su poder institucional frente al resto (Ross 1948). Mientras que, por otra parte, las candidaturas independientes no poseen la presión directa de una estructura organizativa superior que condicione su comportamiento en el acuerdo.

En este sentido, las secciones sindicales tienen mayores incentivos a competir por la creciente presión organizativa para mantener el nivel de liderazgo de la organización frente al resto, hecho que puede impulsar la conflictividad.

Asimismo, y de forma contraria, cuando el número de representantes en el comité negociador pertenecientes a una candidatura laboral independiente es mayor, la probabilidad de conflicto tenderá a verse reducida, lo que constituye la tercera hipótesis a contrastar.

3. EL ANÁLISIS EMPÍRICO DESARROLLADO

Para contrastar las tres hipótesis planteadas, se utilizan como unidades de análisis los convenios colectivos suscritos. Los datos proceden de la *Base de Datos de Convenios Colectivos* (BDCC), que contiene los microdatos de todos los convenios registrados anualmente por el Ministerio de Trabajo.

El uso de convenios como unidad de análisis supone una ventaja al evitar la pérdida de información que se produce al utilizar observaciones agregadas –a nivel industrial o nacional–, identificando con mayor precisión lo que sucede en cada negociación. Por otro lado, poder disponer en el análisis de todos los convenios colectivos registrados anualmente en el Ministerio de Trabajo, es decir, toda la población de convenios, mejora el poder explicativo de las estimaciones y evita posibles sesgos de selección que se producirían al emplear una muestra limitada de convenios.

La variable que centra el interés del estudio corresponde a la existencia de manifestaciones y/o movilizaciones durante el desarrollo de la negociación colectiva (*Conf_{it}*)³, utilizándose como dependiente en nuestro modelo. El uso de esta variable permite identificar únicamente la conflictividad asociada al desarrollo de la negociación colectiva, obteniendo una medida más precisa del conflicto al distinguir éste de otros como, por ejemplo, el desarrollo de huelgas generales.

Para poder contrastar las hipótesis 1 y 2 propuestas, es imprescindible obtener una medida de la competencia que aproxime su valor a este concepto y pueda ser utilizada en el análisis. En este sentido, de acuerdo con el modelo de representatividad laboral español basado en las elecciones, los resultados electorales pueden ser útiles para medir el nivel de influencia de cada organización laboral en la negociación colectiva (Jódar *et al.* 2010).

La BDCC aporta información acerca de la composición de la mesa negociadora y el número de representantes laborales pertenecientes a cada organización, ya sea sindical o candidatura de trabajadores independientes, lo que posibilita el cálculo de indicadores que midan el grado de concentración de la representación laboral en el desarrollo del acuerdo. En el presente análisis se emplean tres indicadores diferentes:

1. Herfindahl-Hirschman Index (*IndicH*): este indicador es comúnmente utilizado para medir el grado de concentración en la distribución de una variable en un determinado ámbito, ya sea espacial o temporal⁴.

³ Variable recogida en la BDCC.

⁴ Éste se calcula como: $IndicH = \sum_{i=1}^N p_{ij}^2$

2. Liderazgo estable (*Lider_bargain*): a diferencia del indicador anterior, con esta variable categorizamos a cada proceso de negociación en función de la existencia de una organización que ostenta una posición de liderazgo estable en el acuerdo. Se considera liderazgo estable a aquella situación en la que una organización laboral alcanza o supera el 50 por ciento del número de representantes laborales totales, en la mesa negociadora del convenio ($Lider_bargain = 1$, número de representantes organización laboral “i” es igual o mayor al 50 por ciento; $Lider_bargain = 0$ el resto).
3. Liderazgo inestable (*Unstable_bargain*): esta variable categoriza a cada proceso de negociación en función de dos situaciones que evidencian la existencia de una posición de liderazgo inestable en la representación laboral, destacando:
 - a) La situación en la cual la organización que ostenta la posición de liderazgo –con mayor número de representantes laborales electos en la mesa de negociación– posee menos del 50 por ciento del número de representantes laborales totales en la mesa de negociación del convenio.
 - b) Cuando existe más de una organización líder en la mesa negociadora, es decir, con el mismo número de representantes laborales.

Ambas situaciones quedan categorizadas con el valor 1 en la variable *Lider_bargain* = 1, refiriéndose el valor 0 al resto de situaciones.

Estas dos últimas variables (*Lider_bargain* y *Unstable_bargain*) se desarrollan en función de la agrupación llevada a cabo por Roubini and Sachs (1988:22), para definir el tipo de liderazgo existente en la mesa de negociación del convenio. Ambas permiten un análisis del efecto de la competencia a través de una agrupación de los convenios colectivos en dos niveles distintos, a diferencia de la variable *IndicH* que al ser continua no permite desagregar el efecto de la representación laboral en la mesa negociadora por niveles. According to Taylor and Herman (1979:31) *majority governments* [in our case workforce representation] *are more stable than minority governments*. En este sentido, la rivalidad será mayor cuando la representación laboral no se compone de una situación de liderazgo estable, afectando este hecho de forma positiva al desarrollo de la conflictividad –permitiendo contrastar la hipótesis 1 propuesta–.

El análisis empírico dividirá la muestra de convenios en tres grupos diferentes: todos los convenios, convenios de empresa y convenios de ámbito superior al de empresa. Esta desagregación permite mejorar la homogeneidad de las observaciones empleadas, así como poder contrastar con mayor precisión la diferencia entre el efecto de la competencia sobre el desarrollo del conflicto a nivel de empresa y en ámbitos superiores de negociación –permitiendo contrastar la hipótesis 2–.

donde p_{ij} hace referencia a la proporción del total de representantes pertenecientes a la organización laboral “i” sobre el total de representantes laborales en la mesa de negociación en el convenio “j”. Esta medida se encuentra acotada entre un valor mínimo próximo a 0 y máximo igual a 1 (Ruesga et al. 2007). El valor 1 indicaría que todos los representantes laborales en la mesa negociadora pertenecen a la misma organización, lo que bajo la asunción adoptada en nuestro estudio deriva en una menor competencia, mientras que, a medida que este valor se reduce hasta aproximarse a 0, la heterogeneidad existente en la representación laboral en la mesa negociadora es mayor y, con ello, también la competencia. Ver la definición ofrecida por el US Department of Justice: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>.

Por otra parte, para contrastar la hipótesis 3, se hace uso de la información aportada por la BDCC para los convenios de empresa que permite construir dos variables diferentes que serán utilizadas en el análisis empírico, teniendo:

1. *Who_Barg_{it}*: se identifica si el acuerdo es llevado a cabo por las secciones sindicales como únicos representantes de los trabajadores (Sí = 1 y No = 0).
2. *Independent_Rep_{it}*: se identifica el porcentaje de representantes de los trabajadores en la mesa negociadora sobre el total que pertenecen a una candidatura independiente de un sindicato.

El periodo de análisis se inicia en el año 2000 y se extiende hasta el año 2010, último disponible a la fecha de finalización de la presente investigación. En el modelo se emplea como unidad de análisis el primer registro de cada convenio. Así, para acuerdos plurianuales que se extienden desde el año “t” hasta el “t+n”, la unidad de análisis tomada en consideración para dicho convenio correspondería únicamente a la observación en el año “t”, siendo eliminados los registros de “t+1” a “t+n”. Esta discriminación evita la existencia de observaciones iguales en la muestra, ya que, cuando un convenio está en fase de negociación y se producen manifestaciones y/o movilizaciones (*Conf_{it}*), ésta situación queda registrada en la BDCC durante todos sus años de vigencia. Lo mismo sucede con las variables asociadas a las características estructurales del acuerdo –ámbito de negociación, vigencia, grado de concentración en la representación laboral, etc.–, que se utilizan como regresores en el modelo. De esta forma, la discriminación es útil para evitar el problema que introduciría en la estimación del modelo econométrico la repetición de “n” observaciones idénticas. Como consecuencia de este proceso de filtrado, el número de convenios empleados en el análisis son 27.101.

Cabe señalar que lo descrito no significa que no puedan existir diferentes registros de un mismo convenio en la muestra analizada, es decir, de un acuerdo que se pacta en la misma empresa o sector. Ello depende de si el convenio es negociado más de una vez durante el periodo analizado, lo que correspondería con un proceso de negociación diferente y, por tanto, una nueva observación que debiera ser incluida en la muestra.

Debido a que la variable dependiente utilizada en el análisis es dicotómica –siendo acotada la respuesta registrada en la hoja estadística para la existencia de manifestaciones y/o movilizaciones (*Conf_{it}*) durante el proceso de negociación entre los valores sí = 1 y no = 0–, el modelo más adecuado para contrastar las hipótesis establecidas será el probabilístico de respuesta binaria o *probit*, quedando el modelo expresado como:

$$P(\text{Conf}_{it} = 1 | x_{it}) = G[\alpha_i + \beta_1 + \beta_2 * \text{IndicH}_{it} + \beta_{k-2} * f(\text{control variables})_{it} + e_{it}] \quad (I)$$

Donde $G[\cdot]$ representa la función de distribución acumulada normal estandarizada. La ecuación (I) expresa la probabilidad de que la variable dependiente *Conf_{it}* adopte el valor 1, es decir, que haya conflicto, en función de las variables explicativas. En dicha ecuación, se incluye la variable “ α_i ”, que representa la intra-class correlation correspondiente a diferentes procesos de negociación que pertenecen a la misma empresa o sector, durante el periodo de análisis empleado. Considerando la existencia de dicha correlación, la estimación de la ecuación (I) se realizará aplicando el Random-Effects Probit Regression Model (RE-probit) (Gibbons & Hedeker 1994).

El modelo se completa incluyendo las siguientes variables de control, identificadas con las características estructurales del convenio:

- *Barg_Scp_1_{it}*: Ámbito funcional de negociación del convenio (Superior a empresa = 1 y Empresa = 0).
- *Barg_Time_{it}*: Ámbito temporal de negociación del convenio (Anual = 1 y Plurianual = 0).
- *First_Barg_{it}*: Es la primera vez que se negocia el convenio (Sí = 1 y No = 0).
- *Numb_Workers_{it}*: Número de trabajadores afectados por el convenio. Esta variable se expresa en logaritmos neperianos para evitar el efecto de los valores extremos en el análisis.
- *Crisis_{it}*: Se fija una variable dummy que determina si los efectos económicos del convenio tienen comienzo durante el periodo de crisis económica en España (la variable adopta el valor 0 para el periodo 2000-2006 y 1 para el periodo 2007-2010).
- *Numb_Firms_{it}*: Para los convenios de ámbito superior al empresarial, se identifica el número de empresas afectadas por el convenio. Esta variable se expresa en logaritmos neperianos para evitar el efecto de los valores extremos en el análisis.
- *Barg_Scp_2_{it}*: Para los convenios de ámbito superior al empresarial, se identifica el ámbito funcional de negociación del convenio (Ámbito nacional = 1 y Otros inferiores⁵ = 0).
- τ_j : Dummy sectorial para cada uno de los 21 niveles de desagregación identificados por la *Clasificación Nacional de Actividades Económicas* - 2009 (NACE-2009).

