

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3<sup>er</sup> Trimestre 2017

nº 12

**Sumario:**

Dirección: José Luis Monereo Pérez

## Editorial

- ✦ Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género

*José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## Estudios Doctrinales

- ✦ El sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios: Un sistema especial «atípico» dentro del régimen general de la seguridad social

*Faustino Cavas Martínez*

- ✦ La incapacidad temporal de mutualistas y funcionarios incluidos en el régimen general de la seguridad social: similitudes y diferencias

*Susana Rodríguez Escanciano*

- ✦ Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo

*Juan Carlos Álvarez Cortés*

- ✦ Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad

*Ricardo Pedro Ron Latas y José Fernando Lousada Arochena*

## Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad Subrogada)

*Arántzazu Vicente Palacio*

- ✦ Jubilación a edad reducida y cuantía de la pensión

*Antonio Álvarez Montero*

- ✦ El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo (Comentario a la STS –sala 4ª– de 7 de diciembre de 2016)

*Juan López Gandía*

- ✦ Determinación del grado de incapacidad permanente y recurso de casación para la unificación de doctrina: Especial referencia a las deficiencias visuales

*Yolanda Cano Galán*

- ✦ El control del gasto de las mutuas según los informes de auditoría, una cuestión interpretativa. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia número 3/2017 de 23 de noviembre)

*Carlos José Martínez Mateo*

## Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional

*Mário Silveiro de Barros*

## 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

- ✦ De cómo erradicar la económica sumergida. Una perspectiva fiscal

*Santos M. Ruesga Benito*

## Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ Carlos Martí Bufill (1915-2001): Los fundamentos éticos y científicos de la Seguridad Social en España

*José Luis Monereo Pérez*



# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

3<sup>er</sup> Trimestre 2017

Nº 12

© 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](http://www.laborum.es)

email: [laborum@laborum.es](mailto: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](http://www.laborum.es/revsegsoc)



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



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



[revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es)

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

## **DIRECCIÓN:**

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

## **COORDINACIÓN:**

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. 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. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

## **CONSEJO ASESOR:**

Mario Ackerman, *Catedrático Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría y del Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*

Jordi Agustí Juliá, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Miguel A. Almendros González, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Ángel Arias Domínguez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Guillermo Barrios Baudor, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

Francisco Blasco Lahoz, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Paola Bozzao, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Umberto Carabelli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Bari “Aldo Moro”. Italia*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Lance Compa, *Catedrático de Relaciones Laborales, Derecho e Historia. Universidad de Cornell I. Ithaca. Nueva York*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Luis Enrique De la Villa, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid*

Mikel De la Fuente Lavín, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Ángel Luis De Val Tena, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*

María Teresa Díaz Aznarte, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Marco Esposito, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles. Italia*

Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Antonio Fernández Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan Antonio Fernández Bernat, *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Ángel Gallego Morales, *Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. CARL*

Javier Gárate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*  
Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*  
Jesús Lahera Forteza, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*  
Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Belén del Mar López Insua, *Profesora Ayudante Doctora –acreditada a Contratada Doctora– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*  
Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*  
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*  
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*  
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*  
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*  
Rafael Muñoz de Bustillo, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de Salamanca*  
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*  
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Adrián Osvaldo Goldín, *Abogado. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Buenos Aires. Argentina*  
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*  
José Antonio Panizo Robles, *Administrador Civil del Estado*  
Rosa Quesada Segura, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*  
Margarita Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*  
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*  
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*  
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*  
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*  
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Fernando Salinas Molina, *Magistrado del Tribunal Supremo*  
Carmen Sánchez Trigueros, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*  
Carolina San Martín Mazzuconi, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*  
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*  
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*  
Andrés Trillo García, *Ltrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*  
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*  
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Fernando Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

#### **COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:**

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*  
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*  
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*  
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I*  
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*  
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

#### **EDITOR:**

Francisco Ortiz Castillo

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

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

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

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

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

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

**REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE  
DATOS Y ORGANISMOS:**



### **Orientación y enfoque metodológico**

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa de Seguridad Social
- Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

### **Destinatarios**

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos –públicos y privados– en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de “recursos humanos”, asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

# Índice

## EDITORIAL

13

<b>GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL (II). NUEVAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA PROTECCIÓN A LA SUPERVIVENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO .....</b>	<b>15</b>
--	-----------

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

## ESTUDIOS DOCTRINALES

25

<b>EL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS: UN SISTEMA ESPECIAL «ATÍPICO» DENTRO DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>27</b>
---	-----------

*FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ*

1. EL PROGRESIVO DESMANTELAMIENTO DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	27
2. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DE LA LEY 18/2011, DE 22 DE SEPTIEMBRE....	33
3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS .....	35
4. BIBLIOGRAFÍA .....	56

<b>LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE MUTUALISTAS Y FUNCIONARIOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS .....</b>	<b>57</b>
--	-----------

*SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO*

1. LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: APUNTE SOBRE SU DISPERSA REGULACIÓN.....	57
2. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS AL RÉGIMEN GENERAL.....	59
3. EL RESTRINGIDO MARCO DE APLICACIÓN DEL MUTUALISMO PARA LOS FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO .....	62
4. LA ATENCIÓN DEL MUTUALISMO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL .....	66
5. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN Y COMPLEMENTOS ECONÓMICOS .....	70
6. DIVERSIDAD DE ÓRGANOS DE CONTROL .....	73
7. COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS RESPECTO DE LOS FUNCIONARIOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL .....	76
8. DURACIÓN .....	79

**ALTERACIÓN DE LA SALUD, ASISTENCIA SANITARIA Y CONTROL MÉDICO DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO..... 87**

*JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

- 1. INTRODUCCIÓN: EL ABSENTISMO LABORAL Y EL FRAUDE COMO MOTOR DE LAS SUCESIVAS Y ETERNAS REFORMAS EN LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ..... 87
- 2. ALTERACIÓN DE LA SALUD INCAPACITANTE Y ASISTENCIA SANITARIA..... 91
- 3. EL CONTROL MÉDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL..... 96

**PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS EN PERSPECTIVA DE GÉNERO: NORMA Y REALIDAD .....105**

*RICARDO PEDRO RON LATAS*

*JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA*

- 1. LA REGULACIÓN APARENTEMENTE NEUTRA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y LA REALIDAD FEMINIZADA DEL COLECTIVO DE PENSIONISTAS NO CONTRIBUTIVOS ..... 105
- 2. EL ANÁLISIS DE GÉNERO EN LA DINÁMICA APLICATIVA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS ..... 108
- 3. LA DESATENCIÓN NORMATIVA DE CUESTIONES CON IMPACTO DE GÉNERO.. 114

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL ..... 123**

**CAMBIOS SOCIALES Y PRESTACIÓN ECONÓMICA DE MATERNIDAD (SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA).....125**

*ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO*

- 1. INTRODUCCIÓN..... 125
- 2. UN PRISMA JURÍDICO DE MÚLTIPLES CARAS ..... 127
- 3. UN BREVE EPÍLOGO: ALGUNAS REFLEXIONES NO EstrictAMENTE JURÍDICAS ..... 141

**JUBILACIÓN A EDAD REDUCIDA Y CUANTÍA DE LA PENSIÓN.....145**

*ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO*

- 1. APROXIMACIÓN GENERAL..... 146
- 2. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO OBJETO DE LA SENTENCIA ANALIZADA..... 150
- 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ..... 153
- 4. REFLEXIÓN FINAL ..... 155

**EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACION POR DESEMPLEO (COMENTARIO A LA STS –SALA 4ª– DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016).....159**

*JUAN LÓPEZ GANDÍA*

- 1. INTRODUCCIÓN. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL..... 159
- 2. LA STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016 ..... 164

**DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS DEFICIENCIAS VISUALES .....171**

*YOLANDA CANO GALÁN*

- 1. INTRODUCCIÓN..... 171

2. DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE .....	172
3. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE .....	178
4. CONCLUSIONES .....	185

**EL CONTROL DEL GASTO DE LAS MUTUAS SEGÚN LOS INFORMES DE AUDITORÍA, UNA CUESTIÓN INTERPRETATIVA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª, SENTENCIA NÚMERO 3/2017 DE 23 DE NOVIEMBRE) .....** **187**

*CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO*

1. CONTEXTO Y PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIAS .....	188
2. OBJETOS PRINCIPALES DEL RECURSO.....	188
3. INFRAVALORACIÓN DE LOS INGRESOS POR ASISTENCIA SANITARIA .....	189
4. LOS INCENTIVOS DE VINCULACIÓN PARA LA CAPTACIÓN DE EMPRESAS.....	191
5. REINTEGROS POR RETRIBUCIONES A LOS COLABORADORES EN LA ADMINISTRACIÓN COMPLEMENTARIA A LA DIRECTA.....	192
6. CANTIDADES ABONADAS COMO COMPENSACIONES POR ASISTENCIA A ÓRGANOS DE GOBIERNO SIN COBERTURA LEGAL .....	196
7. IMPORTE DEL PAGO DE COMPENSACIONES A LOS DIRECTIVOS DE LAS MUTUAS, POR ASISTENCIAS A LA JUNTA DIRECTIVA.....	196
8. ACTIVIDADES QUE NO PUEDEN INCLUIRSE EN LA GESTIÓN COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESARROLLADA POR LAS MUTUAS.....	197
9. CONCLUSIONES .....	198

**DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS** **201**

**LA PROTECCIÓN SOCIAL POR DEPENDENCIA EN PORTUGAL. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, COMUNITARIO EUROPEO E INTERNACIONAL .....** **203**

*MÁRIO SILVEIRO DE BARROS*

1. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA .....	203
2. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN ALEMANIA, FRANCIA Y ESPAÑA.....	206
3. LA COMPARACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....	209
4. LA SITUACIÓN DE PORTUGAL EN RELACIÓN CON LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	212
5. EL CUMPLIMIENTO POR PORTUGAL DEL ARTÍCULO 23 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA.....	217

## **CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS** **223**

*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

## **CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS** **241**

*BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

<b>CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>243</b>
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) .....	243
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	243
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	243
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES) .....	244
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN .....	246
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	247
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES .....	254
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA .....	255
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) .....	255
<b>NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>256</b>
1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS .....	256
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS .....	257
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) .....	257
4. RECENSIONES .....	257

## **ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL** **263**

<b>DE CÓMO ERRADICAR LA ECONOMÍA SUMERGIDA. UNA PERSPECTIVA FISCAL .....</b>	<b>265</b>
--	------------

*SANTOS M. RUESGA BENITO*

1. CONTEXTO TEÓRICO .....	266
2. ALGUNOS CONCEPTOS RELATIVOS A LA INFORMALIDAD EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA .....	267
3. MICROECONOMÍA DE LA ACTIVIDAD SUMERGIDA .....	271
4. ENFOQUE MESOECONÓMICO .....	276
5. ENFOQUE MACROECONÓMICO .....	279
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ENFOQUE DE LA FISCALIDAD EN PRESENCIA DE ECONOMÍA SUMERGIDA .....	282
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	286

---

**CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL** **289**

---

**CARLOS MARTÍ BUFILL (1915-2001): LOS FUNDAMENTOS ÉTICOS Y CIENTÍFICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA ..... 291***JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

1. CARLOS MARTÍ BUFILL Y LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA ..... 291
2. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS MARTÍ BUFILL ..... 296



Editorial

Laboorum



## Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones 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  
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

*“... De otra manera el hombre desarreglado que no se domina, reclamará y sostendrá que no es responsable de su vicio, porque pretenderá que si comete la falta, es porque se ve forzado a ello por la pasión y el deseo...”*

*La gran moral. Definición de la fuerza o violencia. Libro primero, capítulo XIII, ARISTÓTELES<sup>1</sup>*

*“... el topar con la realidad es siempre una irrupción a través de la apariencia, una nueva experiencia propia que nos arrastra”*

Karl JASPERS<sup>2</sup>

En el anterior número ya tuvimos ocasión de analizar con carácter general las respuestas que el sistema de de Seguridad Social ofrece a las víctimas de violencia de género así como a otros familiares tanto del agresor como de la víctima<sup>3</sup>.

La relevancia que lamentablemente tienen estos acontecimientos de violencia y el compromiso de la editorial con quienes la padecen directa o indirectamente nos llevan a esta nueva editorial que se centrará en el tratamiento actual que la Seguridad Social le da en el terreno de las prestaciones por muerte y supervivencia y por otro lado en el análisis y comentario de dos propuestas que pretender reformar el marco jurídico actual de la protección a la orfandad en los supuestos en que la muerte de la viuda o pareja de hecho se haya producido a consecuencia de violencia de género. Se trata de dos relevantes oportunas proposiciones de Ley, una de ellas la 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de las

<sup>1</sup> Esta edición del texto en español de *La gran moral* de Aristóteles, en versión de Patricio de Azcárate, que ofrece libremente por internet el *Proyecto Filosofía en español*, realizada directamente a partir de un ejemplar de la edición impresa originaria, Madrid 1873, tomo 2.

<sup>2</sup> JASPERS, K.: *Filosofía de la existencia*, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1993, pág. 104.

<sup>3</sup> Véase N.º 11 de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, 2.º trimestre, 2017, págs. 13 a 22.

hijas e hijos de víctimas de violencia de género, presentada por el Grupo Socialista<sup>4</sup>; y otra la 622/000006, de modificación 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, Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>5</sup>.

Brevemente haremos una sinopsis histórica de cómo se ha ido configurando la protección singular a las situaciones derivadas de violencia de género en el concreto ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Será la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género la que marcará un punto de inflexión o un paso hacia la protección específica de las mujeres víctimas de violencia de género, otorgando una tutela reforzada frente actos de maltrato físico y psíquico, así como la visibilizarían de una violencia hasta entonces silenciada y por tanto no reconocida socialmente<sup>6</sup>. La DA. Primera, rubricada como “Pensiones y Ayudas” vino a disponer lo siguiente:

- a) Pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad dentro del sistema público de pensiones: cuando se haya sido condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de un delito de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, salvo que hubiere mediado reconciliación. En realidad, la única novedad que se introducía era la de haber sido condenado por un delito de lesiones ya que la muerte del causante como causa que impedía el acceso a la pensión ya estaba prevista en el art. 11.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967.
- b) Imposibilidad de percibir –de que se le abone– por razón de la patria potestad o tutela de la pensión de orfandad. En el caso de haber sido condenado por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de un delito de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos.
- c) Imposibilidad de ser considerado víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual: quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o excónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

<sup>4</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 17 de marzo de 2017, núm. 99-1

<sup>5</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. XII Legislatura. Iniciativas Legislativas. Proyectos y Propositiones de Ley, 2 de febrero de 2017, núm. 53.

<sup>6</sup> En lo concerniente a la Seguridad Social véanse el art. 21 y las DA 1.ª y 8.ª.

Con posterioridad la Ley 40/2007, de 4 de diciembre establecerá dos importantes reformas:

- a) Su DA. 30 apartado 1 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificará la redacción del apartado 1 de la DA. Primera de la LO 1/2004, en el sentido de suprimir la expresión “cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge” por “cuando la víctimas de dichos delitos fuera la causante de la pensión” y añadiendo la previsión de que la pensión que hubiera debido reconocérsele “... *incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate.*”
- b) Su art. 5 modificará sustancialmente el régimen de acceso a la pensión de viudedad para los supuestos de separación, divorcio o nulidad, al exigir que el llamado a ser beneficiario fuera acreedor de pensión compensatoria y que esta quedará extinguida a la muerte (en caso de nulidad habersele reconocido la indemnización prevista en el art. 98 Código Civil); y por otro lado abrirá por primera vez la puerta a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad. Si bien y respecto a estos dos aspectos ninguna previsión se recogerá en relación con las situaciones derivadas de violencia de género.

La Ley 26/2009, de 23 de marzo, modificará nuevamente el art. 174.2 de la LGSS/1994, en orden a establecer un límite al importe de la pensión de viudedad para cuando, determinada reglamentariamente su cuantía, fuere superior a la pensión compensatoria que se venía percibiendo y por otro lado exonerar de la necesidad de ser acreedora de la pensión compensatoria en los supuestos de violencia de género.

Posteriormente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se hará eco de una singular e infamante forma violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia que afecta a los menores de muchas formas: condicionando su bienestar y su desarrollo; a su salud; a ser utilizados como instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer; y favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma lo cual es un dato a tomar en cuenta en los supuestos en que se cuestiona la existencia o no de violencia de género<sup>7</sup> y por ello la DF. Tercera llevará a cabo una reforma de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, concretamente de su art. para reconocer a los menores como posibles víctimas; del art. 61 en el que se hace hincapié en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia; y por último se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

---

<sup>7</sup> De la Exposición de Motivos de la Ley.

Unos días después se promulgará la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que por lo que aquí interesa destaca sus disposiciones finales décima a decimocuarta que introducen modificaciones en la Ley General de la Seguridad Social de 1994<sup>8</sup>; en el RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>9</sup>; en el RD 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>10</sup>; y en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social<sup>11</sup>, con la finalidad declarada<sup>12</sup> de regular las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social y en favor de familiares del Régimen de Clases Pasivas del Estado, desde una perspectiva global que refuerza la lucha contra la violencia de género y garantiza los derechos de los colectivos más vulnerables, singularmente de los menores. La nueva normativa impide el acceso a las citadas prestaciones o el mantenimiento en su disfrute a quienes fueran condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación. Además, se introducen instrumentos que van a permitir la suspensión cautelar del abono de las prestaciones que, en su caso, se hubieran reconocido cuando haya recaído sobre el solicitante resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión del indicado delito, así como la revisión de oficio de los derechos reconocidos cuando recaiga sentencia firme al respecto. Y finalmente articula mecanismos de comunicación y coordinación necesarios con los juzgados y tribunales de justicia para una más adecuada aplicación de la nueva regulación y con la finalidad de evitar que las personas condenadas por el delito de homicidio doloso puedan percibir en su nombre la pensión correspondiente, contemplándose igualmente los incrementos de cuantía pertinentes cuando la pensión de viudedad sea denegada o retirada a los condenados.

La situación pues en estos momentos es la siguiente:

Las Propositiones de Ley que se analizan, según confiesan en sus exposiciones de motivos, pretenden avanzar en la protección del huérfano cuando el menor sobrevive a la situación de maltrato y/ o muerte de la madre y queda fuera de la cobertura del sistema por

---

<sup>8</sup> Introduce los arts. 179 ter, quater, quinquies, sexies y da una nueva redacción a la DF. Octava de la LGSS/1994.

<sup>9</sup> Introduce un nuevo apartado 3 al artículo 15; nuevos arts. 37 bis, 37 ter y 37 quater y una nueva redacción a la DF. Undécima.

<sup>10</sup> Añadiendo una disposición adicional quinta.

<sup>11</sup> Modificando el art. 146.2.

<sup>12</sup> Ver su Exposición de Motivos. La Ley también introducirá importantes modificaciones en la LO 1/1996, de 15 de enero; en el Código Civil; en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación pública; RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores; Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 40/2003, de 18 noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; LO 8/2013, 9 diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa; Ley 43/2006, 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

no encontrarse la madre en alta o situación asimilada y no acreditar entonces el período mínimo de cotización exigido de 15 años<sup>13</sup>, así como en la cuantía final de la pensión.

Ambas Proposiciones de Ley ofrecen una nueva redacción al art. 224 de la LGSS. La propuesta del Grupo Socialista, se limita a dar una nueva redacción al apartado 1 del mismo, para introducir lo siguiente (lo destacado en letra negrita):

*«1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c), o el fallecimiento se hubiera producido por violencia de género. Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del art. 219.1.»<sup>14</sup>*

Por su parte la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, ofrece una nueva redacción del art. 224, cuya redacción sería la siguiente (en negrita las novedades respecto al texto actual):

*«Artículo 224. Pensión de orfandad.*

*1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c).*

*Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del artículo 219.1.*

***En todo caso, si la causa de la muerte de la madre fuera por homicidio doloso cometido por la pareja o expareja de ésta, se entenderá como situación asimilada al alta sin obligación de cotizar del sujeto causante.***

*2. Podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante fuera menor de veinticinco años, el hijo del causante que no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.*

*Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los veinticinco años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.*

*3. La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.*

***4. Las pensiones de orfandad que tengan como causa el fallecimiento de la madre por violencia de género, no estarán sujetos en cómputo anual a los límites de reconocimiento inicial y revalorización de pensiones previsto en esta Ley.***

***El importe mínimo mensual de las pensiones de orfandad generadas por esta causa que se reconozcan y abonen por la Seguridad Social, será el equivalente al***

<sup>13</sup> Art. 224.1 en relación con el art.219.1 párrafo 3.º de la LGSS.

<sup>14</sup> Este párrafo se suprime en la versión de origen.

*triple del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en cada momento.*

*A los efectos previstos en este apartado, las pensiones de orfandad causadas por un mismo hecho se computarán conjuntamente y en la mayor cuantía que pudiera corresponder.*

*Las diferencias existentes entre las cuantías de las pensiones que hubieran correspondido y las que realmente se abonen serán financiadas con cargo a los Presupuestos del Estado.»*

La reforma pretendida por el Grupo Socialista es más sencilla en su planteamiento, pues suprime la exigencia de alta cuando el fallecimiento se haya producido por violencia de género.

Por su parte la de Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea lo que hace es introducir una nueva situación asimilada al alta la de homicidio doloso cometido por la pareja o expareja de la madre. Lo que plantea varios interrogantes:

-Si alcanza a las parejas de hecho habrá que pensar: a) ¿Quedan fuera las uniones matrimoniales?; b) Si se incluye a las ex parejas, habrá que modificar el artículo 220 LGSS relativo a los beneficiarios ex cónyuges y por otro lado también el art. 221 LGSS relativo a las parejas de hecho; cosa que no se hace; c) Habrá que concretar a que tipo de pareja de hecho se refiere si la real o la formalizada; y d) a la propia configuración de cuando se produce violencia de género y si precisa que sea durante el matrimonio o se permite que se extienda a lo largo del tiempo una vez concluida la relación de pareja.