La inclusión en el modelo de una variable en relación con el ámbito de negociación del convenio (*Barg_Scp_1_{it}*), permite analizar con mayor detalle el efecto que el ámbito posee sobre el acuerdo al poder incidir las elecciones, celebradas en el ámbito empresarial, sobre el comportamiento de los negociadores e impactar positivamente en el desarrollo de la conflictividad. Asimismo, el ámbito temporal del acuerdo (*Barg_Time_{it}*) también puede tener efectos significativos sobre el desarrollo de la conflictividad, especialmente en los convenios plurianuales. Esto es debido a la necesidad de flexibilidad requerida en convenios cuya duración sea mayor, para adaptar las condiciones laborales pactadas a la evolución del contexto económico (Ruesga et al. 2012), pudiendo existir una mayor reticencia, por parte de los trabajadores, a favorecer dicha flexibilidad –al adoptar una posición de resistencia al cambio– y acrecentar así la posibilidad de conflicto (Dobson 1997).

Por otra parte, en convenios que se pactan por primera vez (*First_Barg_{it}*), la inexperiencia de los participantes en el acuerdo puede afectar de forma negativa a su capacidad de negociación, pudiendo optar con mayor facilidad al uso de la conflictividad para alcanzar sus objetivos (Johnson 2010). Asimismo, aquellos convenios que afectan a un mayor número de trabajadores (*Numb_Workers_{it}*), presentan una mayor capacidad de acción colectiva y, por tanto, de movilización en el conflicto durante el proceso de negociación (Dickens 1986).

Al tomar en consideración la variable que determina si el convenio se pacta antes o durante la etapa de crisis económica (*Crisis_{it}*), cabe destacar que la conflictividad tiende a

⁵ Destacando los niveles local, provincial, autonómico e inter-autonómico.

reflejar un comportamiento pro-cíclico, por lo que se espera un efecto negativo del periodo de crisis sobre el desarrollo de manifestaciones y/o movilizaciones. Esto se debe a que el poder de negociación de los trabajadores es mayor en las etapas de crecimiento debido a la mejor expectativa de beneficios de las compañías y menor probabilidad de estar desempleado, lo que incrementa la probabilidad de conflicto laboral en las fases alcistas para favorecer el reparto del beneficio generado en el proceso productivo. Mientras que en las etapas de recesión existe una tendencia a moderar las pretensiones de los trabajadores con el fin de mantener los niveles de empleo y las condiciones laborales, lo que lleva a una menor presión sobre la organización empresarial y, con ello, sobre la conflictividad (Deveraux & Hart 2011).

Por último, con respecto al análisis elaborado únicamente para los convenios de ámbito superior al empresarial, se incluye como variable explicativa el número de empresas afectadas en el convenio (*Numb_Firms_{it}*). La existencia de un mayor número de empresas representadas en la negociación puede incrementar su poder, limitando la fuerza de acción colectiva de los trabajadores, y disuadir el posible conflicto (Dickens 1986). Asimismo, para este mismo análisis, se incluye una variable que indica si el ámbito de negociación es nacional –centralizado– u inferior a este nivel –local, provincial, autonómico e inter-autonómico– (*Barg_Scp_2_{it}*). En ámbitos de negociación centralizados existe un mayor nivel de coordinación entre los participantes en la negociación, favoreciendo una visión de conjunto sobre el efecto del acuerdo en la economía que mejora la predisposición de las partes a ceder en el pacto y reduce el desarrollo de la conflictividad (Flanagan 1999; Ross & Hartman 1960)⁶.

4. RESULTADOS

De modo muy sintético y sin entrar en los detalles técnicos del modelo desarrollado en la investigación que da cuerpo a este artículo, se constata que existe un efecto negativo y significativo del índice de concentración de la representación laboral (*IndicH_{it}*), para todos los modelos, que destaca que existe una menor probabilidad de conflicto durante la negociación a medida que la heterogeneidad en dicha representación disminuye. Este resultado se complementa con el obtenido en los modelos que emplean las dos variables que definen el tipo de liderazgo existente en la representación laboral. Así, cuando el liderazgo es estable (*Lider_bargain_{it}*), la probabilidad de conflicto laboral disminuye de forma significativa, obteniéndose también evidencias significativas del proceso contrario cuando el liderazgo es inestable (*Unstable_bargain*). Este hecho indica que en una situación donde una organización laboral domina la representación de los trabajadores en la negociación colectiva disminuye la probabilidad de conflicto.

No obstante, la probabilidad de conflicto bajo la existencia de un liderazgo estable en la negociación es superior a la de una situación donde una única organización domina la representación de los trabajadores. Así, la posible existencia de competidores con representación laboral en una situación de liderazgo estable, incrementa la probabilidad de

⁶ En el modelo, se introducen dos test diferentes para contrastar la validez de los modelos aplicados: 1) *likelihood ratio test* para contrastar la existencia de *intra-class correlation* (α_i) cuya hipótesis nula es: $H^0: \varphi = 0$; en caso de rechazar H^0 , la estimación realizada mediante RE será la adecuada. Y, 2) se emplea el *Akaike's Information Criterion* (AIC) para contrastar el nivel de ajuste de las estimaciones desarrolladas. Con el AIC podemos comparar la adecuación de los modelos según el indicador de competencia en la representación laboral utilizado –*IndicH*, *Lider_bargain* y *Unstable_bargain*–. El modelo con menor valor AIC será el preferido (Hox 2010; Jansen 2014).

conflicto, usado éste con el fin de mejorar los resultados alcanzados en la negociación por parte de la organización líder y aproximarse a los objetivos de sus representados.

Por otra parte, cuando una organización laboral actúa de forma única en la negociación y los resultados alcanzados en el acuerdo no son los deseados por los trabajadores, puede existir por parte de esta organización un mayor esfuerzo por comunicar a los trabajadores que el resultado alcanzado es el mejor posible dentro del acuerdo, evitando acudir al conflicto e incurrir en los costes asociados al mismo que pueden dañar su liderazgo (Akkerman 2008; Buttigieg *et al.* 2008).

Mientras que en caso de que no exista una organización que controle más del 50 por ciento del total de los representantes, o el liderazgo se reparta entre más de una organización (*Unstable_bargain*), el conflicto tiende a incrementarse. De esta forma, el conflicto puede emplearse como herramienta para forzar a la organización empresarial a que ceda en favor de los objetivos propuestos en la negociación por las organizaciones laborales con el fin de evitar que su imagen quede debilitada frente a sus representados, minimizando así la amenaza de futuras pérdidas de votos en las siguientes elecciones.

Los resultados obtenidos confirman la hipótesis 1 planteada en el análisis sobre el efecto positivo de la competencia entre organizaciones laborales sobre el desarrollo del conflicto laboral en la negociación colectiva española.

Por otra parte, discriminando los resultados por ámbito de negociación en el que se establece el convenio –ver tabla 1.2–, cuando éste se pacta en ámbitos superiores de negociación se observa una menor probabilidad de conflicto a medida que el índice de concentración en la representación laboral aumenta y existe una situación de liderazgo estable, en comparación a lo observado a nivel de empresa. Este hecho también se relaciona con el resultado estimado para la variable utilizada en el análisis de todos los convenios que hace referencia al ámbito de negociación del acuerdo (*Barg_Scp_1_{it}*), destacando de forma significativa la mayor probabilidad de conflicto en ámbitos inferiores de negociación. Así, las evidencias obtenidas muestran que la probabilidad de que el conflicto tenga lugar cuando se negocian convenios de empresa, cuando el grado de concentración en la representación laboral (*IndicH_{it}*) es igual a 1, es 0,154 puntos mayor con respecto a los convenios de ámbito superior –ver tabla 2–. No obstante, esta diferencia positiva se reduce a medida que la heterogeneidad en la representación de los trabajadores aumenta en ambos niveles.

En cuanto al resultado observado para la situación en la cual la mesa de negociación laboral se compone de una situación de liderazgo estable (*Lider_bargain_{it}*), se observa una pequeña diferencia positiva en favor del desarrollo del conflicto a nivel de empresa en comparación con niveles superiores de negociación. Siendo esta diferencia ligeramente inferior cuando el liderazgo es inestable (*Unstable_bargain*).

Esta mayor probabilidad de conflicto en ámbitos inferiores de negociación se explica por la incidencia positiva que la celebración de las elecciones a nivel de empresa ejerce sobre la rivalidad en la representación laboral, acorde con la hipótesis 2 planteada en el presente estudio.

En cuanto a la contrastación de la hipótesis 3, los resultados estimados para los convenios de empresa confirman que cuando en el acuerdo participan únicamente las secciones sindicales como negociadores únicos de los trabajadores, éstas ejercen un efecto positivo y significativo sobre la conflictividad. Este efecto puede relacionarse con la mayor rivalidad existente entre organizaciones sindicales, impulsada por la necesidad de alcanzar un mayor número de votos que garantice el nivel de representatividad institucional –provisiones orientadas hacia el sindicato (Ross 1948)–. Asimismo, este efecto se complementa con el resultado estimado por el cual un mayor porcentaje de representantes laborales independientes en la negociación, ejerce un efecto negativo y significativo sobre la conflictividad. Este resultado puede ser consecuencia de la independencia de estos representantes, que no pertenecen a un sindicato, y la inexistente presión institucional por parte de una estructura directiva –líderes de la organización sindical– que pretenda influir en su comportamiento.

Respecto a las variables de control, los resultados indican que cuando la vigencia del convenio es anual, la probabilidad de la existencia de manifestaciones y/o movilizaciones tiende a disminuir de forma significativa en todos los modelos analizados, acorde con los resultados esperados. La demanda de una mayor capacidad adaptativa de las condiciones laborales a la evolución de la coyuntura económica en convenios plurianuales, fomenta una posición de resistencia al cambio por parte de los trabajadores e impulsa el conflicto (Ruesga et al. 2012; Dobson 1997).

Cuando el convenio se firma por primera vez los resultados muestran un efecto no significativo sobre la conflictividad en todos los modelos analizados, indicando la no relevancia de esta variable en el análisis. Asimismo, un mayor número de trabajadores afectados por convenio incrementa la probabilidad de conflicto –en todos los modelos–, consecuencia de su mayor capacidad de acción colectiva (Dickens 1986).

En cuanto a la incidencia que la crisis económica ha tenido sobre la conflictividad, se observa un efecto negativo en todos los modelos, únicamente significativo cuando el análisis se realiza para todos los convenios y para los convenios a nivel de empresa. Este efecto negativo está motivado por la mayor presión existente sobre el desempleo y la menor expectativa de beneficios empresariales que tienen lugar en los periodos de recesión (Deveraux & Hart 2011).