La situación de ser víctima de violencia de género como situación asimilada al alta ya tiene su reconocimiento en el ámbito de las prestaciones tanto “cortas” (subsidios o prestaciones familiares)<sup>15</sup> como largas (incapacidad permanente o jubilación)<sup>16</sup> si bien con condicionamientos adicionales y siempre que la llamada a ser beneficiaria sea la propia víctima y no los hijos. Una reciente sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada se suele invocar como reconocedora de situación asimilada al alta de las víctimas de violencia de género en orden a posibilitar que el acceso a las pensiones de orfandad<sup>17</sup>, se trata de la sentencia núm. 2216/2016, de 13 de octubre, pero que en realidad lo que hace es una interpretación humana y flexible de la situación asimilada al alta de paro involuntario “roto”

---

<sup>15</sup> Por ejemplo art. 267.3.b) LGSS para el desempleo o DA. Única del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, para la prestación no económica familiar.

<sup>16</sup> Ver art. 165.5 LGSS.

<sup>17</sup> Así en LEGALTODAY, se puede leer: “Reconocen la pensión de orfandad a los hijos de una víctima de violencia de género recurrida por el INSS en Andalucía.7 de diciembre de 2016. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) ha reconocido el derecho a los dos hijos de una mujer que fue asesinada por su expareja sentimental a recibir una pensión de orfandad después de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) recurriera el fallo original al entender que la víctima no estaba en situación alta o asimilada de alta así como tampoco acreditados 500 días cotizados en los cinco años anteriores o 15 años de cotización de vida laboral.”, la noticia se puede consultar en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/reconocen-la-pension-de-orfandad-a-los-hijos-de-una-victima-de-violencia-de-genero-recurrida-por-el-inss-en-andalucia>. También y en similares términos puede verse la noticia publicada en el diario El País en fecha 20-12-2015 “El crimen machista no tiene pensión de orfandad. Las trabas de la Seguridad Social para otorgar el subsidio a los huérfanos de la violencia de género obligan a los jueces a reinterpretar la ley para proteger a los menores”, la noticia se puede consultar en [http://politica.elpais.com/politica/2015/12/19/actualidad/1450555710\\_535969.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/12/19/actualidad/1450555710_535969.html)

por una mínima interrupción en la situación de demandante de empleo: “*En el caso de la demandante, la misma estaba inscrita sin interrupción, salvo apenas una quincena, como demandante de empleo desde el 14/4/2010 hasta su muerte el día 8/5/2011, lo que evidenciaba una evidente intención de reintegrarse al mundo laboral como trabajadora por cuenta ajena, extremo que también nos permite considerarla en situación asimilada al alta, al objeto de obtención de la prestación postulada por sus hijos...en la que la beneficiaria es la propia víctima, como en la protección por desempleo y la necesaria acreditación de la situación legal de desempleo(FD.2.º)*”.

La reforma que postula la propuesta del grupo socialista parece en principio técnicamente más correcta, ya que simplemente se limita a no exigir el alta o situación asimilada en los casos de muerte por violencia de género. Lo que es más correcto que considerarla situación asimilada, que viene siendo reservada en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia cuando el sujeto causante y beneficiario no coinciden. La propuesta del Grupo Unido-Podemos –siendo sugerente– plantea un problema, que es su limitado ámbito subjetivo de víctimas y consiguiente de beneficiarios, ya que el homicidio doloso en la muerte de la madre debe haber sido “cometido por la pareja o expareja” lo que parece que deja fuera los supuestos de uniones matrimoniales en los que haya violencia de genero que conduzca a la muerte de la madre.

Las reformas propuestas en ambas proposiciones que afectan básicamente a pensión y su cuantía serán objeto de tratamiento conjunto.

En el ámbito concreto de la cuantía pueden apreciarse las siguientes propuestas:

- a) La realizada por el Grupo Unidos-Podemos incluida en el art. 224 LGSS mediante un nuevo número que será el cuarto y que básicamente viene a decir lo siguiente:
  - No estarán sujetos a los límites anuales de reconocimiento inicial y revalorización de pensiones.
  - Su importe mínimo será el equivalente al triple del IPREM.
  - Las diferencias existentes entre las cuantías de las pensiones que hubieran correspondido y las que realmente se abone serán financiadas con cargo a los Presupuestos del Estado.En realidad, como se puede adivinar, no viene a ser otra cosa que una reproducción del art. 61 de la LGSS. Lo que supone equiparar las pensiones de orfandad derivadas de violencia de género a las pensiones de orfandad originadas por actos de terrorismo, lo que no estará exento de polémica<sup>18</sup>.
- b) La realizada por el Grupo Socialista relativa a la compatibilidad de la pensión de orfandad mediante la modificación del apartado 1 del art. 225, que viene a decir lo siguiente (en negrita la novedad introducida):

---

<sup>18</sup> En este sentido véase la Exposición de Motivos de la reforma proyectada y su referencia al art. 61 de la LGSS, influenciada quizás por el Informe “España. Una vida sin violencia para las mujeres y niñas. Las otras víctimas de violencia de género: violencia sexual y trata de personas. Amnistía Internacional”. Julio de 2009, págs. 48 y ss. Se puede consultar en (*España: Una vida sin violencia para mujeres y niñas*. Amnistía Internacional, 2009; [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Vida\\_sin\\_violencia\\_para\\_web.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Vida_sin_violencia_para_web.pdf)).

«Artículo 225. Compatibilidad de la pensión de orfandad. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, la pensión de orfandad será compatible con cualquier renta del trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba. Será de aplicación a las pensiones de orfandad lo previsto, respecto de las pensiones de viudedad, en el segundo párrafo del artículo 223.1, **salvo que el fallecimiento se hubiera producido por violencia de género, en cuyo caso será compatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.**»

Lo que en definitiva supone la posibilidad de ser pluripensionista del mismo sujeto causante en los casos de violencia de género sin necesidad de que las cotizaciones se superpongan al menos quince años tal y como se exige para los supuestos de viudedad. En realidad esta previsión no era necesaria si tenemos en cuenta que para el acceso a la pensión de orfandad ya no se exige período mínimo de cotización tras la reforma introducida por la Ley 40/2007 en el art. 175.1 LGSS/1994, actual art. 224.1 LGSS. Quizás la reforma debería en consecuencia haberlo hecho también con el art. 179 LGSS/1994, pero no se hizo quizás por pasar inadvertido. No tiene sentido no exigir para la “primera” pensión de orfandad cotización pero si para “la segunda”. Pero si ello ayuda a esclarecer una duda, bienvenida sea.

- a) Y en cuanto a la reforma del art. 233 de la LGSS relativo al incremento de las pensiones de orfandad y favor familiares, la propuesta es la siguiente:

Grupo Socialista	Grupo Unidos-Podemos
<p>«Artículo 233. Incremento de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, en determinados supuestos.</p> <p><b>1. A tenor de lo establecido en el artículo 231, las hijas e hijos que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito de violencia de género tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.</b></p> <p><b>La pensión de orfandad se incrementará hasta alcanzar el 70 por ciento de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluida las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional</b></p>	<p>Artículo 233. Incremento de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, en determinados supuestos.</p> <p><b>1. Los hijos y las hijas que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima de delito por homicidio doloso a cargo de su pareja o expareja, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.</b></p> <p>Los titulares de la pensión en favor de familiares podrán, en esos mismos supuestos, ser beneficiarios del incremento previsto reglamentariamente, siempre y cuando no haya otras personas con derecho a pensión de muerte y supervivencia causada por la víctima.</p> <p><b>2. Los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la</b></p>

<p><b>de las pagas extraordinarias. En el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta pensión, la cuantía de la pensión podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.»</b></p> <p><b>2. Los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad o a favor de familiares.»</b></p>	<p><b>pensión de orfandad o en favor de familiares.»</b></p>
--	--

La propuesta de Unidos-Podemos es bastante parecida a la situación actual, realmente lo novedoso es la referencia a la visibilidad de género “hijos y las hijas” y también a que el delito lo haya cometido “la pareja o ex pareja” y a esto cabe hacerle la misma observación que antes se ha hecho que parece que quedarían fuera de esta consideración los hijos procedentes de uniones matrimoniales.

La propuesta del Grupo Socialista, parte de considerar que hay una figura delictiva denominada “delito de violencia de género” lo cual es un error ya que no existe esa figura autónoma, sin perjuicio de que la violencia sobre la mujer pueda ser considerada como circunstancia agravante (art. 23 CP.); de duración de las penas (art. 40 CP.); tipo de pena (art. 48 CP.); o tenga incidencia en penas accesorias (art. CP.); o penas sustitutivas (arts. 83.2 y 84 CP.); medidas de seguridad (arts. 96.3 y 105 CP.); en el delito de lesiones (arts. 147, 148 y 153 CP); amenazas (art. 171 CP; injurias (art. 173 CP); etc.

Por otro lado, el incremento en su configuración cambia:

- Se pasa de un porcentaje fijo, el correspondiente a la pensión de viudedad del 52 % al que se añadiría al porcentaje general de la pensión de orfandad del 20 % (en definitiva el 72 %) a uno variable que podría llegar al 70 % siempre y cuando no se superen en cómputo anual el 75 % del SMI de la unidad familiar de convivencia (muy parecido a los requisitos exigidos por el art. 31 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre para la viudedad en porcentaje del 70 %).
- En el supuesto de que que concurren varios beneficiarios de la pensión de orfandad el límite en la cuantía de la pensión de orfandad podrá alcanzar el 118 % de la base reguladora.

No se atisba a ver aquí cuales son las ventajas con respecto a la situación actual, a saber:

- Si hablamos de un solo beneficiario se pasa de un porcentaje fijo 72 % (52 de la pensión de viudedad y 20 de la de orfandad) a uno variable que como mucho alcanzará el 70 %.
- Se vincula a las rentas de la unidad familiar (incluida la del otro progenitor sujeto activo del delito), lo que ahora no.

- Y la única mejora sería que en caso de concurrencia de beneficiarios que podría alcanzar el 118 %, si bien teniendo en cuenta también los ingresos de unidad familiar, lo que supondría como mucho un 6 % más.

Por otro lado, no entiende bien ese límite del 118 %, si por ejemplo concurrieran tres hijos con derecho a la pensión de orfandad y del incremento lo normal sería haberlo fijado en un 112 % (52+20+20+20).

Ciertamente la reforma pretendida presenta el inconveniente de perjudicar a los hijos procedentes de causantes de víctimas de violencia de género, frente a otros supuestos en que la muerte derive de otras causas, en que no hay cómputo de ingresos de la unidad familiar.

En cuanto a la última previsión relativa a los efectos económicos en principio es lógica, ahora bien ello *¿supone que con independencia de cuando se solicite?* Y por tanto una excepción a las previsiones del art. 53 LGSS.

Las reformas pretendidas pueden tener un buen planteamiento inicial, pero su concreción en las proposiciones de Ley analizadas arrojan en algunos aspectos más sombras que luces que debería subsanarse. Las iniciativas por querer ofrecer salidas ante una situación de emergencia social, soluciones a las situaciones de desprotección y dignas de atención no deberían llevar a ofrecer soluciones aisladas y no conectadas con el todo. La protección a la orfandad forma parte del sistema de Seguridad Social y está dentro de la protección a la supervivencia de determinados familiares, si no se parte de esto, las soluciones pueden llevar a situaciones absurdas o incoherentes, por ejemplo, solo se beneficiarían los huérfanos de parejas o exparejas; o difíciles de entender, como la reducción de los beneficios del incremento de la pensión de orfandad a los huérfanos de víctimas de violencia de género).

En verdad el mayor problema que se plantean en orden al acceso a las prestaciones de supervivencia, hoy por hoy, parecen que vienen dadas casi siempre (si leemos los repertorios judiciales) en el ámbito de la acreditación de que hubo o se produjo violencia de género y es ahí donde quizás este necesitado de un profundo “repensamiento” que evite en la medida de lo posible acudir a voluntarismos que casan mal con la seguridad jurídica.

Pero poco se puede hacer si todavía pueden llegar a leerse –con gran impunidad– carteles en establecimientos públicos como *“Please no entry for ladies only send your driver to order. Thank You”*, que se podría traducir por: Por favor las mujeres no pueden entrar, manden a sus conductores a por el pedido) y la justificación que a continuación la empresa ofrece *“Uno de los paneles que separan a los hombres de las mujeres en el interior del café se ha roto y por eso hemos decidido que lo mejor es no dejar entrar a las mujeres hasta que lo arreglemos”*. El cartel fue colocado en la puerta de una cafetería de la conocida cadena Starbucks en Riald<sup>19</sup>.

No es de extrañar que la violencia de género tenga dimensiones de “epidemia social”; será porque es cierto, en gran medida, que *“la violencia no es poder, sino la ausencia de poder”* (Ralph Waldo Emerson).

---

<sup>19</sup> La noticia puede verse en [http://www.elconfidencial.com/virales/2016-02-04/un-cartel-en-un-starbucks-de-riad-prohibe-la-entrada-a-las-mujeres\\_1146552/](http://www.elconfidencial.com/virales/2016-02-04/un-cartel-en-un-starbucks-de-riad-prohibe-la-entrada-a-las-mujeres_1146552/).

Estudios  
Doctrinales

LABORUM



## El sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios: Un sistema especial «atípico» dentro del régimen general de la seguridad social

### The special scheme for self-employed employed agricultural: A «atypical» special system within the general regime of the social security

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE MURCIA*

#### Resumen

La integración de los trabajadores por cuenta ajena agrarios en el Régimen General de la Seguridad Social mediante la creación de un Sistema especial en el seno de aquél, operada por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, culmina el proceso de disolución del Régimen Especial Agrario que arranca con el trasvase de los trabajadores agrarios por cuenta propia al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Sin embargo, la inclusión de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General viene acompañada de numerosas e importantes particularidades en cuestiones de encuadramiento, cotización y acción protectora, de las que se da cumplida cuenta en este ensayo, así como de la incipiente doctrina administrativa y judicial recaída hasta la fecha sobre dichas materias.

#### Abstract

The integration of agricultural workers in the General Regimen of the Social Security System through a special system, operated by Act 28/2011, of 22 September, completes the process of dissolution of the special agricultural regimen started with the transfer of farmers to the RETA. However, that inclusion is accompanied by numerous and important features concerning to framing, contribution and protection, that this essay conveniently analyzes, as well as incipient administrative and judicial doctrine on these matters.

#### Palabras clave

Seguridad Social Agraria; trabajadores por cuenta ajena; Sistema Especial

#### Keywords

Social Security in Agriculture; workers; special system

## 1. EL PROGRESIVO DESMANTELAMIENTO DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La historia de la protección social de los trabajadores del sector agrario es el relato de una azarosa evolución regida por las ideas-fuerza de simplificación e integración en la diversidad, con vocación de equiparación protectora con los trabajadores autónomos y por cuenta ajena de la industria y los servicios.

El nacimiento del Sistema español de Seguridad Social supuso la institucionalización de un modelo dualista, instrumentado en torno a un Régimen General y a una constelación de regímenes especiales. Aquél se concebía como núcleo central del propio sistema y punto de atracción de estos otros, los cuales aparecían configurados como regímenes transitorios, en

cuanto que llamados a desaparecer en cuanto se lograra la proclamada futura unidad del entero Sistema. Con todo, la necesidad de superar la fragmentación de la Seguridad Social ha sido una constante general a lo largo de la historia de nuestro sistema público de protección social, y el Régimen Especial Agrario (hoy extinto) no permaneció ajeno a dicha orientación homogeneizadora.

Entre los regímenes especiales cuya configuración ha suscitado mayores críticas, hasta el punto de ser considerado la “carga histórica” de la Seguridad Social<sup>1</sup>, el Régimen Especial Agrario (REASS) respondió con su creación (la configuración de la Seguridad Social Agraria como un régimen especial dentro del sistema de Seguridad Social se remonta a la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social<sup>2</sup>) al planteamiento de una Seguridad Social de segundo orden para actividades primitivamente organizadas, de escaso nivel de rentas, y protectora de colectivos profesionales de muy baja capacidad contributiva<sup>3</sup>, continuadora de políticas de ayudas asistenciales y/o de antiguos seguros sociales para atender los problemas de la clase obrera del campo<sup>4</sup>.

La insuficiencia de recursos que siempre se ha presumido a los profesionales del campo (empresarios, trabajador autónomos, jornaleros) se ha traducido en una débil presión contributiva en este régimen especial, que viene arrastrando por tal motivo, conjugado con un excesivo número de pensionistas, un déficit cronificado, sólo suplido gracias a la solidaridad financiera de los restantes regímenes que está en la matriz del sistema de reparto y a una importante participación porcentual del gasto público, con el consiguiente deterioro en los niveles de protección garantizados a sus beneficiarios.

Nacido para dar respuesta jurídica a las circunstancias sociales, económicas y demográficas del campo español en la mitad de los años sesenta, en un momento en que el sector agrario ocupaba un puesto de primera línea en la actividad económica por su relevancia tanto en la población activa ocupada como en el producto interior bruto nacional, el Régimen Especial Agrario se instituyó con el propósito de incorporar a los trabajadores agrarios a la protección de la Seguridad Social, desde una perspectiva que les reconocía singularidades específicas en materia de cotización y de prestaciones y, en general, una cobertura de menor calibre que la dispensada al resto de trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el régimen general. Pasado el tiempo se constató la necesidad urgente de

<sup>1</sup> BAYÓN CHACÓN, G., “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social Española: Régimen General y Regímenes Especiales”, en VV.AA., *Dieciséte Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Madrid, 1972, p. 14.

<sup>2</sup> En cumplimiento del artículo 10 del Texto Articulado primero de la LBSS, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, se aprobó la Ley 38/1966, de 31 de mayo, reguladora del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que inició sus efectos el 1 de enero de 1967. La Ley 38/1966 fue desarrollada por el Decreto 309/1967, de 23 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento general de dicha Ley. Posteriormente, la Ley 38/1966 fue reformada por la Ley 41/1970, de 22 de diciembre, la cual facultaba al Gobierno para aprobar un Texto Refundido de la Ley 38/1966 y de la propia Ley 41/1970, que se aprobó por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que establecía y regulaba el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y, al año siguiente, el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, aprobaba el Reglamento General de dicho Texto Refundido. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., HIERRO HIERRO, J., *Relaciones Laborales y Seguridad Social Agraria*, Ed. Laborum, Murcia, 2005, pp. 97-102. Asimismo, ARENAS VIRUEZ, M., *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008, pp. 167-170.

<sup>3</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, J., *Trabajadores agrícolas y Seguridad Social Agraria*, Ibidem, 1996, pp. 43-44.

<sup>4</sup> HURTADO GONZÁLEZ, C., MARÍN ALONSO, I., *La Seguridad Social Agraria*, Ediciones Laborum, Murcia, 1999, p. 40.

acometer la reforma de este régimen especial, al haber experimentado la realidad socio-económica y productiva del campo una importante transformación y evolución, que ha acercado la realidad rural a la realidad urbana gracias a incorporación de capital, a la mecanización y al uso de métodos y técnicas de explotación y producción industrializados (cultivos bajo plásticos, regadíos computerizados, engorde de ganado controlado por ordenador, etc.), habiéndose convertido muchas explotaciones en auténticas “fábricas” agrarias<sup>5</sup>. Respecto de estas nuevas formas de explotación agraria, técnicamente y económicamente viables, no se aprecia la justificación de un régimen como el agrario, menos exigente en cotizaciones que el general y de inspiración benéfico-asistencial, pensado para un tipo de actividad agraria desarrollada con arreglo a métodos tradicionales de cultivo, deprimida, expuesta a multitud de riesgos por su dependencia de los ciclos naturales y constreñida en sus posibilidades de expansión por el escaso margen de ganancias.

La tendencia a la unidad de la Seguridad Social vendría ya marcada en la propia LBSS de 1963, entendida como base, objetivo y directriz del Sistema de Seguridad Social, pero no se inicia propiamente hasta 1985. Sin embargo, será en épocas más recientes cuando este debate alcance niveles de máxima actualidad jurídico-política, hasta el punto de que las tendencias hacia la racionalización de la estructura del Sistema de Seguridad Social y hacia la convergencia de los regímenes especiales con el general aparecerán, de manera persistente y recurrente, en el enunciado de los objetivos básicos de prácticamente todos los procesos de reforma que han afectado a la Seguridad Social en nuestra todavía corta etapa democrática, si bien ha de reconocerse que la anhelada convergencia no se ha cumplido en su plenitud, ya que continúan existiendo significativas diferencias entre el régimen general y los regímenes especiales. Por lo demás, la simplificación estructural del Sistema y la convergencia entre regímenes no es sólo una cuestión programática, es también importante por exigencias constitucionales y para evitar privilegios o injusticias y agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social y hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos profesionales<sup>6</sup>.

En tal sentido, la reforma llevada a cabo por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social operó ya una drástica reducción en la nómina de los regímenes especiales.

A partir de la segunda mitad de los años noventa se sucederán las declaraciones sobre las disfunciones dimanantes de la balcanizada estructura del Sistema de Seguridad Social y la necesidad de su simplificación: Pacto de Toledo de abril de 1995, Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Seguridad Social de abril de 2001, Resolución del Congreso de los Diputados de octubre de 2003, Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006<sup>7</sup>.

De acuerdo con las Recomendaciones Cuarta y Sexta del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (Pacto de Toledo), es una exigencia de equidad

<sup>5</sup> HIERRO HIERRO, J., *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 80.

<sup>6</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La convergencia entre regímenes de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, p 210.

<sup>7</sup> Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B., “La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 94, 2008, pp. 204-229.

que debe presidir el sistema de protección social la equiparación en prestaciones y obligaciones a los cotizantes del sistema, simplificando la estructura de regímenes. Con estas coordenadas, el Pacto de Toledo propone reducir de manera gradual el número de regímenes hasta lograr la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el Régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, recogiendo, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los eventuales del campo. La intención no era otra que reducir el número de regímenes de la Seguridad Social, conservando el mínimo de excepciones posibles, y que el régimen general no tuviera que seguir soportando el gran peso que representaban el déficit y las deficiencias de los demás regímenes.

Tal simplificación de la estructura del Sistema estará presente también en el *Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Seguridad Social*, firmado el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CEOE-CEPYME y CCOO, y se reitera en la Resolución del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003, por la que se renueva el Pacto de Toledo, al tiempo que constata la necesidad de agilizar, en mayor medida, la labor iniciada a efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes, teniendo en cuenta las peculiaridades de los colectivos a quienes va dirigida, y sin olvidar la adecuada correspondencia entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora.

Como criterios a seguir en el proceso de integración, se recoge la necesidad de que la misma se lleve a cabo de manera escalonada y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan en relación con cada uno de los colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, ni la bipolarización del Sistema era algo que fuera a materializarse de forma inminente, ni tampoco es previsible que la misma consiga la simplificación del mismo, por cuanto se prevé establecer (como efectivamente ha ocurrido) sistemas especiales dentro de los dos regímenes supervivientes, a través de los cuales se mantienen una parte importante de las singularidades que separan actualmente desde el punto de vista de la Seguridad Social a los diferentes sujetos protegidos por ésta.

Según lo previsto en el citado Acuerdo de 9 de abril de 2001, la simplificación de regímenes se llevaría a cabo mediante un proceso con diversas fases que comprendería, en primer lugar, la integración en el RETA de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario (en adelante, REASS), si bien manteniendo peculiaridades específicas y objetivas en materia de afiliación, altas y bajas, cotización y recaudación, esto es, convirtiéndose en un sistema especial dentro del Régimen Común de los trabajadores autónomos. En relación con los trabajadores agrarios por cuenta ajena, y previendo que su integración en el Régimen General habría de resultar más difícil, se dispuso la constitución de una Mesa a la que asignó como misión el análisis de la citada integración, de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo.

Con el cambio de gobierno, en marzo de 2004, se replantea la cuestión por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS). A finales del año 2004 se remite oficio del MTAS al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) para que designe los interlocutores del sector agrario e iniciar el proceso de incorporación de los trabajadores por

cuenta propia del REASS a un sistema especial del RETA. A tal efecto, se constituye un Mesa con la participación de las Organizaciones Agrarias y la Administración, para iniciar la negociación sobre el encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia. Después de diversas reuniones, con fecha de 20 de octubre de 2005, se firmó un Acuerdo en esta materia entre los dos Ministerios implicados y las tres Organizaciones Agrarias de ámbito estatal (ASAJA, COAG y UPA).

Paralelamente, a comienzos del año 2004, el Ministerio de Trabajo, a través del Secretario de Estado para la Seguridad Social, traslada a las Federaciones Agroalimentarias de UGT y CCOO, la opinión del MTAS de suprimir totalmente el REASS. Y en marzo de 2005 mantiene una reunión con la Confederación de Cooperativas Agrarias (CCAE), sobre este mismo extremo, ofreciendo la incorporación al RGSS de los trabajadores por cuenta ajena del REASS, permitiendo que las cotizaciones se fueran equiparando en un plazo de varios años. Según lo previsto, el calendario del proceso de integración sería el siguiente: a partir del mes de septiembre de 2004 un grupo de representantes del Ministerio de Trabajo y de Agricultura, Pesca y Alimentación, de las organizaciones agrarias y de las federaciones agroalimentarias de UGT y CCOO realizarían un estudio sobre la integración. A partir de su estudio, el Gobierno transmitiría durante el mes de abril de 2005 sus propuestas de negociación a las organizaciones agrarias y sindicatos, para concluir las negociaciones en septiembre del mismo año y presentar su proyecto de Ley de Reforma del modelo de Protección Social en octubre de 2005, a fin de que el proceso de integración pudiera culminar antes de finalizar ese año; pero las dificultades y disensiones aparecidas durante el proceso de negociación impidieron que el objetivo previsto llegara a cumplirse.

A cambio, el 15 de diciembre de 2005 se firmó un *Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios*, que como medida de aplicación inmediata contemplaba una mejora sustancial de la protección por desempleo de los eventuales del campo. Este mismo documento posponía a una fase posterior el estudio y aplicación de otras cuestiones, entre las que se encontraba la equiparación del REASS al Régimen General, para lo cual se constituyó un grupo de trabajo. Este último asunto será finalmente abordado por el *Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social*, firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, que le puso como fecha límite el 1º de enero de 2009, disponiendo a tal efecto la articulación de un sistema especial dentro del régimen general que permitiera avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones con los restantes asegurados de este régimen y, al propio tiempo, evitar un brusco incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, a cuyo efecto se establecería un período transitorio de entre 15 y 20 años. El citado sistema especial partiría de los tipos de cotización vigentes; se incorporarían a la cotización agraria bonificaciones y reducciones que incentivasen la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales. Asimismo, el Acuerdo de 2006 comprometía dar soluciones concretas a la problemática de subsectores específicos, a las modificaciones de encuadramiento que habían producido efectos objeto de crítica por parte de los colectivos afectados, al colectivo de trabajadores de mayor edad y menor actividad laboral, a la consideración especial de las situaciones de inactividad y al conjunto de particularidades del sector. No se cumplió, empero, la previsión temporal de integración de la protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social en el año 2009.

El proceso de convergencia entre los distintos Regímenes del Sistema de Seguridad Social previsto en el Pacto de Toledo y activado en los posteriores Acuerdos de reforma de la Seguridad Social, especialmente en el suscrito el 13 de julio de 2006, arrancará con la inclusión de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, incorporación que tuvo lugar el 1 de enero de 2008, por mor de lo dispuesto en la Ley 18/2007, de 4 de julio, que prevé y regula la creación dentro del RETA de un “Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios”, cuyo ámbito de aplicación viene delimitado a través de requisitos de encuadramiento diferenciados respecto del campo de aplicación subjetivo general del RETA. Su finalidad es actualizar el marco de protección social de los agricultores por cuenta propia, aproximándolo al de los trabajadores autónomos de la industria y los servicios, con un incremento de las cotizaciones, que a su vez generara mejores prestaciones y una menor incidencia futura sobre las pensiones mínimas<sup>8</sup>. Por tanto, a partir del 1 de enero de 2008, el Régimen Especial Agrario proporcionaba cobertura únicamente a los trabajadores por cuenta ajena. Posteriormente, las Leyes 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; y la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, avanzaron en el establecimiento de modalidades de cotización y reducciones específicas para el REASS.

El nuevo informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, elaborado por la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 25 de enero de 2011, abunda en su cuarta recomendación, dedicada a la financiación, simplificación e integración de regímenes especiales, en la necesidad de concluir este proceso.

El desembarco en el Régimen General de la Seguridad Social del otro sector de trabajadores agrarios –los jornaleros del campo–, así como el de los empresarios que les dan ocupación, se producirá tres años más tarde que el de los autónomos agrarios en el RETA, de la mano de Ley 28/2011, de 22 de septiembre, que procede a integrar lo que restaba del REASS en el RGSS, con efectos desde el 1 de enero de 2012. Su Exposición de Motivos deja constancia de que la regulación precedente había quedado en buena medida obsoleta y no se adecuaba ya a los cambios laborales, económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo, produciendo importantes desajustes en la protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que impedían su plena equiparación a la percibida por aquellos que prestan sus servicios en otros sectores económicos. Por otra parte, en el seno del Régimen Especial Agrario no se habían detectado incentivos para el incremento de la productividad agraria y el desarrollo de nuevas iniciativas, que requieren contar con una mano de obra suficientemente motivada para arraigarse en la tierra, de manera que se evite la situación actual, en la que muchos proyectos emprendedores pueden verse en peligro por la falta de trabajadores cualificados. En definitiva, la Ley 28/2011 deriva de las recomendaciones del Pacto de Toledo, desde su origen, que ya atisbaba como un obstáculo que dificultaba la sostenibilidad del Sistema de

---

<sup>8</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ROMERO CORONADO, J., Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación, Comares, Granada, 2013, p. 14.

Pensiones, la diversidad de regímenes especiales, resultando necesario reducirlos a dos: uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los trabajadores autónomos.

## **2. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DE LA LEY 18/2011, DE 22 DE SEPTIEMBRE**

Los objetivos de la reforma que acomete la Ley 28/2011 en la protección social agraria son dos, afirmados en su Exposición de Motivos: 1) la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, así como de los empresarios a los que prestan sus servicios, a lo que dedica su artículo 1º; y 2) la creación en su artículo 2º de un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el cual, manteniendo el ámbito subjetivo de aplicación existente en el Régimen Especial Agrario con exclusión de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, se afiancen las garantías de empleo y de cobertura de los trabajadores agrarios por cuenta ajena a través de un nuevo modelo de cotización y de protección, dentro de un contexto de impulso de la creación de riqueza en el sector.

La creación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (SEA) por la Ley 28/2011 responde así al planteamiento de facilitar la efectiva equiparación de los trabajadores agrícolas por cuenta ajena con los del Régimen General, a efectos prestacionales, si bien dicha equiparación no se plantea como algo inmediato sino progresivo, articulando un período transitorio que permita alcanzar dicha asimilación sin generar un drástico incremento de costes sociales que sería inasumible para las empresas agrarias. El SEA constituido por la Ley 28/2011 en el seno del RGSS se regula actualmente en los artículos 250 a 261 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 31 de octubre) y cumple con las invocaciones de necesaria unidad y equiparación que ya se habían establecido desde la Base 3ª.11 de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. De este modo, la integración de los trabajadores asalariados del campo en el Régimen General representa desde el punto de vista jurídico-político un avance muy importante en la consolidación de un Sistema público de Seguridad Social tendencialmente igualitario y contrario a la perpetuación de regímenes particulares o de privilegio en su seno, por más que el Tribunal Constitucional haya sostenido que la existencia de regímenes especiales con desiguales niveles de protección no vulnera el artículo 41 de la CE, aún reconociendo que la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos sea algo deseable desde el punto de vista social (SSTC 103/1984, 27/1998, 77/1995). Afortunadamente, el legislador español no se ha aferrado a esta discutible doctrina constitucional y, aunque con muchos años de retraso, ha dado un paso decisivo hacia la simplificación estructural y la homogeneización protectora con independencia del sector de actividad en el que se trabaje, si bien la situación todavía no es de plena igualdad de trato para todos los colectivos.

Por lo demás, esta integración es el resultado de un proceso de diálogo social que tiene su origen en el *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social* suscrito por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT el 13 de julio de 2006, ya comentado, que se propuso avanzar en la simplificación del sistema de Seguridad Social mediante la inclusión en el Régimen General de los trabajadores inscritos en el Régimen Especial Agrario

–objetivo programado para finales de 2009 que no se consiguió hasta el 1 de enero de 2012–, en aras de la efectiva equiparación de las prestaciones pero evitando un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias. Cinco años después de aquel acuerdo, otro fruto del diálogo social, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, hacía referencia a la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el RGSS a través de un sistema especial, estableciéndose un período transitorio de evolución de las cotizaciones que permitiese garantizar el mantenimiento de la competitividad de las explotaciones agrarias. El 8 de marzo de 2011 se alcanza el “Preacuerdo sobre integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social”, suscrito entre el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, y las organizaciones sectoriales Federación Agroalimentaria de CCOO, FTA-UGT, ASAJA, FEPEX y Comité de Gestión de Cítricos. La Ley 28/2011, de 22 de septiembre (hoy integrada casi completamente en el nuevo TRLGSS 2015, salvo la disposición adicional séptima y la disposición final cuarta), resulta ser la última fase, por el momento, del proceso de integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RGSS. En consecuencia, esta integración en el Régimen General es el resultado del diálogo entre todos los agentes sociales más representativos del ámbito agrario, conllevando por tanto una especial legitimación a la validez jurídica que se predica de cualquier norma<sup>9</sup>.

El Pleno del CES, en su dictamen de 27 de abril de 2011, valoró positivamente el Anteproyecto de Ley que procedía a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General, en la medida en que respondía fielmente a los compromisos asumidos en el marco del Preacuerdo sobre integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, suscrito el 8 de marzo de 2011 por el Secretario de Estado de la Seguridad Social y los representantes de CEOE, CEPYME, UGT y CCOO. Dicha integración supone la culminación de un largo proceso de aproximación del Régimen Especial Agrario a los dos principales regímenes de la Seguridad Social, por cuenta ajena y por cuenta propia, “lo que sin duda constituye un avance en la modernización y simplificación del sistema de Seguridad Social, acorde con las recomendaciones del Pacto de Toledo”. Esta simplificación puede visualizarse actualmente en el artículo 10 del vigente TRLGSS, en el que se ha omitido la referencia al REASS, tal y como pidió en su día el CES.

La técnica utilizada para lograr la integración ha sido la sustitución del Régimen Especial Agrario por la creación de un sistema especial dentro del Régimen General, siguiendo el ejemplo de los trabajadores autónomos del campo que con la Ley 18/2007 quedaron integrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia a través de un sistema especial. Así, en aras de la simplificación del sistema de Seguridad Social se ha procedido a la inclusión de los trabajadores agrarios en alguno de los regímenes preexistentes mediante la creación de estos sistemas especiales, utilizando la posibilidad prevista en el artículo 11 de la anterior LGSS, a cuyo tenor “En aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación...”. En dicha modificación llevada a cabo por la Ley 28/2011, integrando el

---

<sup>9</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J., *Seguridad Social Agraria...*, cit., p. 23.

REASS como un sistema especial dentro del Régimen General, radica la principal diferencia con la regulación precedente de la protección social agraria, toda vez que en los sistemas especiales solo pueden establecerse particularidades en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, mientras que en el caso de los regímenes especiales, cuya creación prevé el artículo 10 de la LGSS [también del vigente TRLGSS 2015], pueden establecerse también particularidades respecto a la acción protectora. Sin embargo, la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RGSS a través de un sistema especial ha sido imperfecta, o atípica si se prefiere, toda vez que no se ha atendido escrupulosamente a lo dispuesto en el precedente artículo 11 de la LGSS, toda vez que la Ley 28/2011, además de particularidades en las relaciones de encuadramiento, cotización y recaudación, únicas admitidas en un sistema especial, también las ha previsto en el ámbito de la acción protectora, como se comprueba mediante la lectura de su artículo 6, que se aparta del Régimen General en el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas, en el alcance de la acción protectora durante los períodos de inactividad, en las condiciones para acceder a la jubilación anticipada, en el subsidio durante la incapacidad temporal debida a enfermedad común y en la protección por desempleo<sup>10</sup>. En consecuencia, puede decirse que el legislador ha hecho una utilización heterodoxa del sistema especial como instrumento de integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RGSS, al ir más allá de lo previsto en el citado artículo 11 (la misma circunstancia aunque en menor medida es predicable del sistema especial de empleados de hogar y del sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios), sin que ello presente, obviamente, ningún problema de legalidad dado el rango formal de la norma estableciente del SEA, pero sí representa un factor distorsionador porque afecta a la coherencia interna del modelo. A la postre, lo que persigue con la creación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios es afianzar las garantías de empleo y de cobertura de los trabajadores por cuenta ajena agrarios a través de un nuevo modelo de cotización y de protección, en un contexto de impulso de la creación de riqueza en el sector<sup>11</sup>.

### **3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS**

La inclusión de los trabajadores por cuenta ajena en el RGSS operada por la Ley 28/2011 afecta a todos los elementos estructurales definitorios del Sistema de Seguridad Social: campo de aplicación, actos de encuadramiento, cotización y acción protectora dispensada a los trabajadores agrarios, como se puede comprobar en los seis artículos, siete disposiciones adicionales, disposición transitoria, disposición derogatoria y seis disposiciones finales que la constituyen<sup>12</sup>. Como se anticipó, las particularidades en todas estas materias se recogen actualmente en la regulación que el nuevo TRLGSS de 2015 dedica al SEA, fundamentalmente en sus artículos 252 a 256, pero también en los artículos 286 a 289 en relación con la protección por desempleo de los trabajadores incluidos en este sistema especial.

<sup>10</sup> STSJ Andalucía/Granada, Social, de 16-9-2015, rec. 991/15.

<sup>11</sup> HIERRO HIERRO, J., "Régimen especial agrario: su integración en el régimen general", *cit.*, 533.

<sup>12</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J., *Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación*, *cit.*, p. 25.

El artículo 252.2 TRLGSS –que procede del a DA 29ª de la LGSS 1994 y del art. 1.1 de la Ley 28/2011– dispone que el régimen jurídico de este sistema especial será el establecido en el título II del propio TRLGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo, con las particularidades que en ellas se establezcan.

Ante la ausencia de un desarrollo reglamentario propio del SEA, cobran especial significación, como fuente subsidiaria, las previsiones contenidas en la anterior regulación del extinto Régimen Especial Agrario y su interpretación jurisprudencial, en lo que sean compatibles con la nueva regulación del SEA, así como la doctrina administrativa aparecida hasta la fecha, principalmente en materias de encuadramiento y cotización.

### 3.1. Campo de aplicación del SEA

En principio, y mientras no se desarrolle reglamentariamente lo dispuesto en el artículo 252 TRLGSS, el actual SEA mantiene el ámbito de aplicación del REASS, con exclusión de los requisitos de “habitualidad y medio fundamental de vida”, que se entendían imprescindibles para la inclusión de trabajadores en la anterior legislación social agraria<sup>13</sup>. Bajo la regulación del extinto REASS, se estimaba la concurrencia de tales requisitos de habitualidad y de medio fundamental de vida cuando el trabajador obtenía los principales ingresos para satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, aunque ocasionalmente pudieran realizar trabajos no específicamente agrícolas.

De esta forma, se ha operado la integración de forma automática, trasvasando directamente al SEA a los trabajadores que ya figuraban inscritos en el censo agrario en la fecha de entrada en vigor de la Ley 28/2011 (1 enero 2012), tal y como previene la Disposición Transitoria 17ª del TRLGSS; si bien con determinadas particularidades en relación con la inclusión, la exclusión y los períodos de inactividad, que más adelante se comentan. Cabe recordar que a 31 de diciembre de 211 estaban incluidos en el censo de trabajadores por cuenta ajena del REASS aquellos que, cumplida la edad laboral de dieciséis años, realizaban voluntariamente labores agrícolas remuneradas, por cuenta ajena, con habitualidad y como medio fundamental de vida, de forma fija o eventual y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica. Entre tales trabajadores se comprenden:

- los pastores, guardas rurales y de cotos de caza y pesca que tengan a su cargo la custodia de ganado o la vigilancia de explotaciones agrarias de uno o varios propietarios;
- los trabajadores ocupados en labores de riego, limpieza, monda y desbroce de acequias, brazales e hijuelas, cuando tenga como único fin el aprovechamiento de las aguas para uso exclusivo de explotaciones agropecuarias<sup>14</sup>;

<sup>13</sup> TREJO CHACÓN, M<sup>a</sup>. F., “Actos de encuadramiento en el SEA”, en VV.AA. (HIERRO HIERRO, F.J., dir.), *Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios: Comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, Ed. Laborum, Murcia, 2012, p. 41.

<sup>14</sup> La jurisprudencia ha dictaminado que las labores de motoristas, regadores, acequeros... al servicio de Comunidades de Regantes, Sindicatos de Riesgos..., destinadas a facilitar agua para el riego de concretas explotaciones agrarias, no tienen la condición de labores agrarias a los efectos de la inclusión de las mismas en el ámbito de aplicación del REA, aunque su único cometido social consista en facilitar agua para el riego a las explotaciones a las que sirvan, salvo en los supuestos en los que se lleven a cabo en la propia explotación agrícola y bajo el titular de la misma (STS 17-7-1998 [RJ 1998, 7051]).

- los trabajadores que, como elementos auxiliares, presten servicios no propiamente agrícolas, forestales o pecuarios, de forma habitual y con remuneración permanente, en explotaciones agrarias, siempre y cuando no los alternen con trabajos que tengan carácter industrial, ni los ejecuten por cuenta propia o satisfagan IAE por razón de los mismos. Tendrán este carácter los técnicos, administrativos, mecánicos, conductores de vehículo y maquinaria y cualesquiera otros profesionales que desempeñen su cometido en la explotación;
- los aparceros que aporten únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 por ciento del valor total (art. 30 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre).

Por no venir encuadrados en el REASS, tampoco están incluidos en el SEA:

- Los mecánicos y conductores de vehículos y maquinaria cuyos propietarios arrienden sus servicios para labores agropecuarias sin ser titulares de una explotación o cuando siéndolo no los utilicen en la misma.
- Los operarios que trabajen directamente por cuenta de las Empresas cuya actividad es la de aplicaciones fitopatológicas<sup>15</sup>.
- El personal dedicado a actividades resineras comprendidas en el sistema especial correspondiente establecido por Orden de 3 de septiembre de 1973.
- El cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario con consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su explotación agraria, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo, a no ser que se demuestre su condición de asalariados [sin perjuicio de que puedan tener la condición de trabajadores por cuenta propia] y sin perjuicio de que el titular de la explotación agraria pueda dar de alta como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de 30 años<sup>16</sup>, pero en este caso sin derecho a protección por desempleo (DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo).

Por otro lado, se ha facilitado la integración “*ad futurum*” en el SEA al eliminar los requisitos específicos de habitualidad y medio fundamental de vida para el ejercicio de la actividad agraria que operaban precedentemente como condiciones de encuadramiento en el REASS<sup>17</sup>, de manera tal que tendrán cabida dentro del SEA cualesquiera trabajadores que, a partir del 1-1-2012, realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas en explotaciones agrarias, así

<sup>15</sup> Sin embargo, el personal especializado en tratamientos de cultivos contratado por agrupaciones para tratamientos integrados en la agricultura o por agrupaciones de defensa vegetal, con la finalidad el abaratamiento de la lucha fitopatológica de los cultivos, venían encuadrados en el REASS, al entenderse estas agrupaciones como anejas a la condición de agricultor de los socios (STSJ Baleares 15-3-1995 [AS 1995, 1165]).

<sup>16</sup> Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral.