Por otra parte, los resultados estimados para los convenios de ámbito superior al empresarial indican que, cuando el número de compañías afectadas por convenio es mayor, se produce un efecto negativo y significativo sobre el desarrollo de las manifestaciones y movilizaciones en el proceso de negociación (Dickens 1986). Así, cuanto mayor es el número de empresas representadas en el acuerdo, menor es la capacidad de acción colectiva de los trabajadores. A su vez, convenios pactados a nivel estatal, presentan de forma significativa una mayor moderación al conflicto, consecuencia de la coordinación y mayor predisposición de las partes a ceder en el acuerdo (Flanagan 1999; Ross & Hartman 1960).

En síntesis, en la negociación colectiva los representantes de los trabajadores tienen unos objetivos propios que condicionan su comportamiento, no sólo orientando el acuerdo de forma exclusiva a los intereses de sus representados: los trabajadores. El modelo de representación laboral español, fundamentado en la representatividad otorgada por las elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa, celebradas en el ámbito

de la empresa, potencian la rivalidad entre organizaciones laborales con el fin de alcanzar mejores resultados en las votaciones. Este hecho sumado a la posible participación conjunta en la mesa negociadora del convenio de representantes laborales pertenecientes a diferentes organizaciones, hace que la rivalidad entre éstas se traslade al proceso de negociación y que, con ello, aumente la probabilidad de conflicto.

El conflicto se utiliza como un medio, por parte de la organización laboral, para lograr un acuerdo favorable que sea aceptable para sus votantes y evitar que las organizaciones rivales se vean favorecidas por su posible fracaso en el acuerdo, atrayendo a aquellos votantes descontentos con el resultado.

Las evidencias obtenidas en el presente estudio, para el caso español, indican que la conflictividad en el desarrollo de la negociación es mayor cuando no existe una organización que ejerce la mayoría –liderazgo– de la representación laboral en la mesa negociadora. Este resultado se encuentra estrechamente relacionado con la literatura existente acerca del estudio de la rivalidad sindical y el conflicto (ver Jansen 2014; Akkerman 2008; Machin et al. 1993; Metcalf et al. 1993; Ingram et al. 1993; Ross & Hartman 1960; Ross & Irwin 1951) y confirma la relación positiva entre ambas. En este sentido, a pesar de que el conflicto conlleva costes que afectan a la reputación y capacidad de liderazgo de la organización laboral convocante, éstos se ven aminorados cuando dicha organización ve potencialmente afectado su poder de representación laboral.

Asimismo, dado que el desarrollo de las elecciones sindicales se realiza en el ámbito empresarial, significa que el núcleo de la competencia se centra en este nivel y debido a ello aumenta la probabilidad de conflicto en comparación con ámbitos más centralizados de negociación. La proximidad entre representantes y representados, o miembros electos y electores, a nivel de empresa, ejerce una mayor presión por alcanzar mejores resultados en el acuerdo por parte de los representantes laborales, potenciando la rivalidad entre organizaciones y el uso del conflicto como mecanismo de implicación de la organización laboral con los intereses de sus representados. En este sentido, cabe destacar que la tendencia hacia la descentralización de la negociación colectiva en España –fenómeno que no solo acontece en este país, sino en gran parte de los países del entorno Europeo (Jansen 2014)–, puede derivar en una mayor inestabilidad en las relaciones laborales si se mantiene el mismo modelo de elección de representantes que fomenta la rivalidad entre organizaciones.

Por otra parte, la visión de conjunto de la economía en ámbitos superiores de negociación, así como la actuación de los mecanismos de extensión en estos niveles, inciden de forma negativa sobre la presión que posee la organización laboral para alcanzar mejores resultados y potencian la coordinación entre agentes.

Por último, cabe indicar la existencia de nuevas evidencias en cuanto a la forma de representatividad laboral. Así, la participación como representantes de los trabajadores de grupos de trabajadores independientes de un sindicato aminora la posibilidad de conflicto. Ello es debido a que estos representantes no se ven afectados por la presión institucional que tiende a ejercer la estructura directiva sindical para influir en el comportamiento de sus bases, incitando a la rivalidad para obtener un mayor poder institucional. Esta forma de representación laboral independiente de un sindicato no solo tiene lugar en España, sino también en otros países europeos como UK, Alemania, Países Bajos, Finlandia, Bulgaria o Estonia. En este sentido, es necesario realizar nuevos estudios con el fin de investigar el papel

que este tipo de representación laboral tiene, no solo en la conflictividad, sino también en el desarrollo de la competencia entre organizaciones laborales, los resultados pactados en el acuerdo, la productividad laboral, desarrollo de la flexibilidad interna, etc. De esta forma se podrá alcanzar un mejor entendimiento del papel de la representación laboral en el desarrollo de las relaciones laborales y su desempeño dentro del ámbito productivo.

5. REFERENCIAS

- Akkerman, Agnes. 2008. Union Competition and Strikes: the Need for Analysis at Sector Level. *Industrial and Labor Relations Review*, 61(4): 445 – 459.
- Ashenfleter, Orley, and George E. Johnson. 1969. 'Bargaining Theory, Trade Unions, and Industrial Strike Activity', *The American Economic Review*, 59(1): 35 – 49.
- Baylos, Antonio. 1991. La intervención normativa del Estado en materia de relaciones laborales. In Faustino Miguélez, and Carlos Prieto (Eds.), *Las relaciones laborales en España*, Madrid Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, S.A.: 289 – 306, Madrid (Spain).
- Buttigieg, Donna, Stephen Deery, and Roderick Iverson. 2008. 'Union Mobilization: A Consideration of the Factors Affecting the Willingness of Union Members to Take Industrial Action'. *British Journal of Industrial Relations*, 46(2): 248 – 267.
- Canal, Juan, and César Rodríguez. 2004. Collective Bargaining and Within-firm Wage Dispersion in Spain. *British Journal of Industrial Relations*, 42(3): 481 – 506.
- Deveraux, Paul J., and Robert A. Hart. 2011. A Good Time to Stay Out? Strikes and the Business Cycles. *British Journal of Industrial Relations*, 49 (s1): 70 – 92.
- Dickens, William. 1986. *Wages, Employment and the Threat of Collective Action by Workers*, National Bureau of Economic Research, Working Paper Number 1856, Cambridge (USA).
- Dobson, John. 1997. 'The Effects of Multi-unionism: a Survey of Large Manufacturing Establishments'. *British Journal of Industrial Relations*, 35: 547 – 566.
- Dunlop, John. 1944. *Wage determination under trade unions*, New York: Macmillan.
- Escobar, Modesto. 1995. 'Spain: Works Councils or Unions?', in Rogers, Joel, and Wolfgang Streeck: *Works Councils: Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, University of Chicago Press, 153 – 188.
- Flanagan, Robert. 1999. 'Macroeconomic Performance and Collective Bargaining: An International Perspective'. *Journal of Economic Literature*, 37: 1.150 – 1.175.
- Freeman, Richard, and James Medoff. 1979. *The Two Faces of Unionism*. Working Papers Number 364. Cambridge, MA: National Bureau of Economics Research.
- Fulton, Lionl. 2013. 'Worker representation in Europe'. *ETUI Collective Bargaining Newsletter*. last view on May 5th, 2015: <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations>.
- Gibbons, Robert, and Donald Hedeker. 1994. 'Application of Random-Effects Regression Models', *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 62(2): 285 – 296.

- Hamman, Kerstin, and Miguel Martínez. 2003. Strategies of Union Revitalization in Spain: Negotiating Change and Fragmentation. European Journal of Industrial Relations, 9(1): 61 – 78.*
- Hox, Joop J. 2010. Multilevel Analysis: Techniques and Applications, 2nd Edition. New York: Routledge.*
- Ingram, Peter, David Metcalf, and Jonathan Wadsworth, J. 1993. Strike Incidence in British Manufacturing in the 1980s. Industrial and Labor Relations Review, 46(4): 704 – 717.*
- Jansen, Giedo. 2014. Effects of Union Organization on Strike Incidence in EU Companies. Industrial and Labor Relations Review, 67(1): 60 – 85.*
- Jódar, Pere, Antonio Martín Artiles, and Ramón de Alós-Moner. 2004. ‘El sindicato hacia dentro. La relación entre la organización y los trabajadores desde el análisis de la afiliación’, 72: 112 – 144.*
- Jódar, Pere, Sergi Vidal, and Ramón de Alós-Moner. 2010. ‘Union Activism in an Inclusive System of Industrial Relations: Evidence from the Spanish Case Study’, British Journal of Industrial Relations, 49: 158 – 180.*
- Johnson, Susan. 2010. First Contract Arbitration: Effects on Bargaining and Work Stoppages. Industrial and Labor Relations Review, 63(4): 585 – 605.*
- Martín Artiles, Antonio. 2005. Los sindicatos españoles: Hoy más audiencia que presencia, Eurofound. last view on May 5th, 2015: www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/01/feature/es0501204fes.doc.*
- Metcalf, David, Jonathan Wadsworth, and Peter Ingram. 1993. Multi-unionism, size of bargaining group and strikes. Industrial Relations Journal, 24(1): 3 – 13.*
- Rees, Albert. 1989. The Economics of Trade Unions. Chicago: The University of Chicago Press.*
- Richards, Andrew J. 2008. El sindicalismo en España. Madrid: Documento de trabajo 135/2008 de la Fundación Alternativas.*
- Ross, Arthur. 1948. Trade Union Wage Policy. California: University of California Press.*
- and Paul Hartman. 1960. *Changing Patterns of Industrial Conflict*. New York: John Wiley and Sons.
- and Donald Irwin. 1951. *Strike Experience in Five Countries, 1927 – 1947: An Interpretation*. *Industrial and Labor Relations Review*, 4(3): 323 – 342.
- Roubini, Nouriel, and Jeffrey Sachs. 1988. Political and Economic Determinants of Budget Deficits in the Industrial Democracies. NBER Working Paper n° 2682, Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research.*
- Ruesga, Santos M., Laura Pérez-Ortiz, Carlos Resa, Julimar da Silva, and María Isabel Heredero. 2007. Análisis Económico de la Negociación Colectiva en España. Una Propuesta Metodológica. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.*

- *Fernando Valdés, Julimar da Silva, José Manuel la Sierra, Laura Pérez-Ortiz, and Manuel Pérez-Trujillo. 2012. Instrumentos de Flexibilidad Interna en la Negociación Colectiva. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.*
- Simón, Hipólito. 2003. ¿Qué determina la afiliación al sindicato en España? Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 41: 69 – 88.*
- Summers, Timothy P., John H. Betton, and Thomas A. Decotis. 1986. Voting For and Against Unions: A Decision Model. *Academy of Management Review, 11 (5): 643 – 655.*
- Taylor, Michael, and V.M. Herman. 1971. *Party Systems and Government Stability. The American Political Science Review, 65(1): 28 – 37.*

Clásicos de la
Seguridad
Social

LABORUM

Paul Durand (1908-1960): La Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación de la sociedad

Paul Durand (1908-1960): Social Security as a factor of transformation of society and socialization of the needs

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

“El Plan de Seguridad de mi Informe es un plan para convertir las dos últimas palabras, “Seguridad Social”, en hechos, para conseguir [...] que nadie [...] carezca de ingresos suficientes para hacer frente en todas las épocas de su vida a sus necesidades esenciales y las de su familia”

William Beveridge¹

1. ELEMENTO DE BIBLIOGRAFÍA INTELECTUAL

Paul Durand (Argelia 22 de marzo de 1908-Agadir 29 de febrero de 1960) es uno de los grandes juristas franceses y ante todo un clásico del Derecho Social del Trabajo. Fue durante largo tiempo profesor de Derecho privado, adquiriendo la condición de doctor en 1931 y la agregación de Derecho privado en 1933. Dirigió la revista *Droit social*, que ha sido y continua siéndolo actualmente la revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social más emblemática e importante de Francia².