<sup>17</sup> Sobre la caracterización y el alcance de estos requisitos de encuadramiento en el REASS, ligados a la exigencia de profesionalidad agraria, vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, J., *Relaciones Laborales y Seguridad Social Agraria*, cit., pp. 119-126.

como los empresarios a los que presten sus servicios, en los términos del artículo 252 TRLGSS y su futuro desarrollo reglamentario, al margen de cualquier requisito adicional sobre dedicación (tampoco exigible a los restantes trabajadores incluidos en el RGSS). La exigencia de dedicación fundamental a las actividades agrarias para venir encuadrado en el extinto REASS se justificaba por el privilegio que suponía la menor presión contributiva a la que estaban sometidos los sujetos incluidos en este régimen especial, justificación que desaparece una vez que con la integración en el SEA está previsto que la cotización se equipare con la del régimen general de manera paulatina, hasta ser la misma en 2031. Por otro lado, la mayoría del personal ocupado en labores agrarias posee carácter eventual o temporero, de modo que no siempre será fácil presumir que la actividad agraria es su principal medio de sustento y su trabajo habitual, con lo que al eliminarse estas exigencias se facilita su encuadramiento.

Suprimido el requisito de que las labores agrarias tengan el carácter de habituales y constituyan el principal aporte de ingresos para quien las realiza, en líneas generales cabe entender que se mantienen los conceptos ya clásicos que determinaban la incorporación al extinto régimen especial, lo lleva a seguir manejando las categorías que se consignaban en el artículo 2 del derogado Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de las leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, y se establecía y regulaba el REASS, así como en los artículos 2, 7 y 8 del también derogado Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que aprobó el Reglamento General del citado REASS.

A los efectos del REASS se consideraban labores agrarias, con carácter general, las que persiguieran la obtención directa de los frutos y productos agrícolas, forestales<sup>18</sup> o pecuarios<sup>19</sup>, y como asimiladas a éstas, aunque con carácter complementario o secundario, y siempre que recayeran única y exclusivamente sobre frutos y productos obtenidos directamente en las explotaciones agrarias cuyos titulares realizaran las indicadas operaciones individualmente o en común, mediante cualquier clase de agrupación, las siguientes:

- a) Las de almacenamiento de los frutos y productos en los lugares de origen.
- b) Las de su transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio, y

---

<sup>18</sup> La jurisprudencia ha sostenido que si bien la actividad forestal es un verdadero cultivo agrícola, no todas las operaciones de explotación forestal en un monte serán agrarias a efectos de determinación de la norma profesional que ha de regularlas, siendo esencial para determinar ésta la naturaleza agraria o industrial de la actividad de la empresa. Así, no serán agrarias las actividades forestales que revistan un carácter complementario de un proceso industrial de transformación de la madera (SSTS 12-2-1992 y 15-6-1992 [RJ 1992, 984 y 4578]). Tampoco tendrán la consideración de actividades agrarias a estos efectos las que sean ejecutadas por empresas dedicadas a la subcontratación del servicio, dedicadas a organizar productivamente la prestación de servicios para distintos titulares de explotaciones (STSJ Cantabria de 7-5-2003, JUR 2004, 6309) o las labores de mera prevención y extinción de incendios (SSTS de 3-3-1999 [RJ 1999, 2059] y 19-5-1999 [RJ 1999, 4834]).

<sup>19</sup> La jurisprudencia, precisando el alcance del artículo 10 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, donde se establecía que el predominio de la actividad pecuaria sobre la propiamente agrícola llevaba consigo la exclusión del REASS y el correlativo encuadramiento en el Régimen General, sostuvo que la actividad ganadera quedaba integrada en el campo de aplicación del REASS, aunque predominase sobre la explotación agraria del fundo, siempre que se entendiera como la dirigida a la explotación directa del ganado y constitutiva del objeto principal de la empresa, pero no así la que, aun incidiendo sobre tal explotación, se produjera como complementaria de un proceso industrial o fabril (STS, Social, de 6-4-1993 [RJ 1993, 2912] y 20-4-1994 [RJ 1994, 3267]).

- c) Las de primera transformación siempre:
- a') Que constituyeran un proceso simple que modificando las características del fruto o producto y sin incorporación de otro distinto lo convierta en un bien útil para el consumo o en un elemento susceptible de experimentar sucesivos tratamientos.
  - b') Que el número de horas de trabajo invertido en estas labores desde que se iniciaban las de primera transformación fuera inferior a un tercio del que se dedicó a las labores agrarias anteriores para obtener la misma cantidad de producto (artículo 8 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre).

La admisión como labores agrarias de las operaciones de primera transformación obedece a una concepción amplia del fenómeno agrario, como manifestación del principio de unidad de empresa, en cuanto actividades con finalidad prevalente esencialmente agraria (STS, Contencioso, de 15-6-1992 [RJ 1992, 4931]); así, se ha caracterizado como actividad agropecuaria encuadrable en el REASS la recolección de leche por una cooperativa, suministrada por los cooperativistas, para su entrega a una industria quesera (STS de 25-7-1995 [RJ 1995, 6721]); pero sin llegar al extremo de catalogar como agrarias, por no ser primera transformación, actividades como la elaboración de vino o queso (Informes de la TGSS de 19-6-1990 y 17-6-1988), el manipulado y envasado de frutos en cooperativa que no posee, como tal, la titularidad de las fincas (SSTS 21-4-1992 [RJ 1992, 2668] y 26-4-1993 [RJ 1993, 3367]) o la molturación de aceituna para su comercialización por cooperativa que trabaja no solo con producto procedente de las explotaciones agrarias de los socios sino que también realiza operaciones con terceros ajenos (Res. de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, de 3-11-2009). A falta de desarrollo reglamentario de la Ley 28/2011, y utilizando como referencia las definiciones que recogía el derogado Reglamento del REASS (Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre), se ha considerado por la TGSS que los trabajos de venta o comercialización de plantas y flores cortadas, producidas en otras explotaciones o incluso adquiridas el extranjero, no pueden considerarse actividades complementarias de las labores agrarias, al no recaer dichos trabajos complementarios única y exclusivamente sobre los productos obtenidos de las explotaciones agrarias cuyos titulares realicen las indicadas labores de comercialización y venta directamente o en común (Res. de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, de 12-4-2013).

El desarrollo de tales labores debe llevarse a cabo necesariamente en explotaciones agrarias, cuyo concepto, sin embargo, omiten tanto el nuevo TRLGSS como la normativa precedente. Habrá que acudir, por tanto, a lo previsto en otras normas que se ocupan de la actividad agraria, como el artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias, el cual entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica; así como a la elaboración llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial, que propone un concepto amplio de explotación agraria, integrando todo el ciclo productivo: “toda explotación agrícola [...] como una entidad económica cuya finalidad es la obtención de beneficios mediante el desarrollo de la actividad humana y el empleo o utilización de bienes materiales o de equipo adscritos a ella, a fin de obtener y mejorar la producción de una o más fincas rústicas que constituyan el objeto de la explotación y le sirven de base; de tal manera, que cualquier actividad humana, faena o tarea que tenga por finalidad el mejor rendimiento o el incremento de los productos agrícolas, forestales y pecuarios, ya se realicen

en la misma finca explotada, ya se efectúen fuera de su contorno, si persiguen como objetivo el mejoramiento de la producción, el aumento en el rendimiento o la necesidad de proveer a la posibilidad de ejecución de las labores o la mayor facilidad en su realización, están integradas en el ciclo de producción y comprendidas en el ámbito de la explotación, quedando amparadas por el Régimen Especial de la Seguridad Social agraria”<sup>20</sup>.

También gozaba de la consideración de labor agraria, a los efectos de las disposiciones correspondientes a la adscripción a la Seguridad Social Agraria, la actividad consistente en la venta directa por parte del agricultor de la producción propia sin transformación, dentro de los elementos que integran la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes (art. 2.1 de la Ley 19/1995, de 5 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias).

No tendrán la consideración de labores agrarias, debido a su caracterización eminentemente mercantil, las actividades de manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano (art. 252 TRLGSS), en concordancia con la inclusión en el Régimen General de los trabajadores que realicen las mismas, conforme establece el artículo 136.2.g) TRLGSS. La exclusión del SEA opera a pesar de que para el mismo empresario presten servicios otros trabajadores dedicados a la obtención directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del propio producto; ello sin perjuicio de que la venta del plátano no impida la consideración de labor agraria, siempre que la misma se realice en los términos descritos en el artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, esto es, “venta directa por parte del agricultor de la producción propia sin transformación, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes”. A lo expuesto deberán añadirse las aclaraciones que efectúa el citado artículo 136.1.g) TRLGSS, esto es, que no será obstáculo para no considerar la actividad como agraria el hecho de que las labores descritas (manipulado, envasado...) se lleven a cabo en el lugar de producción del producto o fuera del mismo, que provengan de explotaciones agrarias o de terceros y ya se realicen individualmente o en común, mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las cooperativas en sus distintas clases. Vemos así cómo el legislador ha precisado para este específico tipo de cultivo qué labores no tendrán la consideración de agrarias propiamente dichas, con el propósito de evitar disfunciones interpretativas y bajo la premisa de los criterios delimitadores generales de obtención directa de productos sin transformación<sup>21</sup>.

Que la configuración jurídica del ámbito subjetivo del SEA no es algo definitivamente cerrado lo demuestra la previsión contenida en la Disposición Final Quinta, apartado 1, del TRLGSS, según la cual “Reglamentariamente se regulará la posible inclusión de determinados trabajos agrarios actualmente encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, observando los requisitos establecidos en la presente ley y con garantía de los derechos de

<sup>20</sup> STS de 9-3-1070 (RJ 1070, 1161), a la que siguen las SSTS –Sala 3ª– de 11-10-1976 (RJ 1976, 5127) y 9 abril 1981 (RJ 1981, 1734).

<sup>21</sup> TÉLLEZ VALLE, V., “Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios”, en VV.AA. (García Perrote, I., Mercader Uguina, J.R. y Trillo García, A.R.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1167.

Seguridad Social reconocidos a los trabajadores de estos colectivos, previa consulta a la Comisión de seguimiento prevista en la disposición adicional decimoquinta”.

## **3.2. Encuadramiento de los trabajadores**

### **3.2.1. Afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos**

La inclusión en el SEA establecido en el RGSS se producirá como consecuencia y de forma simultánea al alta en dicho régimen, determinando la obligación de cotizar (art. 253.1 TRLGSS). Con carácter general, se dispone en el artículo 254 TRLGSS que la afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores agrarios por cuenta ajena se tramitarán en los términos, plazos y condiciones establecidos en los artículos 139 y 140 del TRLGSS y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo; esto es, en el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Ello supone que las altas de los trabajadores se presentarán con carácter previo al inicio de la actividad, y las bajas en el plazo de tres días contados desde la finalización de la misma (art. 32 RD 84/1996), pero con algunas particularidades –que responden al carácter mayoritariamente eventual del trabajo agrario– contenidas en el artículo 254 TRLGSS y en el artículo 45 del RD 84/1996 [referidas al extinto régimen especial agrario, pero que cabe entender aplicable al SEA convenientemente expurgado de las referencias al viejo censo agrario]:

- a) Si se contrata a trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las 12 horas de dicho día, cuando no haya sido posible formalizarla con anterioridad al inicio de dicha jornada. En el supuesto de que la jornada de trabajo finalice antes de las 12 horas, las solicitudes de alta deberán presentarse antes de la finalización de esa jornada. Esta regulación [justificada por la dificultad de programar anticipadamente la realización de determinadas labores agrarias, sujetas a imponderables atmosféricos o de maduración del producto] prevalece, a partir del 1-1-2012, sobre el trato más favorable que pudieran venir disfrutando las empresas agrarias al amparo del artículo 32.3.3 del RD 84/1996<sup>22</sup>. Con todo, no está claro el nivel de coordinación de esta excepción a la obligación general de alta previa al inicio de la actividad laboral, con la posibilidad de que se realice una actuación inspectora en la explotación antes de las 12 horas y por parte del funcionario actuante se expida acta de infracción por no hallarse los trabajadores dados de alta en ese momento, recayendo sobre la empresa la carga de probar que la contratación (y subsiguiente alta) fueron imposibles antes del inicio de la jornada en que comenzaron a prestar servicios. Por lo demás, se ha objetado que la particularidad comentada carece de justificación en la actualidad y puede provocar más fraude del que pudiera evitar, toda vez que el sistema RED de

---

<sup>22</sup> SSTSJ Andalucía/Sevilla, Contencioso, de 5 febrero 2015, rec. 482/2014 y 2 octubre 2015, rec. 29372015, en relación con empresas a las que se había venido consintiendo que comunicaran las contrataciones diarias en el plazo de 24 horas, al amparo de lo dispuesto en el art. 32.2.3 del RD 84/1996, autorización que no reviste carácter indefinido, y sin que el elevado número de contrataciones estacionales sea suficiente para incumplir el nuevo y terminante plazo legal.

remisión electrónica de datos permite, en tiempo real, la realización de cualquier actuación ante la Seguridad Social<sup>23</sup>.

- b) Dentro de los seis primeros días de cada mes natural, los empresarios deben comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el número de jornadas reales realizadas por cada trabajador en el mes natural anterior o, en su caso, la no realización de las comunicadas con carácter previo. En caso de cese definitivo en la relación laboral para los trabajadores fijos esta comunicación deberá realizarse en el plazo de seis días desde la última jornada real realizada.
- c) El empresario está obligado a comunicar las jornadas reales previstas, esto es, aquellas que los trabajadores hubieran realizado de no encontrarse en situación de IT, maternidad, paternidad o riesgo durante el embarazo o la lactancia.
- d) Al finalizar su prestación de servicios, el empresario está obligado a entregar a cada trabajador un justificante de la realización de jornadas reales, en el que consten los datos del empresario, las fechas de iniciación y finalización y el número total de jornadas prestadas. Ello sin perjuicio de que, para acreditar la actividad agraria, el trabajador pueda obtener de la TGSS un justificante de la realización de jornadas reales, en el que consten los datos del empresario, el tipo de relación laboral, fija o eventual, las fechas de iniciación y finalización de la actividad agraria, el número total de jornadas prestadas al empresario y las fechas en las que ha tenido lugar la actividad.

### 3.2.2. La determinación de los períodos de actividad e inactividad

La piedad angular sobre la que descansa el régimen jurídico de la cotización y el encuadramiento en el SEA es la distinción entre períodos de actividad e inactividad. Ante la irregularidad y discontinuidad características del trabajo agrario, el legislador permite (art. 253 TRLGSS) que el trabajador permanezca incluido en el SEA en los períodos de inactividad, a petición propia, para garantizar de ese modo su protección caso de sobrevenir las contingencias previstas (no todas), a cambio de una cotización disminuida que recaerá íntegramente sobre el trabajador.

La norma identifica los períodos de actividad como aquellos que se corresponden con “la realización de labores agrarias”; realización de labores agrarias que determina la inclusión obligatoria en el SEA a través del correspondiente movimiento de alta. Además, el artículo 253 TRLGSS contiene diversas previsiones que permiten aquilatar la distinción entre períodos de actividad e inactividad. Así:

- Se entenderá que existen períodos de inactividad dentro un mes natural cuando el número de jornadas realizadas sea inferior al 76,67 % de los días naturales en que el trabajador figure incluido en el sistema especial en dicho mes. En consecuencia, si se iguala o supera ese porcentaje, se entenderá que no han existido períodos de inactividad en el mes correspondiente.

---

<sup>23</sup> TÉLLEZ VALLE, V., “Sistema especial...”, *cit.*, p. 1175.

- Asimismo, se presume *–iuris et de iure–* que no existen períodos de inactividad cuando el trabajador realice en el mes natural, para un mismo empresario, un mínimo de cinco jornadas reales semanales en cumplimiento del convenio colectivo aplicable. En consecuencia, si se alcanzan esas 5 jornadas a la semana se estará en período de actividad con la obligatoriedad del requisito de alta<sup>24</sup>.
- A efectos del cómputo de jornadas reales, se tendrán en cuenta no solo las realizadas por el trabajador en el período de referencia, sino también las prestadas en un mismo día para distintos empresarios.

El método utilizado por el legislador para colegir la existencia de períodos de inactividad, recurriendo a un porcentaje o número mínimo de jornadas reales trabajadas en el mes natural, lleva a considerar comprendidos en los períodos de actividad los días de descanso semanal más los festivos.

### 3.2.3. Inclusión en el sistema especial durante los períodos de inactividad

Como se ha indicado, una particularidad destacable del SEA es que los trabajadores agrarios eventuales y fijos discontinuos podrán quedar incorporados al mismo tanto durante los períodos en que lleven a cabo labores agrarias como durante los períodos de inactividad (con lo que surge una especie de situación asimilada al alta), pero para lo segundo se les exige, con carácter general, la realización de un mínimo de treinta jornadas reales en un periodo continuado de 365 días, computándose a tales efectos todas las jornadas reales efectuadas por el trabajador, incluidas las prestadas en un mismo día para distintos empresarios (art. 253. 2 y 3 TRLGSS); requisito éste de contributividad mínima (por cierto, no exigible a los trabajadores integrados en el SEA procedentes del censo del REASS) que persigue constatar la existencia de arraigo laboral agrario, pero que en modo alguno es comparable con la exigencia de habitualidad necesaria para venir encuadrado en el extinto REASS. Se permite así que los trabajadores puedan ser cotizando al Régimen General –presupuesto de lo cual es el alta en el mismo– y optar a las correspondientes prestaciones desde una situación de inactividad laboral. De tal forma se constituye un elemento objetivo para determinar la inclusión y permanencia de dichos trabajadores en el SEA, eliminándose la exigencia de inscripción en el censo agrario (suprimido) así como los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida en la realización de actividades agrarias.

Se asimilan legalmente a jornadas reales para este cómputo los días en que el trabajador se encuentre en las situaciones de IT derivada de contingencias profesionales, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, procedentes de un período de actividad en el SEA –lo que justifica la asimilación a tiempo trabajado–; los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en el sistema especial, así como los días en que se encuentren en alta en algún régimen de la Seguridad Social como consecuencia de programas de fomento de empleo agrario (art. 253.3, párrafo 2º, TRLGSS).

---

<sup>24</sup> ROMERO CORONADO, J., “El Sistema Especial Agrario. Régimen jurídico”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo II, Laborum, Murcia, 2017, p. 596.

La permanencia del trabajador en el SEA durante los períodos de inactividad es en todo caso voluntaria, de modo que aquél habrá de solicitar expresamente la inclusión en el sistema especial dentro de los tres meses naturales siguientes al de la realización de la última de dichas jornadas (las 30 jornadas reales en un año que como mínimo exige el art. 253.2 TRLGSS)<sup>25</sup>, no bastando con la constatación del cumplimiento del requisito de número mínimo de jornadas reales para que opere *per se* la inclusión. De no solicitar expresamente la inclusión en el plazo señalado, el trabajador quedará excluido del sistema (lo está desde la baja cursada al realizar la última jornada), sin obligación de cotizar y sin derecho a protección. Queda claro, pues, que la norma no configura el requisito en negativo, esto es, no se trata de que el trabajador no haya solicitado expresamente la exclusión del sistema en períodos de inactividad, sino en positivo: el trabajador ha de interesar expresamente la integración en el mismo.

Una vez cumplidos estos requisitos (mínimo de jornadas, solicitud expresa), la inclusión en el sistema especial y la cotización al mismo durante los períodos de inactividad en las labores agrarias tendrán efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se haya presentado la solicitud de inclusión, no existiendo obligación de cotizar por los días intermedios (computados desde la última baja por cese en la actividad agraria).

Administrativamente se ha informado que no existe incompatibilidad entre la inclusión de los trabajadores en el Sistema Especial de Empleados de Hogar –otro sistema especial dentro del Régimen General– y la inclusión en el SEA durante los períodos de inactividad<sup>26</sup>.

### **3.2.4. Exclusión del sistema especial durante los períodos de inactividad**

En su apartado 4, el artículo 253 TRLGSS regula la exclusión del SEA durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General y extinción de la obligación de cotizar, en el supuesto de que el trabajador no realice un mínimo de 30 jornadas de labores agrarias en un período continuado de 365 días; y en los casos en que el trabajador no ingrese la cuota correspondiente a los períodos de inactividad.

En concreto, la exclusión del sistema especial [que presupone haber estado incluido en el mismo durante los períodos de inactividad] puede producirse:

-A petición del trabajador, en cuyo caso los efectos de la exclusión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la solicitud ante la TGSS. La norma traslada los efectos de la exclusión (en este y otros supuestos) al día primero del mes siguiente, a fin de evitar efectos distorsionadores sobre la obligación de cotizar, de modo que se coticen siempre meses completos, quedando el trabajador protegido en el ínterin de sobrevenirle alguna contingencia.

<sup>25</sup> Con anterioridad al 1-1-2013, y conforme a la redacción originaria del art. 2.3 de la Ley 28/2011 –luego modificada por el Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de Mejora de la Gestión y Protección en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social–, la inclusión en el SEA se producía de oficio, de forma automática y obligatoria para todos los trabajadores, una vez cumplido el requisito relativo a la realización de un mínimo de jornadas reales.

<sup>26</sup> Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS de 24-4-2012.

-De oficio por la TGSS, en los siguientes supuestos:

1º. Cuando el trabajador no realice las necesarias treinta jornadas reales en labores agrarias dentro de un período continuado de 365 días, computados desde el siguiente a aquel en que finalice el período anterior. Este requisito no es exigible desde el 1-1-2013 a los trabajadores procedente del anterior REASS, cuya profesionalidad agraria se presume sin necesidad de realizar jornada alguna (DT 17ª TRLGSS), si bien cabe recordar que, hasta el 31-12-2012, y a tenor de lo establecido en la DA 1ª de la Ley 28/2011 (antes de su modificación por el Real Decreto Ley 29/2012), resultó posible la exclusión de los mismos si durante un periodo de seis meses naturales consecutivos no se acreditaba jornada real alguna. Esta regulación desplaza y deja sin efecto la contenida en el artículo 45 del RD 84/1996 sobre bajas en el Régimen Especial Agrario por inactividad en la realización de labores agrarias.

2º. Por falta de abono de las cuotas debidas por el trabajador (único obligado y responsable en los períodos de inactividad) durante dos meses consecutivos, con efectos desde el día primero del mes siguiente al transcurso de esos dos meses de impago, salvo que estuviera en incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, en cuyo caso los efectos se producirán desde el día primero del mes siguiente a la finalización de dichas situaciones, a no ser que se hubieran abonado antes las cuotas debidas.

### **3.2.5. Reincorporación en el sistema especial tras la exclusión**

El artículo 253 TRLGSS contempla en su número cinco y último la posibilidad de reincorporación en el sistema especial de los trabajadores agrarios, tras la exclusión que pueda producirse por las circunstancias antes señaladas, de modo que aquélla no se convierta en definitiva.

Los requisitos para que opere la reincorporación al SEA son:

- a) Haber realizado un mínimo de treinta jornadas reales dentro del período continuado de 365 días anteriores a la fecha de efectos del reinicio de la cotización por períodos de inactividad, requisito no exigible cuando: i) el trabajador hubiera quedado excluido voluntariamente del sistema especial con ocasión del desempeño de otra actividad determinante de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social o de encontrarse en una situación asimilada a la de alta que pudiera permitir el acceso a alguna de las prestaciones comprendidas en la acción protectora del SEA (art. 256 TRLGSS); y ii) solicite la reincorporación dentro de los tres meses siguientes a la fecha de efectos de la baja en el otro régimen o la extinción de las situaciones asimiladas.
- b) Encontrarse al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a los períodos de inactividad (de las que es responsable el trabajador y cuyo impago durante dos meses consecutivos puede provocar la baja de oficio). Este requisito y la solicitud serán suficientes para la reincorporación de los trabajadores procedentes del extinto REASS, a

quienes no se les exige haber realizado al menos 30 jornadas reales en labores agrarias (DT 17ª TRLGSS).

Los efectos de la reincorporación en el sistema especial, a efectos de la cotización durante los periodos de inactividad, tienen lugar:

- a') En los supuestos de exclusión voluntaria, desde el día primero del mes siguiente al de la de presentación de la solicitud de reincorporación. En el supuesto de que el trabajador provenga de una situación de alta por otra actividad o de una situación asimilada a la de alta y solicite su reincorporación dentro de los tres meses siguientes a la fecha de efectos de la baja en la citada actividad o de la extinción de la situación asimilada, puede optar porque sus efectos tengan lugar bien desde la fecha de efectos de la baja por esa otra actividad o de la extinción de dicha situación asimilada o bien desde el día primero del mes siguiente al de presentación de la solicitud.
- b') Si el trabajador resultó excluido de oficio por no cubrir las treinta jornadas reales, los efectos tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al cumplimiento de las jornadas exigibles.
- c') Si el trabajador resultó excluido por falta de ingreso de las dos mensualidades consecutivas en los periodos de inactividad, los efectos tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente a la presentación de la solicitud de reincorporación, a no ser que el trabajador opte porque los efectos tengan lugar desde el día primero del mes de ingreso de las cuotas debidas.

### 3.3. Cotización

La tendencia a la equiparación con el Régimen General también se observa en el nuevo modelo de cotización al SEA, cuyas líneas maestras dibuja el artículo 255 TRLGSS, el cual debe completarse con lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado vigente cada ejercicio (en el momento de redactar estas páginas, Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, prorrogada para el año 2017, art. 115), en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (tarifa de primas por contingencias profesionales), en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social, en especial sus artículos 12, 13, 14, 38 a 42; en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, artículos 55 a 59, y en la Orden ministerial de cotización que desarrolla las previsiones de la LPGE en esta materia (actualmente, Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización para el año 2017, arts. 13 y 42).

Tradicionalmente, en el REASS se cotizó en relación a jornadas teóricas trabajadas (bases tarifadas) y no sobre salarios reales, como si se tratase de un módulo impositivo y no de una cotización efectiva, correspondiendo al trabajador la obligación de cotizar por contingencias comunes durante los periodos de inactividad. De este modo, la cotización se

asemejaba más a un impuesto que a un auténtico sistema de cotización<sup>27</sup>. A partir de mayo de 1979, el empresario agrícola pasó a cotizar tanto por jornadas teóricas como por jornadas reales, es decir, por los operarios que realmente contratara y por cada jornada efectiva que realizasen. A partir del 1 de enero de 1995, la cotización se fijó exclusivamente sobre jornadas efectivamente realizadas y no teóricas, es decir, sobre las jornadas realmente trabajadas; pero el empresario únicamente cotizaba por accidentes de trabajo durante estos períodos de actividad laboral propiamente dicha, teniendo el trabajador por cuenta ajena que cotizar por contingencias comunes. La complejidad era notable pues existían varios sujetos obligados y responsables del abono de las cotizaciones<sup>28</sup>.

Entre los años 2008 y 2010 se produjeron importantes avances en materia de cotización, a fin de preparar el desembarco de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. Una vez producido aquél, el SEA aún mantiene algunas especificidades en la cotización de los trabajadores por cuenta ajena agrarios, distinguiéndose entre cotización durante los períodos de actividad y en períodos de inactividad.

La principal diferencia con respecto al Régimen General estriba en que se permite la permanencia en alta y la cotización del trabajador aunque éste no desarrolle actividad laboral alguna, dentro de los llamados períodos de inactividad, con aplicación de bases y tipos de cotización reducidos, mientras que los trabajadores de la industria y los servicios, como regla general, ni están de alta ni cotizan cuando no trabajan efectivamente.

### 3.3.1. Cotización durante los períodos de actividad

La responsabilidad de ingreso de las cotizaciones, tanto propias como del trabajador, corresponderá a los empresarios durante los períodos de actividad, y exclusivamente a los trabajadores durante los períodos de inactividad; otra solución hubiera supuesto la exclusión de muchos trabajadores agrarios, ya que hubieran existido grandes dificultades para cotizar plenamente conforme a las previsiones del Régimen General.

La cotización durante los períodos de actividad se ajustará a una de estas dos modalidades, a opción del empresario:

- Bases mensuales, en función de los días de alta. Esta modalidad de cotización es obligatoria en el supuesto de trabajadores con contrato indefinido, salvo para los fijos discontinuos, y en caso de falta de opción.
- Bases diarias, en función de las jornadas reales realizadas; pero si se cotizan al menos 23 jornadas reales al mes, se considera cotización mensual.

En cuanto a las bases de cotización, en la modalidad de cotización mensual las mismas se determinarán conforme a lo establecido en el Régimen General. En el caso de cotización por jornadas reales realizadas, las bases diarias de cotización se determinarán

---

<sup>27</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Sistema especial de cotización de los trabajadores asalariados agrarios”, en VV.AA. VV.AA. (HIERRO HIERRO, F.J., dir.), *Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios: Comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, Ed. Laborum, Murcia, 2012, p. 68.

<sup>28</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J., *cit.*, pp. 25-26.

igualmente conforme a lo establecido en el Régimen General, sin que la base diaria pueda ser inferior a la mínima establecida en cada ejercicio por la LPGE.

Los tipos de cotización aplicables, respecto a las contingencias comunes, serán los establecidos en la LPGE correspondiente a cada ejercicio<sup>29</sup>, y respecto a las contingencias profesionales, los establecidos para cada actividad económica, ocupación, o situación, en la tarifa de primas establecida legalmente (vid. DA 4ª Ley 42/2006).

En cuanto a los tipos de cotización por los conceptos de recaudación conjunta, se efectúa nueva remisión a la legislación presupuestaria por lo aplicable al desempleo<sup>30</sup>, pero se detalla específicamente el tipo para el FOGASA (0,10 %, a cargo exclusivo de la empresa), al igual que para la formación profesional (0,18 %: 0,15 % a cargo de la empresa y 0,03 % a cargo del trabajador), inferiores a los previstos para el Régimen General.

También se regulan en el artículo 255 TRLGSS las particularidades de la cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad ocurridas durante los períodos de actividad: el empresario deberá ingresar únicamente las aportaciones a su cargo, mientras que las aportaciones a cargo del trabajador serán ingresadas por la entidad que efectúe el pago directo de las prestaciones correspondientes a las situaciones indicadas. Respecto de los trabajadores agrarios con contrato indefinido, la cotización durante las referidas situaciones se efectuará con arreglo a las normas generales del Régimen General (descuento por el empresario de la cuota obrera), si bien con tipos de cotización reducidos por contingencias comunes: el 15,50 % para los trabajadores encuadrados en el grupo 1, y el 2,75 % para los encuadrados en los grupos de cotización 2 a 11. Respecto de los trabajadores agrarios con contrato temporal y fijo discontinuo, resultará de aplicación lo previsto para los trabajadores con contrato indefinido en cuanto a los días contratados en los que no hayan podido prestar sus servicios por encontrarse en alguna de las situaciones antes indicadas. Respecto de los días en los que no esté prevista la prestación de servicios, estos trabajadores estarán obligados a ingresar la cotización correspondiente a los períodos de inactividad, excepto en los supuestos de percepción de los subsidios por maternidad y paternidad, que tendrán la consideración de períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

<sup>29</sup> En 2017, los tipos de cotización por contingencias comunes en el SEA, durante los períodos de actividad, serán el 28,30 % para el grupo 1, siendo el 23,60 por ciento a cargo de la empresa y el 4,70 % a cargo del trabajador; y el 22,90 % para los grupos 2 a 11, correspondiendo al empresario el 18,20 % y al trabajador el 4,70 %. Se prevén reducciones en la aportación empresarial, sin que la cuota resultante en 2017 pueda ser inferior a 76,09 euros/mes o 3,31 euros por jornada real trabajada (art. 13.3 Orden ESS/106/2017).

<sup>30</sup> No obstante, durante 2017 se aplicará para todos los trabajadores en situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural así como maternidad y paternidad causadas durante la situación de actividad, cualquiera que sea el grupo en el que puedan encuadrarse, una reducción en la cuota a la cotización por desempleo equivalente a 2,75 puntos porcentuales de la base de cotización (art. 33 Orden ESS/106/2017).

### 3.3.2. Cotización durante los períodos de inactividad

Como venimos señalando, durante los períodos de inactividad el propio trabajador será el responsable único de la obligación de cotizar, así como del ingreso de las oportunas cuotas.

Con independencia de los días de inactividad, la cotización tendrá carácter mensual, si bien, cuando el trabajador no figure en alta en el SEA durante un mes natural completo, la cotización se realizará con carácter proporcional a los días en alta en dicho mes.

La base de cotización queda fijada de modo explícito en la base mínima establecida en cada momento para el grupo 7 de cotización.

En cuanto al tipo de cotización aplicable, el artículo 255.3 TRLGSS lo fija en el 11,50 %.

### 3.3.3. Transitoriedad

A fin de evitar un incremento de costes que pudiera perjudicar la competitividad de las explotaciones agrarias y la creación de empleo, la confluencia con el Régimen General en materia de cotización se está produciendo a través de una adaptación paulatina de bases y tipos (Disposición Transitoria 18ª TRLGSS) y respetando las cotizaciones realizadas en el antiguo REASS, teniendo plena validez tanto para perfeccionar el derecho como para determinar la cuantía de las prestaciones previstas en la acción protectora del Régimen General a las que puedan acceder aquellos trabajadores (Disposición Transitoria 17ª.2 TRLGSS).

### 3.3.4. Cotización en situaciones especiales

Consciente el legislador de la normalidad del trabajo eventual en este sector, y para no gravar en exceso a las empresas agrarias, en este Sistema Especial no resultará de aplicación el incremento de la cuota empresarial por contingencias comunes para los contratos de trabajo temporales cuya duración efectiva sea inferior a siete días (art. 255.5 TRLGSS).

Tampoco resulta de aplicación la cotización adicional por horas extraordinarias (art. 115.tres.8 Ley 48/2015, art. 13.7 Orden ESS/106/2017).

La cotización de los trabajadores agrarios con contrato a tiempo parcial se llevará a cabo de forma proporcional a la parte de jornada realizada efectivamente, en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente (Disposición Final 5ª TRLGSS). Por tanto, una vez determinadas las condiciones en que se realizará la cotización de los trabajadores agrarios por cuenta ajena contratados a tiempo parcial<sup>31</sup>, les serán de aplicación las normas previstas para los contratos a tiempo parcial en cuanto a cotización, períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo.

---

<sup>31</sup> El artículo 42 de la Orden ESS/106/2017 establece que, con independencia del número de horas de trabajo realizadas en cada jornada, la base de cotización de los trabajadores del sistema especial no podrá tener una cuantía inferior a 35,90 euros/día.

### 3.3.5. Doctrina administrativa reciente sobre cotización en el SEA

La Subdirección General de Ordenación e Impugnación de la Tesorería General de la Seguridad Social ha fijado algunos criterios relevantes sobre cotización en este sistema especial:

- a) En el caso de trabajadores eventuales y temporeros, si las vacaciones son retribuidas diaria, semanal o mensualmente, y no a la finalización de la relación laboral, la cotización por las mismas se incluye en la retribución de los días efectivamente trabajados y no se realizarán cotizaciones complementarias mensuales que, sin embargo, sí procederían en el supuesto de que el pago se realizase a la finalización de la relación laboral<sup>32</sup>.
- b) Durante la situación de jubilación parcial, la parte de jornada dejada de realizar no se considera período de inactividad con obligación de cotizar por parte del trabajador en los términos del artículo 255.3 TRLGSS, debiendo el trabajador cotizar a la Seguridad Social únicamente por la parte de jornada efectivamente realizada en virtud de su contrato a tiempo parcial<sup>33</sup>.
- c) Los trabajadores por cuenta propia en situación de pluriactividad, que estén incluidos en el RETA y en el Régimen General que coticen por contingencias comunes en los Sistemas Especiales de Empleados de Hogar o de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, podrán beneficiarse de la devolución de cuotas, siempre que cumplan con los requisitos exigidos al respecto por las normas aplicables, habida cuenta de que dichos sistemas especiales están integrados en el RGSS<sup>34</sup>.

### 3.4. Particularidades de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena agrarios

En materia de prestaciones, la integración en el Régimen General ha comportado notables avances y mejoras para los trabajadores agrarios por cuenta ajena, si bien subsisten varias especialidades que impiden hablar todavía de una equiparación plena. Dichas particularidades se contienen en el artículo 256 del TRLGGS y en la Disposición Transitoria 17ª.2 del TRLGSS. Son las siguientes:

#### 3.4.1. Período de carencia

Como se ha indicado más arriba, las cotizaciones satisfechas al extinguido Régimen Especial Agrario se entenderán efectuadas al Régimen General, teniendo plena validez tanto para perfeccionar el derecho como para determinar la cuantía de las prestaciones (DT 17ª. 2 TRLGSS).

<sup>32</sup> Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnación de la TGSS de 13-10-2016.

<sup>33</sup> Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnación de la TGSS de 6-7-2016.

<sup>34</sup> Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS de 7-10-2013.

La modificación del sistema de cotización que ha supuesto la integración en el Régimen General ha suscitado la duda acerca del cómputo de las cotizaciones realizadas bajo el Régimen Especial Agrario para tener acceso a las prestaciones en el SEA. A este respecto, la doctrina judicial tiene declarado que, para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores del antiguo REASS integrados en el SEA, se tendrán en cuenta tanto los períodos de cotización a cargo del trabajador (antes la cuota fija y ahora las cotizaciones de las que es responsable durante los períodos de inactividad en los que permanezca incluido en el sistema) como las cotizaciones a cargo del empresario que, bajo la regulación anterior, completaba la base de cotización del trabajador con la cotización de las jornadas reales y que ahora es el único responsable del cumplimiento de la obligación de ingresar las cotizaciones durante los períodos de actividad, tanto la cuota propia como la correspondiente al trabajador, sin que se trate de un supuesto de doble cotización<sup>35</sup>. Cabe recordar que, con arreglo a la regulación precedente del REASS, para el cálculo de la pensión de jubilación sólo se tomaba en cuenta el historial de cotización propia del trabajador, sin considerar las jornadas reales cotizadas por la empresa.

### 3.4.2. Obligación de estar al corriente en el pago de las cotizaciones

Para causar derecho a las correspondientes prestaciones económicas (cualquiera que sea su causa, profesional o común) será requisito necesario que los trabajadores estén al corriente de pago de las cotizaciones que correspondan a los períodos de inactividad, de las que son responsables directos, sin perjuicio del mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 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. Esta obligación no es sino la concreción en el SEA de la previsión contenida en el artículo 47 TRLGSS.

En relación con el mecanismo de invitación al pago, la jurisprudencia tiene dicho lo siguiente para el Régimen Especial de Autónomos (de aplicación en el SEA):

- La invitación al pago debe tener lugar no solo en los supuestos de pensiones, sino también de prestaciones temporales (señaladamente, incapacidad temporal)<sup>36</sup>.
- El ingreso de cotizaciones realizado tras la invitación al pago efectuada por la entidad gestora debe entenderse imputado a las cuotas adeudadas en el RETA y no a las deudas más antiguas que se tengan en otro régimen de la Seguridad Social<sup>37</sup>.
- Si la entidad gestora o colaboradora no realiza la invitación al pago en el momento oportuno —es decir, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación—, ya no podrá condicionar en el futuro ese reconocimiento a que el solicitante se ponga al corriente del abono de las cuotas, sin perjuicio de que puede recurrir a otros medios de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana de 18-11-2015, rec. 551/2015 y 16-2-2016, rec. 966/2015.

<sup>36</sup> SSTS de 22-4-2009 (RJ 2009, 2884), 23-7-2009 (RJ 2009, 4443) y 22-9-2009 (RJ 2009, 4509).

<sup>37</sup> STS de 11-3-2013 (RJ 2013, 3053).

<sup>38</sup> STS de 19-2-2013 (RJ 2013, 2127).

- Si cuando se formuló la invitación al pago de las cuotas no ingresadas las mismas no estaban prescritas, no puede entenderse cumplido el requisito de estar al corriente de pago por el simple hecho de que las mismas hubieran prescrito con posterioridad<sup>39</sup>.
- La prescripción sobrevenida de las cuotas debidas en el momento del hecho causante no equivale al cumplimiento de este requisito; la entidad gestora viene obligada a efectuar la invitación a pago de las cuotas pendientes en la fecha del hecho causante, incluso de las cuotas que estén prescritas<sup>40</sup>.

### **3.4.3. Particularidades en la acción protectora durante la situación de inactividad**

Durante los períodos de actividad, los trabajadores del SEA tendrá derecho a todas las prestaciones establecidas en el RGSS. En cambio, durante los períodos de inactividad la acción protectora comprenderá únicamente las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes (sin conexión por tanto con ninguna actividad), así como la jubilación (art. 256.3 TRLGSS).

El listado de prestaciones a las que se tiene derecho durante los períodos de inactividad aparece configurado por el legislador como *numerus clausus*, de modo que, procediendo *a sensu contrario*, no se tendrá derecho durante aquéllos a la prestación por incapacidad temporal (obviamente, derivada de contingencias comunes), cuya finalidad esencial es “sustituir la percepción de rentas de trabajo” por lo que “el requisito de prestación de servicios en la fecha de la contingencia ha de referirse a una situación de actividad o trabajo efectivo retribuido, y no a una fase de latencia de la relación individual de trabajo”<sup>41</sup>. Por tanto, la IT derivada de contingencias comunes sólo es posible en los períodos de actividad, de modo que el subsidio sólo procede si el día en que el trabajador es dado de baja médica está trabajando por cuenta ajena. Tampoco se accederá en períodos de inactividad a otras prestaciones que guardan relación directa con el trabajo desempeñado, como el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural, o las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Administrativamente se ha entendido que por las mismas razones (desvinculación de períodos efectivos de trabajo), tampoco se tendrá derecho a la prestación familiar contributiva (art. 180 LGSS, art. 237 TRLGSS), consistente en tener como cotizados los tres años de excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos, pues aunque los trabajadores agrarios tienen derecho a esta modalidad de excedencia, reconocida en el artículo 46.3 ET, la misma exige, desde el punto de vista de la asimilación como tiempo cotizado, que se reconozca durante la vigencia de un contrato de trabajo, siendo, por tanto, inaplicable a aquellos trabajadores que, con la relación laboral extinguida, se encuentren en alta en el SEA durante la situación de inactividad<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> SSTS de 25-9-2003 (RJ 2003, 7315); 15-11-2006 (RJ 2006, 9080) y 18-7-2011 (RJ 2011, 6556).

<sup>40</sup> STS de 7-3-2012 (RJ 2012, 5417).

<sup>41</sup> SSTS de 13-4-2009 (RJ 2009, 3829) y 16-7-2013 (RJ 2013, 6585); SSTSJ Andalucía/Granada de 30-1-2014, rec. 2232/13 y 20-5-2015, rec. 1178/15; STSJ Andalucía/Sevilla, de 16-6-2016, rec. 1796/15.

<sup>42</sup> Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnación de la TGSS, de 12-6-2013.

Pese a que por razones de orden sistemático la contingencia de desempleo está silenciada en el artículo 256.3 TRLGSS, este mismo precepto dispone en su número 8 que “Respecto a la protección por desempleo, resultará de aplicación lo establecido en el título III con las particularidades previstas en la sección 1.ª del capítulo V de dicho título”.

#### **3.4.4. Particularidades en materia de jubilación anticipada**

La remisión genérica a la normativa del Régimen General determina que el trabajador encuadrado en el SEA pueda acceder a todas las modalidades de jubilación, incluida la jubilación anticipada, mientras que antes de la entrada en vigor de la Ley 28/2011 los trabajadores del REASS tenían vetada esta posibilidad. Sin embargo, la equiparación en materia de jubilación no es absoluta, pues el artículo 256.4 del TRLGSS establece requisitos particulares, referidos al período de carencia, para acceder a esta modalidad de jubilación. En concreto, a efectos de acreditar el requisito de período mínimo de cotización efectiva para acceder a la jubilación anticipada, tanto por causa no imputable al trabajador como por cese voluntario en la actividad (arts. 207 y 208 TRLGSS), se exige una carencia específica consistente en que, en los últimos diez años cotizados, al menos seis correspondan a períodos de actividad efectiva (esto es, jornadas reales) en el SEA.