Doctor en Ciencias Políticas y Economía de la Universidad de Poitiers con una tesis sobre *La renovación del privilegio del Banco de Francia en 1918*³. Se convirtió en profesor de la misma Universidad en 1931. Su actividad se centraría en el Derecho social bajo una fuerte inspiración en la corriente del catolicismo social y desde un planteamiento impregnado de humanismo en configuración de las relaciones laborales y en la realización de la reforma del orden democrático-social (Durand, P., 1991, 101)⁴. Siendo catedrático de la Facultad de

¹ BEVERIDGE, W.: *Las bases de la Seguridad Social (1943)*, versión española de Teodoro Ortiz, México, FCE, 2ª ed., 1946, pág. 65.

² Datos importantes sobre la vida y obra pueden encontrarse en LAROQUE, M., VERNIER, O.: «En souvenir du professeur Paul Durand, pionnier de l'enseignement de la Sécurité sociale», *Revue d'histoire de la protection sociale*, 1/2013 (Nº 6), p. 105-122, y bibliografía allí citada. URL: <http://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2013-1-page-105.htm>; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Paul Durand”, voz de *Juristas Universales*, vol. IV, Domingo, R. (ed.), Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004, págs. 521 a 524.

³ Poitiers Basile (ND), 182 páginas.

⁴ Con referencia a Léon Bourgeois, *La solidarité*, 1897; DURAND, P.: *Traité droit travail*, t. I, con la colaboración de R. Jassaud, Paris, 1947, págs. 80 y sigs.

Derecho de Nancy fundó el Secretariado Social de Meurthe-et-Moselle⁵. En 1952 sería designado profesor en la Facultad de Derecho y Economía de París. En la Faculté de Derecho de París, defiende una tesis de doctorado en Derecho Privado: *Des conventions d'irresponsabilité*, obra que puede considerarse clásica, dirigida por Georges Ripert, su reconocido Maestro (París, 1931, 535 pp.).

Añadir que fue uno de los grandes fundadores y el primer Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, elegido en el Congreso de Bruselas en 1958. En el plano personal un hecho particularmente dramático marcaría su vida: durante la ocupación alemana, entre 1944 y 1945, será deportado al campo de concentración de Neuengamme, en las marismas del Elba, a 25 kilómetros de Hamburgo⁶. Esa dimensión trágica de la existencia tendría su máxima expresión con su muerte y la de esposa (Edwige Janet), en el terremoto de Agadir, en la noche el 29 de febrero al 1 de marzo de 1960.

Paul Durand es uno de los grandes juristas –“sin adjetivos” especificadores y por tanto limitadores– franceses del siglo veinte⁷. Es de realzar que contribuyó decisivamente a crear las bases del Derecho del Trabajo y ante todo de la Seguridad Social en Francia. Dirigió la revista *Droit Social* (1943). Esa aportación al Derecho Social quedaría impregnada de la concepción institucional del Derecho (bajo la influencia decisiva del pensamiento institucionalista de Maurice Hauriou), que proyectó en todas las instituciones más relevantes del Derecho Social del Trabajo (la teoría del contrato de trabajo, la teoría del sindicato, el convenio colectivo y la noción institucional de la empresa de la cual fue uno de los más decididos defensores⁸). Importantes –marcando época– son sus obras de Derecho del Trabajo: *Précis de législation industrielle* (1948 con M. Rouast), *Traité du droit du travail* (1947-1955, en tres tomos. El primer tomo con la colaboración de R. Jaussaud; y los dos restantes con la colaboración de A. Vitu). Este Tratado puede considerarse como una obra de referencia doctrinal no sólo Francia sino más ampliamente a nivel internacional⁹. Pero seguramente más decisivas son sus

⁵ ROBLOT, R.: “Paul Durand 1908-1960” *Derecho Social*, No. 12, diciembre 1960, pág. 2.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Paul Durand”, voz de *Juristas Universales*, vol. IV, Domingo, R. (ed.), Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004, pág. 521.

⁷ HAKIM NADER et MELLERAY FABRICE.: *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009; ROBLOT, R.: “Paul Durand 1908-1960”, en *Droit Social*, nº12, décembre 1960; Revista «*Droit Social*» (Número monográfico dedicado a PAUL DURAND), núm. 12 (1960); ROBLOT, R.: “Le Professeur Paul Durand”, en *Les idées et les hommes*, en *Revue Politique et Parlementaire*, núm. 228 (1960), págs. 533 y sigs.

⁸ Véase HAURIU, M.: *Théorie de l' institution et de la fondation*, 4^a cahier de la Nouvelle Journée, 1925; *Ibid.*, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., estudio preliminar, Notas y Adiciones de Carlos Ruiz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2003, págs. 567 y sigs., *passim*; DURAND, P.: “Les fonctions publiques de l' entreprise privée”, en *Droit Sociale*, 1945, págs. 247 y sigs.; *Ibid.*, Rapports sur la notion juridique de l' entreprise”, en *Travaux de L' Associations H. Capitant*, T. III, Paris, 1947; DURAND, P., y VITU, A.: *Traité du Droit du Travail*, t. III, Paris, Ed. Dalloz, 1956, págs. 13 a 15. Sobre el análisis institucional de la empresa, desde la perspectiva de su ascunción, DESPAX, M.: *L' Entreprise et le Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, espec., págs. 365 y sigs. (“Les difficultés d' un “Dépassement” de l' analyse institutionnelle d l' entreprise”). Una visión de conjunto sobre la concepción “jurídica” de la empresa puede encontrarse en el esfuerzo de explicativo de RIVERO LAMAS, J.: *Estructura de la empresa y participación obrera*, Barcelona, Ed. Ariel, 1969, págs. 70 y sigs., y la bibliografía de la época allí citada; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas”, estudio preliminar a GIERKE, O.v.: *La función social de derecho privado y otros escritos*, Granada, Ed. Comares, 2015, págs. IX-LXI, y la bibliografía allí citada.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Paul Durand”, voz de *Juristas Universales*, vol. IV, Domingo, R. (ed.), Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004, pág. 521.

aportaciones en materia de Seguridad Social: *Les Services nationaux de santé à l' étranger* (1952), *La politique contemporaine de sécurité sociales* (1953), que es una obra clásica fundamental (no sólo en Francia) para la comprensión del sentido político jurídico y el estudio sistemático de la Seguridad Social en todas sus implicaciones¹⁰, *Cours de Sécurité Sociale* y el *Précis de Sécurité Sociale* (1958, ambos). Se puede afirmar que Paul Durand con sus estudios sobre la Seguridad Social contribuyó a elevarla de “pariente pobre” del Derecho del Trabajo a la dignidad y rango de una disciplina jurídica dotada de autonomía científico-jurídica dentro del ordenamiento jurídico general, sin por ello desconocer su vinculación histórica y funcional con el ordenamiento laboral.

Desde su fuerte compromiso jurídico-social Paul Durand entiende que la desigualdad de las situaciones individuales es el origen del “problema social”, siendo así que la redistribución de los ingresos a través de la Seguridad Social constituye una de las soluciones necesarias para resolver la cuestión social¹¹. Esto explica la relevante posición que ocupa la Seguridad Social en la política de los Estados contemporáneos. En este sentido considera que la principal manifestación de esa importancia se encuentra en la consagración constitucional de la Seguridad Social. Y este hecho se conecta a un fenómeno de más amplias dimensiones. Las Constituciones del siglo XIX presentaban un carácter esencialmente político, su contenido se centraba principalmente en la cuestión de la organización de los poderes en el Estado. Las Constituciones democráticas del siglo XX reservan, sin embargo, un espacio relevante a las cuestiones económicas y sociales, cuya solución condiciona la vida política de las sociedades contemporáneas avanzadas. Pero, significativamente, la segunda manifestación de la importancia de la política de Seguridad Social se localiza en el plano internacional. El art. 44 de la Carta de las Naciones Unidas encomienda a la ONU la tarea de “conseguir una elevación del nivel de vida, y de las condiciones para el progreso y el desarrollo en el orden económico y social”. Por su parte, la Declaración de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, contiene un conjunto de principios fundamentales en materia de Seguridad Social. Basta reparar que el art. 22 declara que “toda persona tiene derecho a la Seguridad Social (Durand, P., 1991, 219-220). Esto significa que la Seguridad Social es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho. Es un instrumento de solidaridad estatalmente garantizada (socialización y mutualización pública de los riesgos y situaciones de necesidad social y políticamente relevantes). La Seguridad Social viene contribuyendo decisivamente a atenuar, neutralizar y contrarrestar las consecuencias sociales de una “sociedad del riesgo”, de la crisis sobre las personas, el empleo y los cambios económicos y demográficos. Desde esta perspectiva, clásicamente, la Seguridad no puede entenderse como una “carga”, sino un “activo” económico y social para una sociedad democrática, abierta y en transformación permanente. Ha sido un *amortiguador social* de las consecuencias negativas que la sociedad del riesgo presentan sobre la población (un instrumento esencialmente redistributivo y de solidaridad social intergeneracional) y un elemento que ha impulsado la estabilización y expansión del crecimiento económico, el mantenimiento de la demanda agregada y la pacificación del orden social. No es de extrañar, pues, que la Seguridad Social se configura como un derecho social fundamental de prestación fundamental que se materializa en prestaciones y servicios públicos. Ese derecho debe ser

¹⁰ VIDA SORIA, J.: “Estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social”, DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 28.

¹¹ DURAND, P.: “Las ambigüedades de la redistribución de los ingresos de la Seguridad Social”, en Durand Paul, «Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité sociale», en *Droit social*, 1953, págs. 392 y sigs.

eficazmente garantizado tanto desde el punto de vista jurídico como institucional. Este derecho subjetivo a la Seguridad Social, con el contenido esencial que impone deducir de los compromisos impuestos por las Normas Internacionales (como la Carta Social Europea de 1996; el Convenio OIT, núm. 102, Norma Mínima de Seguridad Social, el Código Europeo de Seguridad Social, etcétera), es exigible jurídicamente ante los poderes públicos, aunque el legislador ordinaria tiene un limitado margen de discrecionalidad en la concreción de los derechos específicos de Seguridad Social. Ello conforma una zona resistente propia del contenido esencial del derecho que en cuanto tal resulta inderogable porque de lo contrario el derecho a la Seguridad Social sería irreconocible¹².

A través de sus trabajos científicos Paul Durand pretendía realizar los principios de la reforma social del Derecho privado y de la democracia sustancial basada en la «justicia social» y en la garantía de los derechos sociales que él considerada inherente en un sistema democrático. Sin duda su obra más importante es *La política contemporánea de Seguridad Social*, París, Ed. Dalloz, 1953 (traducida ejemplarmente en nuestro país por José Vida Soria, en 1991, y publicada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con un excelente estudio preliminar). Esta perspectiva ya permite arrojar luz sobre la necesaria metodología interdisciplinar con la cual Durand aborda el estudio de la Seguridad Social, en la medida en que no puede ser correctamente comprendida si no es a través de sus dimensiones políticas, jurídicas, económicas, sociológicas, demográficas, y por tanto a través de un diálogo entre los distintos saberes y diversas ciencias sociales.

2. SU APORTACIÓN: CONSOLIDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SISTEMATIZACIÓN DEL ESTÁNDAR MUNDIAL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En cierto sentido su aportación residiría en contribuir a la fundamentación, sistematización y pretensión de universalización del estándar de Seguridad Social. Lo hizo a partir las teorizaciones del Informe Beveridge (adaptadas a las peculiaridades de los sistemas continentales europeos) y en la orientación propia de la Seguridad Social de superación de régimen heterogéneo de los seguros sociales. Late la pretensión de dotar a la Seguridad Social de cientificidad y especificidad como rama jurídica diferenciada. En Durand prevalecía la idea de una Seguridad Social encaminada a acabar contra las situaciones de miseria

¹² Y para decirlo con la mayor brevedad y precisión *esa configuración y delimitación del contenido esencial se contiene en el art. 12 de la Carta Social Europea Revisada* (1996). Efectivamente, conforme al art. 12 CSE (“Derecho a la Seguridad Social”): “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1. a *establecer o mantener* un régimen de Seguridad Social. 2. a *mantener* el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del *Código Europeo de la Seguridad Social*. 3. a *esforzarse* por elevar progresivamente el nivel [alcanzado] del régimen de Seguridad Social...”. Como se ve la obligación de “mantener un régimen de Seguridad Social” viene acompañada de la identificación de un estándar mínimo delimitador del alcance dinámico de los derechos de Seguridad Social, que materializan ese derecho matriz de estructura compleja, pues comprende diversos derechos prestacionales. La referencia al Código Europeo de la Seguridad Social (como en la versión anterior de 1961 que se hacía al Convenio OIT, núm. 102, norma mínima de Seguridad Social), es precisa respecto a la concreción de ese contenido mínimo esencial y conforma un estándar prestacional; un ideal de cobertura que integra un amplio conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas que debe ser mantenido (y según el apartado 3 del art. 12 CSE elevado progresivamente en atención a la necesidad de cobertura de nuevas necesidades sociales, pues la Seguridad Social presenta un contenido variable y en constante evolución con límites inestables) por el Estado, como responsabilidad pública. De nuevo, hay que decir que es necesario tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, por decir con Ronald Dworkin.

desestabilizadoras del orden (los grandes males –“cinco males gigantes que destruir”¹³– a los que aludía Beveridge en sus Informes de 1942 y 1944) y como instrumento de progreso de la sociedad, desde la perspectiva optimista imperante en la época, es decir, una mezcla o combinación entre defensa del orden y la paz social y la promoción y lucha contra las situaciones de desigualdad (Vida, J., 1991, 39). Esa idea-fuerza la encuentra Paul Durand en las bases que sustentan la creación y la acción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde el Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles (Durand, P., 1991, 493 ss.) hasta el Convenio OIT, núm. 102, sobre Norma Mínima de Seguridad Social (1952) (Durand, P., 1991, 522 ss.), en la generalización de los Tratados de Seguridad Social (Durand, P., 1991, 508 ss.), y, en el ámbito del Derecho internacional regional europeo, en el todavía por entonces “Proyecto de Código europeo de Seguridad Social” en el marco de la actividad legislativa del Consejo de Europa (Durand, P., 1991, 524 ss. Ese Código Europeo de Seguridad Social cristalizaría normativamente en el año 1964, y que Durand no pudo ver por su prematura muerte trágica en 1960 en el terremoto de Agadir). Un proceso que podría culminar en la realización de la utopía de una internacionalización de la Seguridad Social, pues, en su opinión, la creación de un Organismo Internacional de Seguridad Social exigiría una mayor integración interestatal (llega a hablar de la constitución de “una Federación de Estados”). Por ello apunta a la idea más pragmática y más fácilmente realizable a un nivel más modesto, limitándola al objetivo de garantizar la protección social de los trabajadores migrantes, que no gozasen de la protección de un Convenio Internacional de Seguridad Social (Durand, P., 1991, 528-529).

3. METODOLOGÍA INTERDISCIPLINAR

Para Paul Durand la Seguridad Social sólo puede ser comprendida y explicada cuando se afronta desde todas sus dimensiones, políticas, jurídicas, económicas, sociológicas, demográficas, y desde su misma historicidad (como construcción histórica en permanente evolución creadora); y, por supuesto, igualmente, en el ámbito de lo jurídico, desde la cultura del derecho social a la Seguridad Social que materializa jurídica e institucionalmente. Durand no utiliza un método estrictamente jurídico y dogmático, sino que reclama el uso de una metodología interdisciplinaria donde se inserta lo jurídico. Así, pretende evitar enfoques unilaterales y sesgados. Y es que como se ha realizado “sólo desde perspectivas y métodos sincréticos, adquiere el estudio y el tratamiento de la Seguridad Social su auténtica fertilidad y sus perfiles más expresivos. La denominación de esta obra como “Política... de Seguridad Social”, viene a tener una significación –para ella y para los estudios generales de la Seguridad Social– más profunda que lo que el autor mismo indica en la Introducción” a su propia obra “La política contemporánea de Seguridad Social” (Vida, J., 1991, 31-32).

Para Durand la Seguridad Social se inserta en el marco de un movimiento civilizatorio generalizado en favor de la seguridad en un contexto en el cual la experiencia pone de manifiesto la amplitud, la gravedad (y su mismo carácter cambiante, con la emergencia de nuevos riesgos) de los riesgos que en el individuo se halla inmerso a lo largo de su trayectoria vital; sociedad del riesgo que reclama la atención a las metamorfosis económicas y sociales y

¹³ “los cinco males gigantes! Que hay que destruir son: la Indigencia, las Enfermedades, la Ignorancia, la “suciedad” (*squalor*, que proviene del crecimiento no planeado, desordenado; el ataque a la “Suciedad” significa una mejor ubicación de la industria y de la población y una revolución en los alojamientos y viviendas) y la Ociosidad BEVERIDGE, W.: *Las bases de la Seguridad Social (1943)*, versión española de Teodoro Ortiz, México, FCE, 2ª ed., 1946, págs. 51 y sigs.

a los riesgos “fabricados” por el propio hombre¹⁴. Hace notar, significativamente, que el concepto mismo de Seguridad Social no responde a las categorías jurídicas tradicionales; de ahí las dificultades que presenta una definición precisa (Durand, P., 1991, 51 y 54). La perspectiva interdisciplinar es subrayada por el autor cuando manifiesta que su libro “La política contemporánea de Seguridad Social” intenta presentar una *explicación* de la política contemporánea de Seguridad Social en su conjunto y atendiendo a la multiplicidad de perspectivas analíticas de observación (Durand, P., 1991, Preámbulo, 48-49).

4. SU CONCEPCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para él la Seguridad Social como rama o sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general (es decir, como “Derecho de la Seguridad Social”) se encuentra actualmente —escribe en junio de 1952— en el estado en que se encontraba el Derecho administrativo, antes de la aparición de los trabajos de Laferriere, Duguit y Hauriou, los cuales enriquecieron sus investigaciones con elementos históricos y soluciones jurisprudenciales, alcanzándose de este modo la construcción más innovadora de la doctrina moderna del Derecho administrativo; y es que, observa, todavía la opinión doctrinal más generalizada reduce la Seguridad Social a una multiplicidad de leyes, decretos y circulares administrativas, encargadas de realizar una ardua tarea de reglamentación, y desprovistas de principios y de ideas globalizadoras y constructivas. Es necesario un esfuerzo considerable para llegar al conocimiento pleno de uno de los fenómenos esenciales de las sociedades contemporáneas; y para ello la imperfección en la realización del objetivo está servida: porque, ciertamente, resulta prácticamente imposible estudiar la Seguridad Social desde sus diversos aspectos [que es para Durand lo necesario]: jurídicos, económicos, financieros, demográficos, y, a la vez, analizar con la misma atención su función correctiva y preventiva de los riesgos sociales, investigando en todos esos campos con una completa seguridad y rigor técnico (Durand, P., 1991, Preámbulo, 48-49).

Según Paul Durand la Seguridad Social es un instrumento de protección social pública diferente a los Seguros sociales a los que sustituye y desplaza por una concepción más amplia de las situaciones de riesgo y necesidad social. Lo afirma explícitamente: La noción de la Seguridad Social ha sustituido a la de los Seguros Sociales de los orígenes. La organización de un Sistema de garantía de los medios de vida, en la forma de un servicio público, sin desatender su especificidad, aproxima las cuestiones de la Seguridad Social a aquellas que la legislación financiera está llamada a afrontar y resolver (Durand, P., 1991, 355).

Para él la Seguridad social *se organiza y materializa en un servicio público*, y como tal con vocación expansiva y en cuanto presenta un importante impacto en la financiación al comprometer la responsabilidad del Estado y su posible traducción en la financiación impositiva. Para él la Seguridad Social encarna la idea de solidaridad social constituyendo una forma de solidaridad estatalmente organizada. Con manifiesta influencia del solidarismo jurídico-social (muy propio de la IIIª República francesa)¹⁵, como expresión del liberalismo

¹⁴ Véase BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998, espec., págs. 25 y sigs.; *Ibid.*, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno de España editores, 2002, espec., págs. 29 y sigs., en la que se hace referencia precisamente a las “incertidumbres fabricadas”.

¹⁵ Sobre la solidaridad como fundamento del orden social en una perspectiva institucionalista, puede consultarse, en general, MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “La Teoría Jurídica de León Duguit”, estudio preliminar a DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, Granada, Ed. Comares, 2005, págs. XIII-L.; DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad*, trad. José G. Acuña, revisión, edición y estudio preliminar, “La soberanía en

social, Durand consideró que la noción de solidaridad social sustituye al concepto de caridad o ayuda social, y ella expresa un obligación pública correlativa a un derecho en favor de la persona. Esa concepción de la solidaridad jurídico-social es la base de los conceptos modernos de la Seguridad Social, con su mutualización de los riesgos, y también soporte de la moderna asistencia o ayuda social como derecho subjetivo y no como mera liberalidad o discrecionalidad del poder público. Por tanto, no debe extrañar que el Estado interviene igualmente, de modo directo, en la financiación porque la Política contemporánea de Seguridad Social se esfuerza en garantizar a todos los individuos medios de vida suficientes (Durand, P., 1991, 358).