Por otra parte, a partir de la integración en el Régimen General, ha de entenderse derogada la regla que excluía a los trabajadores por cuenta ajena agrarios del beneficio de exoneración de la obligación de cotizar a la Seguridad Social a partir de los sesenta y cinco años.

#### **3.4.5. Compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos esporádicos**

Una de las mayores singularidades que se establecen para los trabajadores incluidos en este Sistema Especial se concreta en la previsión, todavía pendiente de desarrollo reglamentario, que les permite compatibilizar el cobro de la pensión, sin reducción en su importe, con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional, según la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2011 (expresamente declarada en vigor por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TRLGSS).

A este respecto, interesa recordar que el artículo 52.2 del Decreto 2772/1972 entendía por labores agrarias ocasionales y esporádicas, compatibles con la pensión de jubilación, las realizadas durante no más de seis días laborables consecutivos, por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando no se invirtiera en ellas un tiempo que excediera al año el equivalente a un trimestre. Presidía esta regulación la idea de que en el medio rural los trabajadores nunca se jubilaban por completo, pues en muchos casos son titulares de pequeñas explotaciones familiares destinadas a autoconsumo o colaboran esporádicamente en explotaciones ajenas.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2011 mantuvo la previsión de compatibilidad de la pensión con la realización de labores agrarias esporádicas y ocasionales, anunciando un desarrollo reglamentario que habría de tener lugar durante el primer semestre de 2012 pero que nunca se produjo.

Por su parte, la disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 8/2015 mantiene la vigencia de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2011.

En ausencia de desarrollo reglamentario posterior a la Ley 28/2011, los tribunales han optado por aplicar interinamente lo dispuesto en el citado artículo 52.2 del Reglamento del REASS<sup>43</sup>, solución que además es congruente con la norma (art. 165.4 LGSS 1994, art. 213.4 TRLGSS 2015) que declara compatible la pensión de jubilación del Régimen General (en el que está incluido el SEA) con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

### **3.4.6. Particularidades en materia de incapacidad temporal**

Según el párrafo quinto del artículo 256 TRLGSS, durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, la cuantía de la base reguladora del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los doce meses anteriores a la baja médica.

Además, la prestación se abonará directamente por la entidad gestora o colaboradora a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado de la misma, a excepción de los supuestos en que aquellos estén percibiendo la prestación contributiva por desempleo y pasen a la situación de incapacidad temporal.

Como se ha indicado anteriormente, durante las situaciones de inactividad no se tiene derecho a protección por incapacidad temporal.

### **3.4.7. Integración de lagunas para el cálculo de pensiones**

Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena, respecto de los períodos cubiertos en este Sistema Especial, solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, es decir, no resultará de aplicación la llamada “integración de lagunas” prevista en los artículos 197.4 y 209.1.b) del TRLGSS. En consecuencia, los períodos posteriores a un cese en actividad agraria por cuenta ajena, en los que no haya habido obligación de cotizar, no son objeto de la integración prevista en dichos preceptos, cuando estén comprendidos en el período de cálculo de la base reguladora de la pensión<sup>44</sup>. Así lo establece el apartado 7 del artículo 256 TRLGSS, el cual trae causa de la Ley 28/2011. La inaplicación del mecanismo de integración de lagunas por los períodos cotizados en el SEA obedece a que en este sistema especial se mantiene la obligación de cotizar durante los períodos de inactividad, correspondiendo al trabajador la obligación exclusiva de ingresar las cuotas correspondientes a estos períodos, lo que provoca que no pueda beneficiarse de ese llenado de períodos en descubierto, que está pensado para los supuestos en que el responsable

---

<sup>43</sup> SSTSJ Andalucía/Sevilla de 12-11-2015, rec. 2814/15; 10-3-2016, rec. 998/15 y 28-4-2016, rec. 1255/15, sosteniendo que “Lo contrario conllevaría la ineficacia sine die de una disposición legal expresa. Supuestos análogos de falta de regulación reglamentaria de una materia se han venido solucionando, y concretamente en materia de Seguridad Social, –salvo prohibición legal expresa– mediante el reglamento que desarrollaba la Norma derogada por la nueva dictada en lo que no fuera contradictorio con la actual”.

<sup>44</sup> Así lo ha aplicado, cuando todavía estaban en vigor los arts. 140.4 y 161.1.2 LGSS 1994 en la redacción dada a los mismos por la Ley 28/2011, la STSJ Comunidad Valenciana de 13-4-2016, rec. 796/16, en relación con una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común.

del ingreso de las cotizaciones es el empresario. La consecuencia será el reconocimiento de una pensión de importe inferior a la de un trabajador común del Régimen General<sup>45</sup>.

Conviene precisar que esta norma que prohíbe completar los vacíos de cotización no afecta a los periodos de encuadramiento directo en el Régimen General, fuera del Sistema Especial. Retrospectivamente, tampoco resulta de aplicación a los periodos en los que el pensionista hubiera pertenecido al REASS (hasta el 1-1-2012), pues, por un lado, la normativa específica de este régimen no contenía una norma similar al vigente artículo 256 TRLGSS que excluyera la integración de lagunas y, por otro lado, la Disposición Adicional 8ª.2 de la LGSS 1994, en su redacción previa a la Ley 28/2011, extendía expresamente al colectivo de trabajadores por cuenta ajena del REASS la norma sobre integración de lagunas contenida en los artículos 140.2 y 162.1.2 de la LGSS 1994, a la hora de determinar el cálculo de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente y jubilación.

#### **3.4.8. Particularidades en la protección por desempleo**

Respecto a la protección por desempleo, el artículo 256.8 TRLGSS dispone que resultará de aplicación lo establecido en el título III del TRLGSS, con las particularidades (abundantísimas) previstas en la sección 1.ª del capítulo V de dicho título.

En consecuencia, los trabajadores agrarios fijos y fijos discontinuos incluidos en el SEA tendrán derecho a la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo y, en su caso, al subsidio de nivel asistencial, en igualdad de condiciones con los restantes trabajadores del Régimen General.

Por su parte, los trabajadores agrarios eventuales tendrán derecho a la protección contributiva por desempleo, con las particularidades previstas en el artículo 286 del TRLGSS. Mantienen, por tanto, el derecho que les concedió la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. En cambio, este colectivo sigue sin tener derecho a la protección por desempleo de nivel asistencial prevista en el artículo 274 TRLGSS, y ello a pesar de que la Disposición Final Cuarta de la Ley 28/2011 (expresamente declarada en vigor por el nuevo TRLGSS) faculta al Gobierno para extender, de forma progresiva, la protección por desempleo de nivel asistencial a los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, objetivo –aún no cumplido– que tendría que haberse alcanzado en el año 2014.

Por lo que respecta a los trabajadores eventuales agrarios incluidos en el SEA y residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, tendrán derecho, además de a la protección contributiva aludida en el párrafo anterior, al subsidio por desempleo regulado por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, o bien a la renta agraria regulada por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, cuando en el momento de producirse su situación de desempleo

---

<sup>45</sup> TÉLLEZ VALLE, V., “Sistema especial...”, *cit.*, p. 1185.

acrediten su condición de trabajadores eventuales agrarios y reúnan los requisitos exigidos en dichas normas, con las particularidades que se establecen en el artículo 288 TRLGSS.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS VIRUEZ, M., *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008
- BAYÓN CHACÓN, G., “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social Española: Régimen General y Regímenes Especiales”, en VV.AA., *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Madrid, 1972.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., HIERRO HIERRO, J., *Relaciones Laborales y Seguridad Social Agraria*, Ed. Laborum, Murcia, 2005.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. Y GARCÍA ROMERO, B., “La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 94, 2008.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, J., *Trabajadores agrícolas y Seguridad Social Agraria*, Ibidem, 1996, pp. 43-44.
- GARCÍA ROMERO, B., *Seguridad Social Agraria: acción protectora*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- HIERRO HIERRO, J., “Régimen especial agrario: su integración en el régimen general”, en VV.AA. *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- HIERRO HIERRO, J., *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona., 2005.
- HURTADO GONZÁLEZ, C., MARÍN ALONSO, I., *La Seguridad Social Agraria*, Ediciones Laborum, Murcia, 1999.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “La convergencia entre regímenes de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005.
- MONERO PÉREZ, J.L., ROMERO CORONADO, J., *Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación*, Ed. Comares, Granada, 2013.
- ROMERO CORONADO, J., “El Sistema Especial Agrario. Régimen jurídico”, en VV.AA. (Monero Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo II, Laborum, Murcia, 2017.
- TÉLLEZ VALLE, V., “Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios”, en VV.AA. (García Perrote, I., Mercader Uguina, J.R. y Trillo García, A.R.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- TREJO CHACÓN, Mª. F., “Actos de encuadramiento en el SEA”, en VV.AA. (Hierro Hierro, F.J., dir.), *Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios: Comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, Ed. Laborum, Murcia, 2012.

## La incapacidad temporal de mutualistas y funcionarios incluidos en el régimen general de la seguridad social: similitudes y diferencias

### Temporary incapacity of members and officers included in the general social security scheme: similarities and differences

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

#### Resumen

Aun cuando el régimen general de la Seguridad Social ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas, en número que no deja de crecer, para incorporar en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, lo cierto es que todavía el Mutualismo administrativo extiende su manto protector a algunos funcionarios, destacando dentro de este sistema tuitivo especial la regulación de la contingencia de incapacidad temporal, destinada a atender la imposibilidad transitoria de prestación de servicios consecuencia de un proceso patológico por enfermedad, común y profesional, o por accidente, sea o no en acto de servicio, siempre y cuando, como requisito *sine qua non*, el funcionario haya obtenido una licencia por enfermedad.

#### Abstract

Even though the general social security system has been subject to successive extensions, in number that continues to grow, to incorporate certain groups of public employees, the fact remains that administrative Mutualism still extends its protection to some official workers, being possible to emphasize within this special tuitive system the regulation of the contingency of temporary incapacity, destined to attend to the temporary impossibility of providing services as a result of a pathological process by illness, common and professional, or by accident, whether or not in act of service, provided that, as a essential requirement, the official worker has obtained a sick work permit.

#### Palabras clave

funcionarios; mutualismo administrativo; régimen general de la Seguridad Social; incapacidad temporal; accidente; licencia por enfermedad

#### Keywords

Official workers; administrative mutualism; general social security scheme; temporary incapacity; accident; sick work permit

### 1. LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: APUNTE SOBRE SU DISPERSA REGULACIÓN

Pese a que la simplificación de la organización de la Seguridad Social ha sido una constante aspiración, como es de sobra conocido la estructura actual sigue girando en torno a la existencia de un régimen general (trabajadores por cuenta ajena) y diferentes regímenes especiales: trabajadores autónomos, del mar, minería del carbón, estudiantes y –por lo que aquí interesa– funcionarios públicos, civiles y militares [art. 10. 2 e) 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 (TRLGSS)].

Dentro de este catálogo, capaz de justificar modalidades asistenciales esencialmente desiguales en extensión e intensidad, según cual sea el sector profesional al que el necesitado pertenezca, precisamente en el de los funcionarios públicos anida la mayor “disgregación

normativa y operativa”<sup>1</sup>. Y ello porque aun cuando una interpretación literal del citado precepto podría dar a entender, en una primera aproximación, que existe un único régimen de Seguridad Social para todo aquél que presta servicios a favor de la Administración en calidad de funcionario, lo cierto es que tal afirmación no puede estar más distante de la realidad, pues el legislador ha diseñado hasta tres sistemas especiales distintos en atención a la vinculación funcional del funcionario, bien con la Administración Civil del Estado, bien con las Fuerzas Armadas, bien con la Administración de Justicia, variedad que respeta el contenido del art. 14 o) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), el cual reconoce, entre el catálogo de derechos individuales de los funcionarios, el relativo “a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación”<sup>2</sup>.

Es más, cada uno de estos mecanismos ordena la acción protectora en dos modelos completamente separados, encargados de la gestión de diferentes prestaciones y auxilios, inspirados en disímiles principios y reglas particulares: por una parte, clases pasivas y, por otra, mutualismo administrativo<sup>3</sup>. El primero es común para los tres grupos de funcionarios, encontrando su regulación en el texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril (LCPE), desarrollado por Real Decreto 172/1998, de 11 de febrero. Ahora bien, la vertiente protectora difiere sustancialmente en el marco del segundo, el sistema mutualista, distinto para cada uno de los tres colectivos anteriormente mencionados. Así, existe una Mutualidad que protege a los Funcionarios Civiles del Estado, regulada por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, desarrollado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo (MUFACE); otra para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas, cuyo régimen jurídico viene recogido en el Real Decreto Legislativo 1/2006, de 9 de junio, desarrollado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre (ISFAS); y una tercera que incluye al personal al servicio de la Administración de Justicia, ordenada por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, desarrollado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio (MUGEJU).

Bajo este paraguas, el sistema de clases pasivas protege, mediante pensiones, a quienes hayan abandonado el servicio activo, ante los riesgos de vejez (jubilación o retiro), incapacidad, muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y a favor de padres), que pueden tener carácter extraordinario en tanto en cuanto su origen quede situado en una lesión, muerte o desaparición producida en un acto de servicio o como consecuencia del mismo (art. 19.1 Real Decreto Legislativo 670/1987). Por su parte, el mutualismo se centra especialmente en aquellas contingencias que no impliquen el abandono de la vida activa, incluyendo la dispensa de asistencia sanitaria (bien a través del sistema público de salud o entidades de seguro privado), prestación farmacéutica, incapacidad temporal para el servicio, complementos por incapacidad permanente, ayudas por maternidad, subsidio por riesgo durante el embarazo y lactancia natural, prestaciones ortoprotésicas, ayuda al sepelio y otras indemnizaciones asistenciales. Queda, por tanto, carente de protección la contingencia del

<sup>1</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L., *Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1995.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

<sup>3</sup> GARCÍA NUÑEZ, J.I. y DOLZ LAGO, M.J.: “Regímenes especiales de funcionarios”, en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 709.

desempleo, dada la estabilidad en el desempeño de la actividad profesional de los funcionarios que recoge el art. 14 a) TREBEP, de modo que únicamente afecta, a tenor del art. 264 TRLGSS, a: “los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de Derecho Administrativo al servicio de las Administraciones Públicas” [apartado d)], los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva o parcial que perciban retribución [apartado e)] y los altos cargos de las Administraciones públicas con dedicación exclusiva que sean retribuidos por ello y no sean funcionarios, salvo que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese [apartado f)]<sup>4</sup>.

Como complejidad adicional, tampoco cabe olvidar que muchos funcionarios públicos van a tener cubiertos sus riesgos y contingencias a través del régimen general de la Seguridad Social, no en vano el art. 136 TRLGSS entiende que esta cualidad concurre en aquellos que no estén ubicados en clases pasivas, los que se incorporen al empleo público con posterioridad al 1 de enero de 2011 (excepto para el mutualismo administrativo), los transferidos a las Comunidades Autónomas y los miembros de las Corporaciones Locales.

## **2. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS AL RÉGIMEN GENERAL**

El Real Decreto Legislativo 670/1987 establece en su art. 2.1 cuál es el marco de cobertura del régimen de clases pasivas desde un punto de vista subjetivo. Ahora bien, el elenco de supuestos que contempla debe ser objeto de una tediosa tarea interpretativa tendente a aquilatar la enumeración atendiendo a la progresiva incorporación de funcionarios en el régimen general<sup>5</sup>.

Así, en primer lugar, cabe considerar amparados en clases pasivas a los siguientes empleados públicos:

- 1.- Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado.
- 2.- 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.
- 3.- Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.
- 4.- Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales.
- 5.- Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Reducción de jornada de funcionarios interinos: ¿es posible el acceso a la prestación por desempleo parcial?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pp. 53 y ss.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Racionalización y simplificación de los regímenes especiales de los funcionarios públicos. Clases pasivas del Estado. El principio del fin o la crónica de una desaparición anunciada”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Pamplona (Aranzadi), 2011, pp. 220-226

6.- El personal interino a que se refiere el artículo 1.º del Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre, esto es, los nombrados con anterioridad a 1 de enero de 1965 y que hayan percibido sueldo detallado en los Presupuestos Generales del Estado con cargo a personal.

7.- El personal mencionado en los precedentes párrafos que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas, siempre y cuando puedan continuar adscritos al régimen del mutualismo administrativo, situación totalmente excepcional en el momento actual pues el encuadramiento de este personal presenta como cauce ordinario el régimen general.

8.- 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.

9.- Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el artículo 51 de este texto, tales como ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, así como los ex Jefes de la Casa de su Majestad el Rey. Se trata del único colectivo que mantendrá su vinculación con clases pasivas a pesar de que haya adquirido tal condición a partir del 1 de enero de 2011 (arts. 20.Uno.1 y 20.Dos *in fine* Real Decreto Ley 13/2010).

10.- Los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares, debiendo entender sin vigencia la referencia del tenor legal a quienes cumplan el servicio militar o la prestación social sustitutoria (Real Decreto 274/2001, de 9 de marzo y Real Decreto 342/2001, de 4 de abril).

11.- 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.

12.- A la lista anterior, procede añadir el personal incluido en el ámbito subjetivo de cobertura del régimen de clases pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese en otro cuerpo que hubiera motivado, en dicha fecha, su encuadramiento en el régimen de clases pasivas (art. 20.Dos Real Decreto Ley 13/2010), siempre y cuando lo haga sin solución de continuidad, pues si existiera alguna ruptura en dicho tránsito se incorporará al régimen general.

En segundo término y, en sentido negativo, procede mencionar el listado de servidores públicos protegidos por el régimen general:

1.- El personal civil no funcionario (esto es, contratado en régimen laboral) de las Administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social [art. 136.2 k) TRLGSS].

2.- 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 [art. 136.2 n) TRLGSS].

4.- Los altos cargos de las Administraciones Públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, que no tengan la condición de funcionarios públicos, posibilidad permitida por el art. 13 TREBEP [art. 136.2 ñ) TRLGSS].

5.- Los miembros de las Corporaciones Locales y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto, para las situaciones de servicios especiales, en los arts. 74 y 75 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. La integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local en el régimen general se produjo por el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril<sup>6</sup>, que procedió a la extinción de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), creada por Ley de 12 de mayo de 1960, en cuyo marco se había integrado previamente el Montepío de Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de Administración Local (constituido por Decreto de 7 de julio de 1944).

6.- El personal de organismos autónomos, entidades públicas empresariales, autoridades administrativas independientes, sociedades mercantiles públicas, consorcios, fundaciones del sector público o mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (disposición final 8ª Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

7.- Funcionarios interinos (art. 10 TREBEP), incluidos los de la Administración de Justicia (magistrados suplentes, jueces, fiscales y letrados de la Administración de Justicia sustitutos (art. 472.2 LOPJ).

8.- Personal eventual (art. 12 TREBEP).

9.- Personal estatutario dependiente de instituciones sanitarias [art. 17.1 i) Ley 55/2003, de 16 de diciembre].

10.- Funcionarios al servicio de la Administración General del Estado cuya fecha de acceso tenga lugar a partir del 1 de enero de 2011 [art. 136 m) TRLGSS], en los términos que regula la disposición adicional 3ª TRLGSS, en virtud de la cual queda claro que se respetarán, en todo caso, las especificidades relativas a la edad de jubilación forzosa, así como las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad. Es más, la inclusión en el régimen general del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las peculiaridades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho régimen general, al tiempo que la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de clases pasivas del Estado. Asimismo, continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del régimen de clases pasivas los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i) del artículo 2.1 LCPE, esto es, los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal

---

<sup>6</sup> SSTS, Cont-AdmTivo, 16 enero 1997 (RJ 1997, 375) y 27 febrero 1997 (RJ 1997, 1528) y 28 marzo 1998 (RJ 1998, 3353).

Constitucional, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder, así como los ex Jefes de la Casa de su Majestad el Rey.

En fin, conviene poner el énfasis necesario en reiterar que si el régimen general ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas, en número que no deja de crecer, para incorporar en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, nada debe impedir seguir avanzando en este camino, lo cual supone un correlativo decrecimiento de la afiliación al régimen de clases pasivas, fruto del progresivo adelgazamiento competencial de la Administración Central en favor de las Autonómicas y de las Locales, así como de la sucesiva utilización por parte de la Administración de las vías que el ordenamiento jurídico ofrece de privatización formal de ciertas actividades, materializada a través del recurso a órganos instrumentales sometidos al Derecho Privado (agencias, sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones...). Todo ello sin olvidar que los notarios, en aplicación del Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, están incluidos en el régimen especial de trabajadores autónomos<sup>7</sup>.

Procede aclarar, en último término, que el conocimiento de las cuestiones litigiosas relacionadas con la Seguridad Social de los funcionarios corresponden al orden jurisdiccional contencioso administrativo [art. 1.3 a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], incluidas las relativas a las mejoras voluntarias recogidas en pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas<sup>8</sup>.

### 3. EL RESTRINGICO MARCO DE APLICACIÓN DEL MUTUALISMO PARA LOS FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO

Como complejidad adicional, los grupos de personas a quienes afecta la LCPE, que no son, como ya consta, todos los funcionarios públicos, aparecen diferenciados entre sí porque algunos disfrutan simultáneamente del régimen de protección mutualista y otros no. Dejando a un lado a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia, cabe recordar que la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) incorpora de forma genérica a aquellos funcionarios que no puedan proceder al alta en el régimen general ni se encuentran comprendidos en cualquiera de los otros dos regímenes especiales previstos para los funcionarios públicos, pero seguidamente realiza también una triple operación restrictiva: la primera, señalando los colectivos incluidos, bien de forma obligatoria, bien de forma opcional; la segunda, precisando el elenco de posibles beneficiarios; y la tercera, indicando cuáles son los cuerpos o escalas a los que no va a extenderse su ámbito de protección<sup>9</sup>. Así:

1.- Quedan encuadrados obligatoriamente (art. 3 Real Decreto 375/2003):

a) Funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado.

<sup>7</sup> STS, Cont-Admto, 13 junio 2012 (RJ 2012/7379).

<sup>8</sup> SSTSJ, Social, País Vasco 4 febrero 2014 (JUR 2014/186529) y Castilla-La Mancha 28 enero 2016 (JUR 2016/35437).