La Seguridad Social es el producto de un tipo de solidaridad social estatalmente organizada, que, lejos de contradecir la libertad individual, la reafirma. Con el inicio de las políticas de previsión y Seguridad Social, la sociedad amplió su capacidad de decisión autónoma sobre la gestión de lo social, anticipándose a las circunstancias y afrontándolas de forma colectivamente organizada. La Seguridad Social hizo posible la reducción de la inseguridad y proporcionó los instrumentos con los cuales realizar medidas redistributivas y moderar los efectos producidos por las contingencias determinantes de situaciones de necesidad relevantes. Pero la realidad histórica muestra la complejidad de motivos subyacentes a la extensión de los mecanismos de protección social. En general, obedece a la puesta en práctica de políticas de integración social, cuando no de carácter estrictamente defensivo del orden establecido; es decir, como política de contención social. En la mayoría de los países la socialización de la cobertura de los riesgos sociales no estuvo presidida tan solo por sentimientos de solidaridad (que también los hubo sin duda en instituciones y personas)¹⁶.

Paul Durand afirma la “originalidad” de la política de Seguridad Social, pues en su opinión la política de Seguridad Social no es una simple prolongación de la política de Seguros Sociales: la política de Seguridad Social –que se muestra en toda su originalidad– se puede caracterizar, simultáneamente, por su *espíritu* y por sus *técnicas* (Durand, P., 1991, 221).

Efectivamente, la política de Seguridad Social se contrapone inicialmente a la de seguros sociales por su *espíritu*. Por un lado, los Sistemas de Seguros Sociales presentaban un carácter parcializado y no se preocupaban más que de la cobertura de determinados riesgos. La política de Seguridad Social, al contrario, proporciona una garantía de conjunto para todos los riesgos sociales, en cuanto que considera que es toda la seguridad individual –en principio– la que está comprometida cuando se ignora el riesgo social. Ello incide en la tendencia a la generalidad o universalidad objetiva de la cobertura dispensada por el sistema público. Por otro lado, los Seguros Sociales no protegían más que a una parte de la población,

la modernidad: León Duguít y la “crisis de la soberanía” (pp. IX-LXXXVI), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 97 y sigs. (“El concepto solidarista de la libertad”), y 103 y sigs. (“Principales consecuencias del concepto solidarista de libertad”). Junto a León Duguít debe tenerse en cuenta la importancia político jurídica y sociológico que tuvieron autores como Léon Bourgeois y Émile Durkheim. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento político-jurídico de Durkheim. Solidaridad, anomia y democracia” (I) y (II), en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núms. 9-10 (2008), págs. 299 a 373 y 387 a 434, respectivamente.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 155-156, y ampliamente págs. 143 y sigs. (“Significación político-jurídica de la solidaridad social en el contexto del reformismo social europeo y español”); *Ibid.*, “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la Constitución social del trabajo”, ROJAS RIVERO, GL. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Seguridad Social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, págs. 203 a 328.

es decir, presentaban un carácter selectivo: al principio, sólo a los trabajadores asalariados; más tarde, a las personas económicamente débiles o vulnerables. La política de Seguridad Social se extiende al conjunto de la población. La protección social pública contra la enfermedad, la vejez, el paro, la desigualdad producida por las cargas familiares no puede, desde su punto de vista, limitarse tan solo a determinadas categorías o tipos de trabajadores. Ello conduce a la fuerte tendencia hacia la universalidad subjetiva. Pero, además, la política de Seguridad Social tiende a la unificación de las contingencias protegidas, pues la Seguridad Social ha supuesto la fusión de los antiguos procedimientos que aseguraban la protección contra riesgos sociales (Durand, P., 1991, 222).

Desde la perspectiva *técnica* la referida evolución cualitativa se refleja en el abandono de los métodos técnicos tradicionales del Seguro privado. En los seguros sociales todavía estaban presentes las técnicas propias de los seguros privados. Sin embargo, la cobertura general de riesgos en beneficio de toda la población se basa en la idea, enteramente distinta, de una *solidaridad realizada a través de la redistribución de la renta nacional*". Haciendo suya las reflexiones de Pierre Laroque, entiende que a partir del momento en que el problema de la Seguridad Social se sitúa en el marco de una política de conjunto y de un mecanismo general, ya importa relativamente poco que los recursos que se destinen a garantizar el funcionamiento de estos mecanismos tengan su origen en cotizaciones o en recursos fiscales. En el fondo, es siempre la economía del país, tomada en su conjunto, la que soporta esta carga y la cuestión de saber si es preferible adoptar un método u otros para obtener los recursos necesarios para la cobertura del conjunto de los gastos de la Seguridad Social, es sólo una cuestión de oportunidad económica o psicológica. En todos los casos, el resultado, entiende, es el mismo: existe, por un lado, un *servicio público* que funciona en interés de toda la colectividad y cuyos gastos son asumidos por esa misma colectividad políticamente organizada; existe, por otra parte, y ante todo, un reparto de la renta nacional por vía de la autoridad pública. Es así que para él no cabe duda que la Seguridad Social aparece como servicio público basado en la solidaridad social organizada públicamente a nivel nacional. Ciertamente, los rasgos típicos de la Seguridad Social frente a los propios y específicos de los Seguros Sociales viene a poner de manifiesto que la institución de un servicio de interés público, que se ha creado para remediar las insuficiencias de la iniciativa privada, y que funciona bajo un régimen jurídico exorbitante respecto del derecho común (orden público social), incluso si este servicio se gestiona indirectamente por organismos privados. Con todo, junto a los tradicionales servicios públicos de carácter estrictamente administrativo, la política contemporánea de Seguridad Social ha creado un "*nuevo servicio público de finalidad social* que materializa el derechos de los individuos a las prestaciones de Seguridad Social (Durand, P., 1991, 222-224).

El segundo punto de partida de su concepción de la Seguridad Social reside en la demarcación del Derecho del Trabajo tradicional y del nuevo Derecho de la Seguridad Social (no reconducible exclusivamente a una Seguridad Social "laboral o profesional"). Afirma, en este orden de ideas, que las instituciones de Seguridad Social garantizan, de un modo cada vez más completo, la protección de todos los miembros de la población contra los riesgos derivados de su existencia. Dado que el Derecho del Trabajo regula tan solo el trabajo dependiente, el Derecho de la Seguridad Social no puede encontrar un encuadramiento

correcto en el marco de un Tratado de Derecho del Trabajo, que se limita a aquel tipo de trabajo subordinado (Durand, P., 1991, Preámbulo, 47-48; Durand, P., 1952, 437 ss.)¹⁷.

La generalización de la Seguridad Social ha implicado una transformación profunda de las antiguas reglas y los principios de ordenación de los Seguros Sociales originarios. Una de ellas es precisamente de carácter técnico-jurídico y de política del Derecho Social, a saber: la Seguridad Social resulta por completo evidente que ha dejado de ser una rama indiferenciada del Derecho del Trabajo, es decir, del sector del ordenamiento jurídico general que regula el trabajo dependiente o subordinado. La Seguridad Social forma y conforma una nueva rama o sector del Sistema Jurídico, diversa del Derecho del Trabajo, aunque con evidentes e intensas influencias mutuas en el desarrollo dinámico de ambas disciplinas jurídicas (Durand, P., 1991, 321-322 ss.; *Ibid.*, 1949, pág. 201)¹⁸.

Con todo, para él, los principios técnicos y categorías específicas de la indemnización de riesgos sociales ponen de manifiesto las nuevas tendencias evolutivas de la Política de Seguridad Social en la sociedad contemporánea. *El deseo de asegurar una garantía de los medios de existencia, tan compleja como sea posible*, ha supuesto la extensión del campo de las contingencias cubiertas por la Seguridad Social; y asimismo a ampliar extraordinariamente su ámbito de aplicación, es decir, el círculo de beneficiarios protegidos por estas instituciones y a perfeccionar los procedimientos de reparación pública de riesgos sociales y como tales relevantes para el ordenamiento jurídico (Durand, 1991, 224).

Pero, en el fondo, lo que cuenta es el fin civilizatorio de la Seguridad Social. Y en esto se puede hacer confluir a dos grandes clásicos de la Seguridad Social como son Paul Durand y Augusto Venturi: la locución “Seguridad Social”, hace notar Venturi, también utilizada para designar un tipo de ordenamiento jurídico particular, se refiere a la *finalidad* que intenta alcanzar este tipo de ordenamiento. Esto tiene un significado que trasciende la mera cuestión terminológica: se mantiene para indicar un cambio de dirección, en virtud del cual un plan de acción social *se diseña en función de su finalidad y no en función de un determinado instrumento*¹⁹. Ciertamente, la tendencia de la política de protección social pública que ha venido construyéndose y que ha encontrado en la expresión “Seguridad Social” su formulación más acabada, precisa y comprensiva, es la de que la sociedad políticamente organizada tiene el deber y el derecho de intervenir en favor del individuo en el caso de que surjan acontecimientos de carácter general y típico, que se operen como consecuencia de la desfavorable mutación del equilibrio entre necesidades y medios para satisfacerlas. La Seguridad Social presenta una impronta ética desde la misma expresión que lo designa, el nuevo sistema de protección social pública se manifiesta dominado por el fin que se encuentra llamado a realizar, más que por la naturaleza de los medios utilizados, como sucede con el seguro social y en la asistencia. Es fin es original e innovador en la medida en que sustituye al concepto de la mano piadosa que socorre al indigente y al de una política social dirigida a una determinada clase, por el principio de la obligación universal de garantizar a todo ser humano la protección contra las consecuencias dañosas que derivan de eventos de la vida individual,

¹⁷ DURAND, P.: “Naissance d’ un droit nouveau: du droit de travail au droit de l’ activité professionnelle”, en *Droit Social*, 1952, págs. 437 y sigs.

¹⁸ DURAND, P.: “Exploration d’ une terre inconnue: la Sécurité Sociale”, en *Droit sociale*, 1949, pág. 201.

¹⁹ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995, pág. 275.

familiar o colectiva²⁰. A pesar del punto de partida más restringido, en el que se buscaba la garantía preferente del nivel de ingresos derivados del trabajo²¹, la Seguridad Social tiene una fuerza expansiva vinculada a la evolución de las necesidades sociales y al carácter dinámico y abierto de la concepción del riesgo social.

Ahora bien, Durand puntualiza que los problemas que trata de combatir la política de Seguridad Social no pueden resolverse simplemente a base de inspirarse en un cierto ideal social. Es tan necesario, o más tener en cuenta las condiciones de orden económico que conforman el cuadro de una política de Seguridad Social” (Durand, 1991, 224).