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Reflexiones sobre el mutualismo administrativo en un contexto de simplificación de los regímenes especiales de la Seguridad Social", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Pamplona (Aranzadi), 2011, pp. 130-142.

- b) Funcionarios en prácticas.
  - c) Funcionarios interinos relacionados en el art. 1 Decreto Ley 10/1965, de 23 de septiembre, es decir, los nombrados con anterioridad a 1 de enero de 1965 y que hayan percibido sueldo detallado en los Presupuestos Generales del Estado con cargo a personal.
  - d) Personal funcionario del extinguido Servicio de Pósitos, a partir de 1 de enero de 1985.
  - e) Funcionarios del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax, que se encontraran acogidos al régimen de clases pasivas a partir del 30 de junio de 1990.
  - f) Funcionarios civiles al servicio de la Administración militar que hubieran ejercitado la opción de incorporarse al presente régimen especial en virtud de lo establecido en las disposiciones adicionales 1ª y 3ª de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado 4/1990 y 39/1992.
  - g) Funcionarios del cuerpo de vigilancia aduanera.
  - h) Funcionarios procedentes del extinguido servicio de inspección y asesoramiento de las Corporaciones Locales desde el 1 de septiembre de 1979.
  - i) Los integrantes de cuerpos de nueva creación en el ámbito civil, como el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil (art. 6 Real Decreto 1055/2002, de 11 de octubre).
  - j) Embajadores y cónsules que representen a España en el extranjero.
  - h) Profesores universitarios que alcancen la condición de funcionario público, sea como catedráticos o como profesores titulares.
  - k) Componentes de la Orquesta Nacional de España que mantengan su condición de funcionarios públicos.
- 2.- Además, pueden incorporarse opcionalmente (art. 3.2 Real Decreto 375/2003):
- a) Quienes hubieran pasado a la condición de jubilados percibiendo pensiones de clases pasivas al 20 de julio de 1975.
  - b) Pensionistas de jubilación anteriores a 30 de junio de 1990 procedentes del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax, acogidos al régimen de clases pasivas.
  - c) Funcionarios provenientes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar integrados en los Cuerpos de la Administración Civil del Estado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional 9ª Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), siempre y cuando presten servicios en la Administración Militar o en sus organismos públicos.

d) Titulares de plazas no escalafonadas a extinguir de Matronas de la Dirección General de la Guardia Civil.

e) Funcionarios de carrera de los cuerpos docentes regulados por la disposición adicional 7ª Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, acogidos a regímenes de Seguridad Social o de previsión distintos del régimen de clases pasivas, que en el momento de solicitud de la jubilación voluntaria anticipada, opten por integrarse en este régimen (disposición transitoria 2ª.5 Ley Orgánica 2/2006).

f) Catedráticos y Profesores universitarios con plaza vinculada a Instituciones Sanitarias, que hubieran optado –tal y como les permitía el art. 27 Ley 55/1999, de 29 diciembre– por seguir encuadrados en el régimen general, en cuyo caso serán obligatoriamente incluidos en este régimen especial cuando, por cualquier motivo, queden desvinculados y continúen con su función docente (art. 40.dos Ley 24/2001). Asimismo, conviene aclarar que el citado personal docente, que no hubiera podido acogerse a las previsiones establecidas en el art. 27 Ley 55/1999 por haber pasado a desempeñar plazas vinculadas en virtud de conciertos suscritos con posterioridad al 1 de enero de 2000, pudo optar, por una sola vez y antes del 30 de junio de 2002, por quedar amparado exclusivamente en el régimen general o en el especial de Funcionarios Civiles. De no ejercitar tal derecho, automáticamente quedaba incluido en el segundo, causando baja en el primero<sup>10</sup>

g) Personal perteneciente a los cuerpos especiales de funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local, cuyo régimen jurídico se establece en la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, pudiendo optar, por una sola vez y antes del 30 de junio de 2001, entre la incorporación exclusivamente al régimen general o al régimen especial de Funcionarios Civiles. De no ejercitar tal derecho, quedaban adscritos necesariamente al régimen general, causando baja en el especial (art. 38.3 Ley 14/2000, de 23 de diciembre).

3.- Como posibles beneficiarios, cabe citar los siguientes familiares o asimilados a cargo de un mutualista en alta (art. 15.1 RD 375/2003):

a) Cónyuge o persona que conviva con éste en análoga relación de afectividad con los mismos requisitos establecidos en el régimen general de la Seguridad Social.

b) Descendientes e hijos adoptivos de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, estando incluidos los hijos de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la del cónyuge con los requisitos establecidos en el régimen general de la Seguridad Social. Excepcionalmente los acogidos de hecho quedan asimilados, a estos efectos, a los familiares mencionados, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad.

c) Hermanos.

d) Ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.

---

<sup>10</sup> SSTSJ, Cont.-Admto., Comunidad Valenciana 13 febrero 2003 (JUR 2004, 22565) y 31 marzo y 25 junio 2003 (JUR 2003, 22821 y JUR 2004, 24186).

e) Cualquiera otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el régimen general.

f) En todo caso, para ostentar la condición de beneficiario deberán cumplir los siguientes requisitos (art. 15.2 Real Decreto 375/2003):

1º) Vivir con el titular del derecho y a sus expensas, no apreciándose falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razones de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y otras circunstancias similares.

2º) No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario, superiores al doble del salario mínimo, en referencia actual al indicador público de efectos múltiples.

3º) No estar protegidos, por título distinto, a través de cualquiera de los regímenes que integran el Sistema español de la Seguridad Social con una extensión y contenidos análogos a los establecidos en el régimen general.

4º) De fallecer el mutualista en alta, podrán ser beneficiarias las siguientes personas (art. 16.1 Real Decreto 375/2003): 1) Los viudos y huérfanos de mutualistas, activos y jubilados, quedando asimilados a los primeros quienes perciban pensión de viudedad de clases pasivas por haber sido cónyuges legítimos o parejas de hecho de funcionarios incluidos en el campo de aplicación del mutualismo, y siendo equiparados a los segundos el hijo menor de edad o mayor incapacitado que haya sido abandonado por el padre o la madre mutualista. 2) El cónyuge que viva separado de un mutualista en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto por divorcio, y los hijos que convivan con aquél.

Sea como fuere, la condición de beneficiario resulta incompatible con: a) un nuevo reconocimiento o mantenimiento de esa misma condición a título derivado de otro mutualista en el mismo ámbito; b) la situación de mutualista obligatorio; c) la pertenencia a otro régimen del sistema de la Seguridad Social, ya sea como titular o beneficiario (art. 19.1 RD 375/2003).

4.- En fin, están expresamente excluidos del régimen aquí analizado los siguientes colectivos (art. 3.3 RD 375/2003):

a) Los funcionarios de la Administración Local, teniendo en cuenta que la MUNPAL, a pesar de sus dificultades económicas, subsistió hasta la promulgación del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, que ordenó la integración de todos sus afiliados, tanto clases activas como pasivas, en el régimen general de la Seguridad Social.

b) De los organismos autónomos<sup>11</sup>.

c) De la Administración Militar.

---

<sup>11</sup> STS, Cont.-Admto., 18 mayo 2005 (RJ 2005, 1774).

- d) De la Administración de Justicia.
- e) De la Administración de la Seguridad Social<sup>12</sup>.
- f) De nuevo ingreso y en prácticas de las Comunidades Autónomas.
- g) De carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan accedido o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la Administración territorial de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso<sup>13</sup>.
- h) El personal de administración y servicios propio de las Universidades.
- i) Funcionarios procedentes de la escala docente de Universidades Laborales<sup>14</sup>.
- j) El personal del Centro Superior de Investigaciones Científicas (Real Decreto 1730/2007, de 21 de diciembre).
- l) Los peones camineros (Decreto 3184/1973, de 30 de noviembre).
- m) Los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo<sup>15</sup>.

#### **4. LA ATENCIÓN DEL MUTUALISMO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

Habiendo quedado claro los colectivos de funcionarios incluidos en el ámbito de atención de MUFACE, procede ahora dar un paso más para destacar las peculiaridades existentes en cuanto a la tutela de dispensada:

1.- Partiendo de la vocación universal de la asistencia sanitaria como derecho de la ciudadanía, el diseño de esta prestación viene a coincidir en lo sustancial con lo previsto para el resto de los trabajadores en cuanto a su objeto, contenido y alcance. Únicamente cabe destacar como especialidad, la modalidad de disfrute, pues ésta será facilitada por la Mutualidad, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados y preferentemente con instituciones de la Seguridad Social, correspondiendo la opción al beneficiario<sup>16</sup>. Cuando la asistencia se preste mediante concierto, los mutualistas pueden elegir libremente, en el momento de la afiliación, la

<sup>12</sup> STSJ, Cont.-Admto., Galicia 12 marzo 2003 (JUR 2003, 266961)

<sup>13</sup> SSTS, Social, 30 noviembre 2006 (RJ 2006, 9652) y 24 julio 2009 (RJ 2009, 6814).

<sup>14</sup> SSTSJ, Cont.-Admto., La Rioja 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 74509) y Madrid 11 octubre 2004 (JUR 2005, 70039).

<sup>15</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: "El final de las entidades sustitutorias de la Seguridad Social: la integración en el régimen general de la Seguridad Social del colectivo de médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 327, 2010, pág. 5.

<sup>16</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: "Las prestaciones sanitarias del mutualismo administrativo", *Actualidad Laboral*, T. III, 2002, pp. 937 y ss.

entidad concertada que deseen, siendo posible cambiar la seleccionada en el mes de enero de cada año<sup>17</sup>.

Además, la asistencia sanitaria alcanza a la dispensa de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos, conducentes a conservar o restablecer la salud y la aptitud para el trabajo de los beneficiarios, incluyendo la rehabilitación física necesaria en orden a la recuperación profesional de los incapacitados con derecho a ella (art. 13 Real Decreto Legislativo 4/2000). Las contingencias cubiertas son la enfermedad común o profesional, las lesiones ocasionadas por accidente común o acaecido en acto de servicio y el embarazo, el parto y el puerperio (art. 14 Real Decreto Legislativo 4/2000).

La disposición adicional 7ª TRLGSS aclara que la cobertura de la asistencia sanitaria de los funcionarios procedentes del extinguido régimen especial de Funcionarios de la Administración Local (MUMPAL), que vinieran percibiendo la prestación del Sistema Nacional de Salud y con cargo a las Corporaciones, Instituciones o Entidades que integran la Administración Local, queda a todos los efectos sometida al régimen jurídico y económico aplicable en la acción protectora del régimen general.

2.- La prestación farmacéutica comprende las fórmulas magistrales, las especialidades y los efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios [art. 16 b) Real Decreto 375/2003], con la extensión reconocida a los beneficiarios del régimen general de la Seguridad Social. El pago de los medicamentos se distribuirá entre la Gestora y los beneficiarios, quienes participarán mediante el abono de una cantidad por receta o, en su caso, por medicamento [art. 16 b) Real Decreto Legislativo 4/2000], cuyo importe ha sido fijado, con carácter general, en el 30 por 100 del precio de venta al público del producto descrito, tanto para los mutualistas en situación de actividad como para los jubilados<sup>18</sup>.

Se reconocen, además, ayudas para prótesis dentarias y oculares, así como otras complementarias (como audífono, colchón anti escaras y laringófono), al igual que por material ortoprotésico (prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y prótesis especiales).

3.- Como no podía ser de otra manera, los funcionarios tienen derecho a la protección por maternidad (biológica, adoptiva o por acogimiento), por paternidad y por cuidado de hijo afectado de enfermedad grave, disfrutando de los permisos establecidos para ello en el art. 49 TREBEP, acompañados de las retribuciones íntegras y de las respectivas cotizaciones. Asociadas a la maternidad, MUFACE reconoce tres tipos de ayudas: a) una asignación económica mensual, por hijo o menor discapacitado, que se establece cada año en la Ley de Presupuestos en función de la edad, del grado de discapacidad y de la necesidad del concurso de otra persona (art. 119 Real Decreto 375/2003); b) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples de 4, 8 ó 12 veces el salario mínimo interprofesional mensual según sean 2, 3 o más hijos causantes, computando doble los hijos afectados por una discapacidad igual o superior al 33 por 100 (art. 120 y ss. Real Decreto 375/2003); c) una

<sup>17</sup> LÓPEZ GANDÍA, M. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pág. 36.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Pamplona (Aranzadi), 2008, pág. 122.

cantidad a tanto alzado, compatible con la anterior, en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples, consistente en el 100 por 100 de la base de cotización por 42 días (seis semanas de descanso obligatorio) calculada en función del número de hijos o menores acogidos simultáneamente a partir del segundo (arts. 123 y ss. Real Decreto 375/2003).

Además, partiendo de lo dispuesto en el art. 58 Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), en virtud del cual si las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida dentro del ámbito del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o la del hijo, podrá concederse licencia por esta circunstancia. Con mayor detalle, procede entender íntegramente aplicable al ámbito de la función pública el régimen jurídico recogido en el art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en el cual se regulan las situaciones del riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, no en vano el art. 3.1 de esta Ley se esfuerza en aclarar que su ámbito subjetivo se extiende no sólo a las empresas privadas sino también a los Entes administrativos. En estas circunstancias no sólo se protege a la funcionaria embarazada o que ha dado a luz recientemente de la posibilidad de sufrir un riesgo que afecte al feto, eximiéndola temporalmente del trabajo a través de la pertinente licencia durante el período de embarazo o hasta que el lactante cumpla 9 meses, sino que además se establece una prestación monetaria a cargo del Mutualismo administrativo, cuya cuantía será del 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia en el ámbito de MUFACE (Orden 30 de junio 2010)<sup>19</sup>.

4.- Aun cuando la situación de incapacidad permanente, derivada de una lesión o proceso patológico, somático o mental, estabilizado o irreversible o de remota o incierta reversibilidad, va acompañada de la percepción de una pensión a cargo del régimen de clases pasivas, en la cual se toma en cuenta como base reguladora un haber que no coincide con el salario real sino que constituye un sueldo teórico fijado anualmente por la Ley de Presupuestos en función de cuerpos y categorías en las que los empleados hayan desarrollado su carrera profesional (art. 30 LCPE)<sup>20</sup>, MUFACE dedica atención a los siguientes supuestos:

a) La gran invalidez, definida como la situación del mutualista que, jubilado por incapacidad permanente para el servicio (no por edad), se encuentre afectado por alguna de las siguientes circunstancias: pérdida total de la visión de ambos ojos; pérdida anatómica o funcional, total o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o de las dos inferiores, conceptuándose como tales el pie y la mano; cualquier otra pérdida anatómica o funcional que comporte la necesidad del mutualista de ser asistido por otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 104 Real Decreto 375/2003). Estas circunstancias darán derecho a una prestación económica de carácter mensual, incluidas dos pagas extraordinarias al año, destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia, equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo a la cantidad íntegra que se le

<sup>19</sup> BLASCO LAHOZ, J.: “La protección por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de los funcionarios y funcionarias”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 324, 2010 2010, 77-78.

<sup>20</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete (Bomarzo), 2007, pp. 23 y ss.

acredite por el régimen de clases pasivas en cada momento (art. 106 Real Decreto 375/2003)<sup>21</sup>.

b) Los daños permanentes no invalidantes, esto es, las lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio que, sin llegar a alcanzar el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, supongan una alteración o disminución de la integridad física del funcionario (art. 109 Real Decreto 375/2003), conllevan una indemnización consistente en el abono, por una sola vez, de una de las dos cantidades siguientes: de un lado, la cuantía que corresponda como resultado de la aplicación del baremo establecido para el régimen general de la Seguridad Social, siempre que se trate de detrimentos que no constituyan incapacidad permanente en ninguno de sus grados y aparezcan recogidos en éste (Orden 28 enero 2013); de otro, si las lesiones son constitutivas de una incapacidad permanente parcial para la función habitual, la cantidad a abonar será la equivalente a 24 mensualidades de la base de cotización al mutualismo administrativo vigente en el mes de la primera licencia por enfermedad o, en su defecto, en la mensualidad en que se produjo el accidente o se diagnosticó la dolencia que dio lugar a las reducciones anatómicas o funcionales (art. 110 Real Decreto 375/2003)<sup>22</sup>.

5.- La pensión de jubilación del régimen de clases pasivas se complementa por MUFACE con un subsidio a percibir por aquellos mutualistas que se retiran con carácter forzoso por razón de edad o por incapacidad permanente para el servicio, consistente en una prestación económica resultante de multiplicar la mitad del importe íntegro de una mensualidad ordinaria de las retribuciones básicas para hechos causantes acaecidos desde el 1 de enero de 2013 (art. 131 Real Decreto 375/2003)<sup>23</sup>.

6.- Los familiares o asimilados que convivan con el causante y a sus expensas tienen derecho al percibo de dos tipos de prestaciones económicas de pago único en los supuestos de fallecimiento: una, denominada subsidio por defunción, que varía según la edad de fallecido (art. 133 Real Decreto 375/2003 y Orden 12 enero 2004); otra, conocida como ayuda al sepelio, destinada a sufragar los gastos de tal naturaleza, que asciende a 450,76 euros (art. 134 Real Decreto 375/2003)<sup>24</sup>.

7.- Está previsto también el beneficio de programas sociosanitarios, dirigidos a atender las necesidades de personas mayores, personas con discapacidad, drogodependientes, enfermos psiquiátricos crónicos, pacientes oncológicos o celíacos (art. 135 Real Decreto 375/2003). La modificación de los programas, la concreción de las modalidades, las condiciones específicas de acceso, el número de ayudas, así como las cuantías correspondientes, se determinan de acuerdo con el crédito consignado a tal fin en el presupuesto de MUFACE para cada ejercicio económico, mediante la oportuna convocatoria pública, que se efectúa por resolución del Director General de MUFACE y se publica en el BOE. No faltan tampoco subvenciones ligadas a la tutela de las situaciones de dependencia, pudiendo mencionar, entre otras: las que

<sup>21</sup> STSJ, Cont.-Admtivo, Valencia, 29 junio 2012 (JUR 2012/358966).

<sup>22</sup> STSJ, Cont.-Admtivo., País Vasco 21 marzo 2003 (JUR 2003, 142284).

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ PROL, F.: "Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2006, pp. 1010 y ss.

<sup>24</sup> STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 1 abril 2005 (JUR 2005, 102936).

pretenden facilitar la autonomía personal, destinadas a sufragar el coste de los servicios, actividades o medios técnicos que precisen las personas con discapacidad y/o dependencia, que se concretan en el mantenimiento y potenciación de la capacidad residual, eliminación de barreras arquitectónicas y para la adquisición de medios técnicos, así como las destinadas a cubrir gastos ocasionados por estancias temporales en residencias asistidas y centros de día y noche (Resolución 10 mayo 2017).

8.- Atención especial se dedica a la asistencia social, consistente en la prestación por MUFACE de los servicios y auxilios económicos precisos para atender los estados y situaciones de necesidad en los que pudieran encontrarse los causantes, siempre y cuando éstos carezcan de recursos suficientes<sup>25</sup>. Comprende ayudas por tratamientos en intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, cuando no estén cubiertos por la prestación de asistencia sanitaria; por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en supuestos concretos; por gastos de carácter urgente en casos de importancia extraordinaria debidamente justificados; y por cualesquiera otras causas análogas cuya percepción no haya sido regulada en las normas aplicables a este régimen especial (arts. 137 a 139 Real Decreto 375/2003).

9.- Los mutualistas pueden lucrar también de otro tipo de ayudas como becas de estudio (Resolución de 23 de mayo de 2016).

10.- En fin, también tutela el Mutualismo la contingencia de incapacidad temporal, que atiende la imposibilidad transitoria de prestación de servicios consecuencia de un proceso patológico por enfermedad, común o profesional, o por accidente, sea o no en acto de servicio, siempre y cuando el funcionario reciba asistencia sanitaria para su recuperación facilitada por MUFACE (art. 88 Real Decreto 375/2003). Además, como especialidades más destacadas que exigen una reflexión más detenida, cabe mencionar las dos siguientes: de un lado, es necesario que concurra un requisito adicional *sine qua non*, cual es el de haber obtenido una licencia por enfermedad de acuerdo con el procedimiento establecido tras la presentación del pertinente parte médico justificativo<sup>26</sup>. De otro, en cuanto a la contraprestación económica, el art. 9 Real Decreto Ley 20/2012 establece que los funcionarios adscritos a los regímenes especiales de Seguridad Social gestionados por el Mutualismo administrativo no podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios incluidos en el régimen general, limitando, al tiempo, las mejoras voluntarias de esta situación.

## 5. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN Y COMPLEMENTOS ECONÓMICOS

Según el art. 171 TRLGSS, el montante de la prestación por incapacidad temporal consiste, para el régimen general, en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, diferente según el origen común o profesional de la contingencia<sup>27</sup>: en el

<sup>25</sup> STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla-La Mancha 18 mayo 2009 (JUR 2009, 281089).

<sup>26</sup> STS, Cont.-Admtivo., 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 7899).

<sup>27</sup> Si deriva de contingencias comunes, la base reguladora es el resultado de dividir la base de cotización (remuneraciones devengadas en el mes anterior al hecho causante, congeladas en junio de 2010 para los empleados que prestaban servicios en esa fecha) por el número de días a que dicha cotización se refiere (30 si el salario es mensual, 30, 31, 28 ó 29 si el salario es diario). Si proviene de contingencias profesionales, la base reguladora se obtiene de la adición de dos sumandos: la base de cotización por contingencias profesionales del (...)

primer supuesto será del 60 por 100 desde el cuarto al vigésimo día, pasando después al 75 por 100, mientras en el segundo será del 75 por 100 desde el inicio. Para lucrar el derecho al auxilio económico, el beneficiario debe de acreditar un período de carencia de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante si se trata de enfermedad común, sin exigirse ningún tipo de aportación previa cuando haya acaecido un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional (art. 172 TRLGSS)<sup>28</sup>.