5. LOS CONDICIONANTES ECONÓMICOS DE LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Según Durand la Seguridad Social presupone y está implicada en un orden económico determinado. En efecto, entiende que el estudio del factor económico pone de relieve la importante enseñanza de que la política de Seguridad Social se desarrollará en condiciones más satisfactorias cuando vaya acompañada de un crecimiento de la Renta Nacional. Ello es así porque la necesaria detracción que sobre ella impone la financiación de la Seguridad Social, se hará entonces más fácil. La política demográfica (equilibrio entre natalidad y envejecimiento), el aumento de la población activa y la política de pleno empleo (por medio de la que elementos importantes de la población no se quedarán fuera del ciclo productivo), la productividad del trabajo, etcétera, resultan esenciales para el funcionamiento de las instituciones de Seguridad Social (Durand, P., 1991, 232-235). Para él es innegable la necesidad de una Política de Pleno Empleo. En tal sentido afirma, con W. Beveridge y el soporte de fundamentación económica que aporta J.M.Keynes, que el pleno empleo es una de las mayores ambiciones de la Seguridad Social. Fue con ocasión precisamente del tema del paro, cuando se empleó por primera vez el término Seguridad Social en la Ley americana de 1935; y en gran medida el sistema de Seguridad Social se ha construido en vista de la lucha contra el paro en países avanzados. Destaca, en esa dirección de pensamiento, que dos órdenes de medios se pusieron a disposición del Estado para prevenir el paro y para luchar contra él, a saber, una política social, tendente a la organización y racionalización del mercado de trabajo, y una política económica y financiera que permitía actuar positivamente sobre consumo, la inversión y el ahorro (Durand, 1991, 611 ss.). En este marco, la política del Pleno Empleo otorga una extraordinaria relevancia a la acción del poder político. Observa que entre la concepción del capitalismo liberal, que no ha conseguido garantizar el desarrollo armonioso de la economía y la paz social en las relaciones de trabajo, y el socialismo planificador de tipo autoritario que amenaza según la expresión de F. A. Hayek con el *camino de la servidumbre*, las aportaciones de Keynes y de Lord Beveridge han hecho alumbrar la esperanza de hacer realidad una solución nueva conforme a la cual se conciliarían la necesidad de una mejor organización económica y social y el respeto de las libertades individuales (Durand, 1991, 654). Como se puede comprobar para Paul Durand la Seguridad Social se inserta en el cuadro de medidas que permitirían articular una suerte de tercer vía entre el capitalismo liberal y el socialismo, pero manteniendo las estructuras básicas e institucionales del orden público económico del capitalismo intervenido y sólo “socializado” en la parte estrictamente necesaria

²⁰ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, trad. Gregorio Tudela Cambroner, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995, págs. 278 y 285.

²¹ LAROQUE, P.: “Le plan français de Sécurité Sociale, en *Rev. Franc. Rav.*, 1946, pág. 10.

para la garantía de la paz social (función defensiva) y la mejora de vida de las personas (función integradora y de “justicia social”).

Existe una nítida conexión entre la Seguridad Social y la Sociedad Política, con una extensión del Derecho público, la socialización de las necesidades y la redistribución de la riqueza. Y es que la implantación de los Sistemas de Seguridad Social requiere de modificaciones cualitativas en el Orden Político. La Seguridad Social, en la medida en que se encamina a liberar al hombre de las limitaciones que la necesidad le impone, *colabora en la realización de una libertad real y no solo de una libertad formal. La Seguridad Social se configura así como la condición de una verdadera democracia de contenido social*. Es esta tendencia en favor de la corrección y remoción de las desigualdades sociales, lo que quiere significar la fórmula de la redistribución de la renta, aunque apuntando a que la noción de redistribución de la renta no está exenta de equívocos, porque puede servir para designar mecanismos muy diversos (Durand, P., 1991, 726-727; Durand, P., 1953, 292 ss.)²².

6. LAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LARGA DURACIÓN: UN PILAR DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Paul Durand aprecia varias tendencias en la evolución y desarrollo de la Seguridad Social: la tendencia a la generalización o universalidad subjetiva y la expansión de la cobertura prestacional la unificación de contingencias, la unificación internacional, la creciente implicación fiscal del Estado en el mantenimiento del sistema²³, etcétera (Durand, P., 1991, 321, 309 ss., 363 ss., 527). Lo cierto es que, pese a las dificultades, la consolidación y creciente expansión de la Seguridad Social tiende a convertirse en regla general.

Hace notar que los principios técnicos concernientes a la indemnización de Riesgos Sociales ponen de manifiesto las nuevas tendencias de la Política de Seguridad Social (Durand, P., 1991, 225). Observa que la internacionalización de la Seguridad Social es un exponente más de la internacionalización, cada vez más completa e intensa, de la vida económica y social. Entiende, en relación a ello, que los grandes problemas vinculados a la política de Seguridad Social no se pueden resolver adecuadamente en un marco exclusivamente nacional, tanto si se trata de cuestiones monetarias o financieros (que condicionan el equilibrio financiero de las instituciones de seguros, y en concreto del seguro de vejez), como si se trata de problemas de Salud Pública (de los que depende la indemnización de los riesgos fisiológicos), o de los intercambios económicos internacionales (que ejercen una influencia inmediata sobre el nivel de empleo). Los problemas que plantean los aspectos internacionales de la Seguridad Social son de los más delicados que la política moderna de indemnización de riesgos sociales ha tenido y tiene que afrontar en todo momento. Los Sistemas modernos, que organizan a menudo la Seguridad Social con la técnica del Servicio Público, hacen depender más a menudo el derecho a prestaciones, de la residencia en un país o del lugar donde el riesgo se actualiza. Pero la consideración determinante es generalmente *de orden político, y no de exclusivo carácter técnico*: los Países de emigración se esfuerzan en mantener los lazos ya establecidos

²² DURAND, P.: “Les équivoques de la redistributions du revenu par la Sécurité Sociale”, en *Droit Social*, 1953, págs. 292 y ss.

²³ Paul Durand destaca que “el papel preponderante que acepta el Estado en la financiación del sistema, marca la transición hacia el segundo procedimiento de financiación: el Impuesto”. Cfr. DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, tradición y estudio preliminar “Sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social”, a cargo de José Vida Soria, Madrid, MTSS, 1991, pág. 363.

entre sus instituciones de Seguridad Social y sus emigrantes, mientras que los países de inmigración tienden hacia soluciones de tipo territorial, y vinculan a los extranjeros a sus propias Instituciones administrativas y a su vida social. También puede ocurrir que se adopten criterios diferentes para las distintas ramas de la Seguridad Social. La evolución de la Seguridad Social hacia la forma de un Servicio Público, las cargas que la indemnización de Riesgos Sociales impone a la Economía Nacional, las preocupaciones demográficas (imperiosas sobre todo para la población nacional), y el deseo de disponer de bazas adecuadas en las negociaciones estatales a nivel internacionales, incitan a menudo a introducir en los sistemas de Seguridad Social desigualdades de trato entre los nacionales y los extranjeros: ello ocurre principalmente en lo que se refiere a las pensiones no contributivas, pero también en las de carácter estrictamente contributivo (Durand, P., 1991, 488-491).

Con todo, la generalización de la Seguridad Social ha transformado profundamente en las antiguas reglas y los principios de ordenación los seguros sociales y de otras fórmulas superadas de protección social pública (Durand, P., 1991, 321 ss.). En esa evolución se conjugan elementos de homogeneización con elementos de diversificación inherentes a las distintas tradiciones imperantes en la “cultura jurídica” que han dominado a la Seguridad Social en los distintos países.

Pero ya se puede entrever que para Durand la Seguridad Social es un fenómeno de civilización y un pilar de la democracia entendida no sólo de manera formal y procedimental sino también de manera sustancial. En su opinión, “la Política de Seguridad Social, plantea un conjunto de problemas nuevos, y de un ámbito absolutamente distinto, al que plantean las medidas indemnizatorias. Se trata aquí de diseñar una estructura de la sociedad tal, que cada individuo se vea liberado de los riesgos sociales, y que pueda alcanzar un nivel de existencia lo más elevado posible” (Durand, 1991, 533).

La realización efectiva e integral de la Seguridad Social y de la política de pleno empleo constituye todo un reto para las políticas públicas en un régimen democrático, siendo, si cabe, este objetivo más difícil de alcanzar en la práctica. Y así lo percibieron constructores del Sistema como William Beveridge y Paul Durand. En el campo de la Seguridad Social se hace más fácil, posible y aconsejable definir nítida y completamente los deberes y los derechos. Es posible ser precisos en la delimitación porque la Seguridad Social cubre riesgos mensurables y las medidas para proporcionarlo se encuentra dentro de las posibilidades de la sociedad. Pero la aventura del pleno empleo en una sociedad desarrollada y libre es cuestión distinta. No es fácil de alcanzar. “Es una aventura porque el Estado, en este campo, no será del todo dueño de los acontecimientos mientras desee preservar la libertad de los individuos y mientras deba adaptar sus actos a los actos de otras comunidades. Es una aventura que debe ser emprendida si se quiere que sobreviva la sociedad libre”²⁴. A lo que, en la misma senda discursiva, añade constructivamente Paul Durand: “Pero las Sociedades Contemporáneas han aceptado deliberadamente este riesgo. Toda actitud puramente crítica sería vana. Y puesto que “la aventura es semejante a un viaje a través de corrientes cambiantes y peligrosas” (William Beveridge) vale más observarla sin reparos esta evolución, estudiar los problemas que plantea

²⁴ BEVERIDGE, W.: *Pleno Empleo en una sociedad libre. Informe de Lord Beveridge II (1944)*, trad. Pilar López Mániz, Madrid, MTSS, 1988, pág. 227.

y esforzarse en conducirlos, salvaguardando los valores morales que han hecho la nobleza de una civilización” (Durand, P., 1991, 730).

Para Paul Durand subraya que “la Seguridad Social” es un “factor de transformación de la Sociedad contemporánea”, y que las transformaciones de las estructuras jurídicas no son lo único que importa. Tan importantes como ellas, son las modificaciones de orden sociológico y económico. La Política de Seguridad Social tiende a transformar las condiciones de vida de una Sociedad. Proporcionando la garantía de los medios de existencia, permite al hombre, liberado del temor de la necesidad, participar más activamente en la actividad económica. El riesgo es inherente a la vida humana y a las sociedades, pero lo que se trata es de conducir los problemas que se plantean en cada momento y salvaguardar los valores morales que han forjado a nuestra civilización. “Para nuestra grandeza –afirma–, si no para nuestra felicidad, los poderosos demonios del conocimiento y de la acción nunca nos dejará gustar los pálidos placeres del reposo y de la certidumbre” (Durand, P., 1991, 730).

7. OBRAS PRINCIPALES DE PAUL DURAND

La relación de los trabajos científicos de Paul Durand se presenta en la edición de Revista «*Droit Social*» (Número *monográfico* dedicado a PAUL DURAND), núm. 12 (1960). De entre ellos deben destacarse las siguientes obras:

- *Des conventions d’irresponsabilité*, obra que puede considerarse clásica, dirigida por Georges Ripert, su reconocido Maestro, París, 1931, 535 páginas.
- *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, 1933.
- *Précis de législation industrielle*, con la colaboración de de A. Rouast, Dalloz, 1^{re} éd. 1943; 2e éd. 1946; 3e éd. 1948; 4e éd. 1950.
- *Traité de droit du travail*, t.I con la colaboración de R. Jaussaud, 1947; t.II con la colaboración de A. Vitu, 1949 (prix Dupin 1950); t.III con la colaboración de A. Vitu, 1956.
- *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953. Traducida al castellano, DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y “Estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social”, a cargo de JOSÉ VIDA SORIA, Madrid, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 1991.
- “Exploration d’ une terre inconnue: la Sécurité Sociale”, en *Droit sociale*, 1949.
- «Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité sociale », en *Droit social*, 1953, págs. 392 y sigs.
- «Allocations familiales et allocation du salaire unique», Fasc. XXXII, de la Revista *Droit Social*, págs. 26 y sigs.
- “Naissance d’un droit nouveau: du droit de travail au droit de l’ activité professionnelle”, en *Droit Social*, 1952, págs. 437 y sigs.
- *Précis de droit du travail*, con la colaboración de A. Rouast, Dalloz, 1^{re} éd. 1957; 2e éd. 1961.
- *Précis de sécurité sociale*, con la colaboración de A. Rouast, Dalloz, 1^{re} éd. 1958; 2e éd. 1960.
- *Traité élémentaire de droit commercial* (reedición del Tratado de Georges Ripert), con la colaboración de R. Roblot, Dalloz, t.I 1959, t.II et t.III 1960.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO

REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(INSTRUCCIONES DE USO)

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.

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. Extensi3n

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensi3n de los trabajos tendr1 un m3nimo de 15 p1ginas y un m1ximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensi3n de los trabajos tendr1 un m3nimo de 10 p1ginas y un m1ximo de 15 p1ginas.

C) Para “*Cr3nica legislativa*”: la extensi3n tendr1 un m1ximo de 25 p1ginas.

D). Para “*Cr3nica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliogr1ficas*”: La extensi3n tendr1 un m1ximo de 25 p1ginas.

E). Para “*Econom3a de la Seguridad Social*”: La extensi3n tendr1 un m1ximo de 25 p1ginas.

11. Notas y t3cnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizar1 la t3cnica de cita a pie de p1gina.

El texto incluido en 3sta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tama1o 10, p1rrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tama1o 10, solo en may1scula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autor3a individual o en coautor3a de hasta cuatro autores:

RODR3GUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, p1gs. 201-242.

MONEREO P3REZ, J.L.: *Los or3genes de la Seguridad Social en Espa1a. Jos3 Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, p1gs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La econom3a de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, S1NCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, p1gs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociaci3n Espa1ola de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVIL3S, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, p1gs. 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. (Dir.), 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.

**I CONGRESO INTERNACIONAL
Y
XIV NACIONAL
DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y
SEGURIDAD SOCIAL**

**LAS INCAPACIDADES LABORALES Y LA
SEGURIDAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD EN
TRANSFORMACIÓN**

Madrid, 19 y 20 de octubre de 2017

Salón de Actos de la Tesorería General de la Seguridad Social
C/ Astros, 5 y 7 - 28071 Madrid



Organiza:



Inscripción y Comunicaciones:

Visite nuestra web: www.aesss.org

Colaboran:



I CONGRESO INTERNACIONAL Y XIV CONGRESO NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL LAS INCAPACIDADES LABORALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD EN TRANSFORMACIÓN

Madrid, 19 y 20 de octubre de 2017

Salón de Actos de la Tesorería General de la Seguridad Social
C/ Astros, 5 y 7 - 28071 Madrid

COMITÉ ORGANIZADOR

Dr. D. José Luis Monero Pérez, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Carlos García de Cortázar y Nebreda, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dr. D. Guillermo Rodríguez Iniesta, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
D. Andrés Trillo García, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dr. D. Juan José Fernández Domínguez, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dra. D. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Secretaria General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dra. D. Belén del Mar López Insa, Tesorera de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dr. D. Francisco Ortiz Castillo, Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dra. D. María Antonia Castro Argüelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo.
Dr. D. Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense.
Dr. José Ignacio García Ninet, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona.
Dr. D. Jesús Ramón Mercader Ugolina, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III.
Dra. D. Carolina San Martín Mazzucchi, Profesora Titular, acreditada a catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

COORDINACIÓN:

Dr. D. Guillermo Rodríguez Iniesta, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dra. D. Belén del Mar López Insa, Tesorera de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dr. D. Francisco Ortiz Castillo, Vocal de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

INAUGURACIÓN

Dr. D. José Luis Monero Pérez, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Dra. D. Gina Magnolia Riaño Barón, Secretaria General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.
Sr. D. Francisco Gómez Ferrer, Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social.

JUEVES 19 DE OCTUBRE DE 2017 (MAÑANA)

CONFERENCIA INAUGURAL

"El tratamiento jurídico de la incapacidad del trabajo en el Sistema Español de Seguridad Social"

Ponente: Dr. D. Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León.
Presenta: Dr. D. Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Presidente de Honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

PRIMER PANEL

LA INCAPACIDAD TEMPORAL. ASPECTOS PRESTACIONALES

"Configuración general, acceso y mantenimiento a la situación de incapacidad temporal"

Ponente: Dr. D. José Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense.

"Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal"

Ponente: Dra. D. Belén del Mar López Insa, Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Granada.

"Mejoras voluntarias de la incapacidad temporal. El papel de la negociación colectiva en la mejora de la protección por incapacidad temporal"

Ponente: Dr. D. Jesús García Ortega, Profesor Titular -acreditado a catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia.

Presenta y modera: Dra. D. Carolina San Martín Mazzucchi, Profesora Titular -acreditada a catedrática- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

SEGUNDO PANEL

LA INCAPACIDAD PERMANENTE. ASPECTOS PRESTACIONALES

"Configuración general, acceso y mantenimiento a la incapacidad permanente"

Ponente: Dr. D. Manuel Álvarez de la Rosa, Abogado, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna.

"Incidencia de la contingencia determinante de la situación de incapacidad permanente"

Ponente: Dra. D. Immaculada Ballester Pastor, Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Jaume I, Castellón.

"Razones para su vinculación con la jubilación y el acceso a la protección más allá de la edad ordinaria de jubilación"

Ponente: Dr. D. Ángel Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

"El tratamiento de las incapacidades laborales en Iberoamérica"

Ponente: Dra. D. Gina Magnolia Riaño Barón, Secretaria General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Presenta y modera: Dr. D. Alberto Arufe Varela, Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad A Coruña.

JUEVES 19 DE OCTUBRE DE 2017 (TARDE)

TERCER PANEL

LA INCAPACIDAD PERMANENTE. ASPECTOS PRESTACIONALES (II)

"La valoración y revisión de la incapacidad permanente"

Ponente: Dr. D. Santiago González Ortega, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo Olavide.

"El problema de la objetivación y valoración de la incapacidad permanente"

Ponente: Dr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro, Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

"El modelo de valoración de la invalidez no contributiva"

Ponente: Dra. D. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

COMITÉ CIENTÍFICO

Presidente:

Dr. D. José Luis Monero Pérez, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Vocales:

Dra. D. Paola Bozzano, Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Roma "La Sapienza".

Dr. D. Maximilian Fusch, Profesor Emérito de la Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt, Baviera, Alemania. Miembro del consejo Asesor del Instituto de Trabajo y Relaciones Industriales en la Comunidad Europea en Trier.

Dr. D. Mario Geremida, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Punta Este, Uruguay.

Dr. D. Adrián Goldin, Presidente de la Sociedad Internacional de D. Trabajo y de la Seguridad Social, Profesor Emérito de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina.

Dra. Lourdes Mella Méndez, Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela, Coordinadora General de la RED CIELO.

Dr. D. Danny Pieters, Profesor Ordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica.

Dra. D. Gina Magnolia Riaño Barón, Secretaria General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Dra. D. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Secretario:

Dr. D. Guillermo Rodríguez Iniesta, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia, Magistrado -supt.- Tribunal Superior de Justicia de la C.A. de la Región de Murcia.

Presenta y modera: Dra. D. María José Romero Rodenas, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha.
Asamblea de socios

VIERNES 20 DE OCTUBRE DE 2017 (MAÑANA)

CUARTO PANEL

EL "DERECHO COMÚN" DE LAS INCAPACIDADES LABORALES. ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y GARANTÍAS

"Las incapacidades temporales en su contexto médico"

Ponente: Dr. D. José Julio Vadillo, Médico, Especialista en Medicina del Trabajo.

"Los Equipos de Valoración de Incapacidades. Una valoración sobre el papel desempleado"

Ponente: Dr. D. Fernando Álvarez-Bilzquez, Inspector Médico del INSS, Miembro del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS en Pontevedra.

"La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud del trabajador"

Ponente: Dr. D. José Luis Monero Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Presenta y modera: Dra. D. Carmen Sánchez Trigueros, Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia.

QUINTO PANEL

LA POSICIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LOS RETOS DE LAS INCAPACIDADES LABORALES

Orientaciones sobre nuevos usos terapéuticos de la IT.

El non nato intento de una valoración objetiva de las incapacidades permanentes de 1994. Una reforma fracasada.

El control de la IT. Incidencia sobre el gasto público y la productividad empresarial.

El papel de las Mutuas en la gestión de las Incapacidades Laborales. El modelo de protección de la invalidez no contributiva.

El tratamiento de las incapacidades laborales en Europa. Las incapacidades laborales temporales en Iberoamérica.

Intervienen:

Representante de CC.OO. Sr. D. Carlos Bravo Fernández, Secretario Confederado de Protección Social y Políticas Públicas.

Representante de UGT. Sra. D. Carmen López Ruiz, Secretaria de Acción Social.

Representante de CEOE. Sr. D. Jordi García Viniñas, Director del Departamento de Relaciones Laborales.

Representante de CEPYME. Sra. D. Teresa Díaz de Terán, Directora del Departamento Socio-Laboral.

Representante del sector de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social: D. Carlos Javier Santos García, Subdirector General de IBERMUTUAMUR.

Representación de los Servicios Jurídicos del INSS. Sr. D. Andrés Ramón Trillo García, Letrado Jefe de los Servicios Centrales del INSS.

Por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: Sr. D. Carlos García de Cortázar y Nebreda, Vicepresidente.

Presenta y modera: D. Marcos Peña Pinto, Presidente del Consejo Económico y Social de España.

CONFERENCIA DE CLAUSURA

"Incapacidad Laboral y Seguridad Social en una sociedad de trabajo cambiante"

Ponente Dra. D. Paola Bozzano, Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Roma "La Sapienza".

Presenta: Dr. D. José Luis Monero Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Organiza:



Inscripción y Comunicaciones:

Visite nuestra web: www.aesss.org

Colaboran:



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