El empleador queda obligado, así, a abonar la prestación desde el día cuarto al décimo quinto (esto es, los 12 primeros días) si se trata de contingencias comunes<sup>29</sup> y el mismo día de la baja si se trata de contingencias profesionales. Igualmente, con el fin de agilizar el efectivo abono o dispensación inmediata del subsidio, el art. 102 c) TRLGSS sienta que las empresas están obligadas a pagar a los trabajadores la prestación económica por incapacidad temporal a cargo de la Entidad gestora o colaboradora como pago delegado, compensándose su importe en la liquidación de las cotizaciones sociales que deben ingresar<sup>30</sup>. Por tanto, mediante esta fórmula se descentraliza de una manera imperativa en las empresas, cualquiera que sea el número de trabajadores, el pago de la contingencia para posteriormente serle reintegrado en la misma cuantía económica, de modo que en ningún momento la Entidad Gestora o colaboradora pierda su condición de sujeto obligado y responsable del pago. Esta colaboración obligatoria comprenderá tanto a las incapacidades temporales derivadas de accidente no laboral y enfermedad común, como a las provenientes de causas profesionales. Así pues, comenzará el pago de la prestación cuando se trate de riesgos comunes a partir del décimo sexto día de la baja y si se trata de contingencias profesionales (incluido el período de observación por enfermedades profesionales), al día siguiente de la concesión del parte médico de baja.

Por su parte, en virtud de lo previsto en el, actualmente derogado art. 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, “las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos”. Esta previsión, de aplicación a todos los funcionarios públicos, incorporada con posterioridad en el art. 21.1 Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, ha sido derogada por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Frente al régimen anterior que atribuía a los funcionarios el 100 por 100 de sus retribuciones durante los tres primeros meses de incapacidad temporal, el art. 9 Real Decreto Ley 20/2012, de aplicación exclusiva al personal al servicio de las Administraciones

---

mes anterior, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponde dicha cotización, junto a la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior, dividida entre 365 días. PÉREZ ALONSO, M.A.: “La protección del empleado público encuadrado en el régimen general de la Seguridad Social”, en AA.VV. (PÉREZ ALONSO, M.A.; BELANDO GARÍN, B. y FABREGAT MOFORT, G., Dirs.): *Derecho del empleo público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pág. 249.

<sup>28</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada (Comares), 2014, pp. 129 y ss.

<sup>29</sup> Si no lo hiciera, la Mutua colaboradora en la gestión o el INSS deben anticipar el pago sin perjuicio de repetir contra la empresa responsable.

<sup>30</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, cit., pág. 324.

Públicas, pero no a los otros entes del sector público empresarial o fundacional<sup>31</sup>, establece un régimen de habilitación a dichas Administraciones para que, con claros límites, puedan complementar las situaciones de incapacidad temporal con diferentes porcentajes, atendiendo al concreto régimen de Seguridad Social afectado, sea el general, sean los especiales. No se asegura así una disposición uniforme para todos los empleados públicos de los diferentes ámbitos administrativos, sino que otorga libertad para que fijar parámetros de complemento diferentes (art. 9.5)<sup>32</sup>.

Por lo que se refiere a los funcionarios incluidos en el régimen general de la Seguridad Social, el cuadro de limitaciones resultante es el siguiente<sup>33</sup>:

a) Bajas de incapacidad temporal comunes inferiores a 4 días (por tanto, 3 como máximo): se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar un máximo del 50 por 100 de las retribuciones que se perciban en el mes anterior –básicas y complementarias–.

b) Bajas de incapacidad temporal comunes de 4 a 20 días ambos inclusive: el complemento retributivo podrá alcanzar el 75 por 100 de las retribuciones –recuérdese que la prestación de Seguridad Social llega al 60 por 100 de la base reguladora–.

c) Bajas de incapacidad temporal comunes de 21 a 90 días, ambos inclusive: el complemento de la prestación podrá alcanzar hasta el 100 por 100 de la retribución mensual superior.

d) Bajas de incapacidad temporal por contingencias profesionales independientemente de su duración: se puede complementar hasta el 100 por 100.

De otra parte, cabe aclarar que si se tratase de bajas por contingencias comunes en el régimen del mutualismo administrativo, no hay complemento sino pago directo de las retribuciones por cada Administración, estableciendo los mismos porcentajes y tramos que para el régimen general, de modo que durante los tres primeros días el funcionario al servicio de la Administración recibirá el 50 por 100 de las retribuciones, del 4º hasta el 20º, el 75 por 100 y a partir del día 21º, el 100 por 100. Si se trata de contingencias profesionales, se podrá reconocer una prestación equivalente al 100 por 100 de las retribuciones que vinieran percibiendo el mes anterior<sup>34</sup>.

A partir del nonagésimo día, el funcionario protegido por MUFACE tendrá derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo, por su unidad pagadora y un subsidio complementario a cargo de la Mutualidad, de cuantía fija e invariable, que será la mayor de las siguientes cantidades (art. 94 Real Decreto 375/2003): bien el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso) incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia, bien el 75 por 100

<sup>31</sup> STS, Social, 15 marzo 2017 (RJ 2017, 74357).

<sup>32</sup> Cabe hacer referencia a modo de ejemplo a los Decretos Leyes 2/2012 y 2/2013, de la Generalitat de Cataluña.

<sup>33</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “De la flexibilidad laboral al ajuste social total: lo que el austeritario Real Decreto Ley 20/2012 se llevó, de momento”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 356, 2012, pág. 61.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Empleo público y Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012, pág. 190.

de las retribuciones devengadas en el tercer mes de licencia (art. 96 Real Decreto 375/2003)<sup>35</sup>. La concesión de ese subsidio exige que el beneficiario haya cubierto un período de 6 meses de cotización, salvo cuando la incapacidad temporal se haya producido por acto de servicio o enfermedad profesional<sup>36</sup>.

Como cláusula de cierre, se admite que cada Administración Pública determine la posibilidad de establecer, de forma excepcional, un complemento hasta alcanzar el 100 por 100 de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento, considerándose en todo caso debidamente justificados los supuestos de intervención quirúrgica u hospitalización.

En esta línea, algunas Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales han fijado el complemento del 100 por 100 en relación con las enfermedades graves, recogidas en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Aragón o la Diputación de Badajoz. E incluso –en lo que es un mero ejemplo– el Ayuntamiento de Cabrils (Barcelona) incluye a las enfermedades contagiosas previstas en el Real Decreto 2210/1995. También, tanto el Estado como el resto de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales han fijado el complemento del 100 por 100 en los casos de bajas por embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, violencia de género o enfermedades graves sin hospitalización.

La Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado, en su disposición adicional trigésima octava, establece una regla conforme a la cual la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal comportará, en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones públicas, “la aplicación del descuento en nómina previsto para la incapacidad temporal” salvo los supuestos recogidos en la disposición adicional 38ª respecto de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal donde se permiten cuatro días de ausencia de enfermedad o accidente en el año natural sin descuento alguno.

## 6. DIVERSIDAD DE ÓRGANOS DE CONTROL

Dentro de las contingencias protegidas por la Seguridad Social, es la incapacidad temporal la que presenta en el régimen general una mayor complejidad de gestión, ya que son varios los actores que inciden: la entidad gestora (INSS); la entidad colaboradora (Mutua o empresa); y los correspondientes organismos sanitarios (Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o Instituto Nacional de Gestión Sanitaria), en cuanto que la prestación aquí analizada guarda relación con una pérdida de salud que incapacita al trabajador, de forma temporal, para la realización de su trabajo, situación que ocasiona a su vez la privación del salario, a cuya sustitución se dirige la correspondiente ayuda económica de la Seguridad Social.

<sup>35</sup> STSJ, Cont-AdmTivo, Andalucía/Málaga 11 julio 2012 (JUR 2013/295992).

<sup>36</sup> MADRID YAGÜE, P.: “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 art. 20 del Real Decreto 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*, núm. 154, 2012, pág. 145.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 83 TRLGSS y en el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, esta imbricación plurisubjetiva no distingue en función de la naturaleza pública o privada del sujeto que actúa como empresario, de modo que también las Administraciones van a poder decidir la atribución de la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes al INSS o a una Mutua si de funcionarios incluidos en el régimen general se trata, suscribiendo en este último caso un convenio de asociación que garantice una selección ajustada a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos, asegurando al tiempo la eficiente utilización de los fondos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, tal y como prevé el art. 1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)<sup>37</sup>.

Mucho más sencilla es la gestión de la situación de incapacidad temporal de los funcionarios protegidos por MUFACE, pues atendiendo a lo dispuesto en la Orden de 30 de junio de 2010 el proceso se inicia con el parte médico a cargo de la entidad correspondiente o del Servicio Público al que se encuentre adscrito el funcionario, que deberá ser presentado dentro de los cuatro días hábiles siguientes al órgano competente en materia de personal, circunstancia que conlleva implícita la solicitud de la concesión de la licencia inicial y de las sucesivas prórrogas. Una vez recibido el parte médico inicial o de confirmación de la baja, el órgano de personal dispondrá lo conveniente en cuanto a la concesión de la licencia inicial y de sus prórrogas, contando con posibilidades de asesoramiento a través de las unidades médicas correspondientes. Si de estos informes de reconocimiento, el resultado fuera desfavorable para la continuidad de la licencia, el órgano de personal declarará su extinción y se lo comunicará al mutualista para que se incorpore al puesto de trabajo (art. 8). En todo caso, en aquellas situaciones de incapacidad temporal en las que se deniegue la licencia por existir contradicción entre el parte de baja y el sentido del informe emitido por las unidades médicas que dependan o presten su colaboración con el órgano de personal competente para expedir la licencia, el mutualista podrá pedir, en el plazo de 10 días y con comunicación a dicho órgano de personal, una valoración del caso a su instancia por las unidades médicas de seguimiento. El resultado de esta valoración tendrá carácter vinculante para la nueva resolución a dictar por el órgano de personal, la cual confirmará la denegación de la licencia o revocará la resolución inicial, procediendo a conceder el asueto con la misma fecha de efectos de la resolución revocada (Orden de 30 de junio de 2010). Por Resolución de 25 de enero de 2017, se publica el acuerdo de encomienda de gestión entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Nacional de la Seguridad Social para la realización determinados reconocimientos médicos de los mutualistas a efectos de seguimiento de esta situación.

Tal control tendrá lugar en los siguientes supuestos: 1. Procesos cuya duración supere los tiempos óptimos especificados para cada patología en los protocolos técnicos utilizados por el INSS o elaborados expresamente por la Mutualidad. 2. Cuando el mutualista solicite expresamente a MUFACE una valoración de su situación, tras serle denegada su solicitud de

---

<sup>37</sup> Informe 23/2009, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

licencia por enfermedad por existir contradicción entre el parte de enfermedad y el sentido del informe emitido por las unidades médicas que dependen o presten su colaboración con el órgano de personal competente para expedir la licencia. 3. Cuando el respectivo órgano de personal solicite a MUFACE el control de una situación determinada, con o sin estudio de recaída asociado. 4. Cuando exista cualquier otro proceso de incapacidad temporal en que se haya emitido el informe de ratificación del décimo mes y antes del cumplimiento del duodécimo mes desde el inicio de la misma, a los efectos de la concesión de la prórroga más allá del plazo de 365 días. 5. Cuando exista cualquier otro proceso de incapacidad temporal en que se haya emitido el informe de ratificación del decimosexto mes y antes del cumplimiento del decimoctavo mes desde el inicio de la misma, a los efectos de la concesión de la prórroga más allá del plazo de 545 días.

Por una parte, si se trata de funcionarios incluidos en el régimen general, el tradicional reparto de papeles entre el área sanitaria (que certifica la incapacidad del trabajador para realizar su trabajo a causa de su estado de salud o, al contrario, la recuperación de dicha capacidad) y el área de gestión económica (que verifica el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para el acceso a la ayuda económica, reconoce la misma, procede a su abono y efectúa controles de gestión en la evolución de aquélla) es mucho más acusada, conociendo una progresiva retirada de las funciones de los entes sanitarios y una mayor presencia de las entidades responsables del reconocimiento y pago de la prestación, quienes, además de las funciones que tradicionalmente habían venido llevando a cabo, incorporan otras relativas a la verificación de si el estado de salud del trabajador, cualquiera que éste sea, incide en la capacidad laboral<sup>38</sup>.

El parte médico de baja es, igual que para los mutualistas, el acto que origina el comienzo de la situación de incapacidad temporal y su emisión justificará las ausencias (Real Decreto 625/2014, de 18 de julio). Hay que tener en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, la emisión de la baja médica procede de un facultativo del Servicio Público de Salud en una entrevista para la que cuenta con un tiempo reducido, dada la presión asistencial de los centros sanitarios, donde se atiende no sólo a los trabajadores, sino también a pensionistas, desempleados y, en general, a toda la población susceptible de ser tratada sanitariamente; con una imposibilidad objetiva para acceder de inmediato a pruebas diagnósticas básicas –radiografías, análisis de sangre y de orina, resonancias magnéticas, etc.–, lo que motivará en muchos casos la concesión “preventiva” de la baja médica, desconociendo las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo, y atendiendo exclusivamente a las manifestaciones del propio beneficiario, a lo que hay que unir la limitación propia de la falta de formación académica específica en la valoración funcional del daño corporal o mental en su relación con el trabajo<sup>39</sup>. Ante tales deficiencias, no puede extrañar que, a lo largo de los últimos años, la Entidad Gestora, mediante concertos con los diferentes Servicios Públicos de Salud Autonómicos, haya colaborado a financiar la mejora en la comunicación informática de estos partes, mediante la dotación de recursos electrónicos en las consultas de los facultativos y la agilización en la remisión de los datos, idea sobre la que insisten el Real Decreto 625/2014 y la Orden 1187/2015, que establecen además unas tablas

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 118, 2013, pp.

<sup>39</sup> SALAS BAENA, A.: “El control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2012, pág. 14.

de duración óptima de los procesos patológicos en función del diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador<sup>40</sup>.

## 7. COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS RESPECTO DE LOS FUNCIONARIOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL

Si la incapacidad temporal que sufre un funcionario incluido en el régimen general deriva de contingencia profesional, asegurada con una Mutua, la emisión de los partes de baja y de alta corresponde a los médicos de la misma, con la salvedad de que transcurridos los primeros 365 días, el parte de alta pasa a ser competencia exclusiva del INSS (art. 170.2 TRLGSS). Esta matización al margen, la competencia plena de la Mutua durante dicho período inicial para determinar tanto el comienzo como el final de la protección por incapacidad temporal y, consecuentemente, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo, de modo que los correspondientes partes de baja, de confirmación de la baja o de alta, serán expedidos por los servicios médicos de la propia Mutua<sup>41</sup>.

Hay que tener en cuenta que estas entidades colaboradoras cuentan con una red asistencial muy amplia y cercana a los centros de trabajo donde se producen las contingencias profesionales, al tiempo que sus servicios sanitarios están altamente especializados en el tratamiento y curación de las patologías (principalmente músculo-esqueléticas) que sufren normalmente los trabajadores, razón por la cual, aun tratándose de los mismos pacientes y dolencias, los procesos de incapacidad temporal suelen tener una duración mucho menor cuando son asistidos por los servicios médicos de las Mutuas que cuando lo son por los Servicios Públicos de Salud. Sin duda, en ello incide el mayor conocimiento por parte de los facultativos de las Mutuas de las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo que desarrolla el paciente, así como la habitual y más fluida coordinación de estas entidades colaboradoras con las empresas para facilitar la reincorporación paulatina al puesto de trabajo o, incluso, su traslado a otro compatible con la situación del trabajador, de forma temporal o permanente, siendo también indiscutible la ventaja de poder contar con la posibilidad de utilizar recursos diagnósticos y quirúrgicos sin las listas de espera que sufren los Servicios Públicos de Salud y la disponibilidad desde un primer momento de las

---

<sup>40</sup> Hasta la promulgación del Real Decreto 625/2014, conforme a las previsiones de la Orden de 19 de junio de 1997, el primer parte de confirmación se debía expedir al cuarto día del inicio de la baja, y los sucesivos cada siete días, contados a partir del primer parte de confirmación. Con la reforma, la emisión de los partes de baja y de confirmación se agrupa en cuatro supuestos: Hasta cinco días naturales de baja estimada, se debe emitir el parte de baja y de alta en la misma visita médica. Entre cinco y treinta días naturales de baja estimada, el primer parte de baja se extiende para siete días como máximo y en la fecha de revisión se extenderá el parte de alta o el primero de confirmación de la baja médica, y los siguientes partes de confirmación, en su caso, no podrán entregarse con una diferencia de más de veintiocho días naturales entre sí. En procesos de duración estimada de sesenta y uno o más días naturales, el primer parte de baja se extiende para catorce días naturales como máximo y los partes de confirmación a partir del segundo, si son necesarios, con una diferencia que no exceda de más de treinta y cinco días entre sí. En fin, el último parte de confirmación deberá emitirse antes del agotamiento de los 365 días. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “La regulación de la gestión y el control de la incapacidad temporal en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2014, (BIB 2014/33358), pág. 5.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, pág. 97.

infraestructuras rehabilitadoras con las que suelen estar dotados la mayor parte de los centros asistenciales de las Mutuas<sup>42</sup>.

A diferencia del supuesto anterior, estas entidades colaboradoras deberán conformarse con efectuar meras propuestas motivadas de alta cuando se trate de contingencias comunes aseguradas con las Mutuas, propuestas a formular primero ante el Servicio Público de Salud, cuyos facultativos han de pronunciarse bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la indicación a través de la expedición del correspondiente parte de alta. En el caso de confirmación de la baja, la Inspección médica del Servicio Público de Salud trasladará a la Mutua el informe con el diagnóstico, tratamiento, causas de discrepancia y atenciones y controles médicos en el plazo máximo de 5 días (art. 6.2 Real Decreto 625/2014). Cuando la propuesta de alta no fuese resuelta y notificada en el citado plazo de 5 días, la Mutua podrá solicitar, de nuevo, el alta al INSS, que resolverá en el plazo de 4 días, estimando la propuesta, con la emisión del alta, o denegándola, en cuyo caso, acompañará informe médico motivado que la justifique. La estimación de la propuesta de alta dará lugar a que la Mutua notifique la extinción del derecho al trabajador y a la empresa, señalando la fecha de efectos de la misma. En el supuesto de que la Inspección Médica considere necesario citar al trabajador para revisión, ésta se realizará dentro del anterior plazo de 5 días. En caso de incomparecencia del trabajador, se comunicará tal circunstancia a la Mutua, que dispondrá de 4 días para comprobar si la inasistencia fue justificada, suspendiendo el pago del subsidio o extinguiéndolo si la considera injustificada. Si el trabajador justifica la ausencia, la Mutua acordará levantar la suspensión y le repondrá el derecho al subsidio. Cuando la Inspección Médica hubiera desestimado la propuesta de alta formulada por la Mutua o bien no conteste a la misma en tiempo y forma, ésta podrá solicitar la emisión del parte de alta al INSS. En ambos casos, el plazo para resolver la solicitud será de 4 días (art. 82 TRLGSS).

Ahora bien, esta distinción en el rol a asumir por las Mutuas en atención al carácter común o profesional del riesgo se difumina en la realidad porque puede obtener, tras el alta inicial expedida por la Mutua respecto a una incapacidad temporal por contingencia profesional, una baja posterior (estratégica) del Servicio Público de Salud, que inicialmente (y a salvo posterior recalificación por el INSS) lo sería por contingencia común aún tratándose de las mismas secuelas, a partir de la cual la Administración debe asumir serios problemas organizativos derivados de la situación de un trabajador que por decisión de la entidad colaboradora debe reincorporarse a su puesto de trabajo pero que, sin embargo, no lo hace con el aval de una decisión de su médico de cabecera, que debe ser comunicada por la empresa a la entidad colaboradora<sup>43</sup>.

En estas condiciones en las que simultánea o sucesivamente tenga lugar un alta médica por contingencias profesionales (expedida por la Mutua) y una baja médica por contingencias comunes (expedida por los Servicios Públicos de Salud), y dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional 19ª Ley 40/2007, el Real Decreto 1430/2009, modificado por el Real Decreto 625/2014, incorpora un procedimiento administrativo de revisión ante el INSS de las altas que expiden las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, facultando expresamente

<sup>42</sup> SALAS BAENA, A.: “El control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2012, pág. 29.

<sup>43</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, pág. 2.

al organismo gestor de la Seguridad Social a tal fin, teniendo su resolución naturaleza de reclamación administrativa previa a la demanda judicial (art. 4.1). En este caso, esto es, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y se conociera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional de un funcionario incluido en el régimen general en el que se hubiera emitido un alta médica, el Servicio Público de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, al de la notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento, comunicándose a la Entidad Gestora competente la existencia de los procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados (art. 4.5 Real Decreto 1430/2009).

El procedimiento aquí indicado tiene un triple límite subjetivo, objetivo y temporal: 1) se circunscribe a los partes médicos de alta emitidos por las Mutuas y entidades colaboradoras, excluyendo los expedidos por los médicos de los Servicios Públicos de Salud; 2) se ciñe a los partes médicos de alta derivados de contingencias profesionales, excluyendo las contingencias comunes; 3) solo opera durante los doce primeros meses de incapacidad temporal<sup>44</sup>.

Es el funcionario incluido en el régimen general el legitimado para presentar ante el INSS la solicitud de revisión del alta emitida por la Mutua dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, sin que quepa la revisión de oficio y sin que la Administración tenga en ningún momento la condición de interesado, y ello a pesar de que resulta directamente afectada por el alta médica expedida por la Mutua o, dicho de otra manera, sufre las consecuencias de un alta médica indebida que le obliga a dar trabajo al afectado aunque no esté en condiciones de prestar servicios<sup>45</sup>. La solicitud conlleva la prórroga de la situación de incapacidad temporal con todos los efectos asociados, incluidos lógicamente el abono delegado de la prestación por parte de la Administración y el mantenimiento de la suspensión contractual, mientras que su presentación extemporánea determina que la resolución administrativa sea denegatoria y, con ello, dicha alta médica emitida por la Mutua adquiere efectos desde la fecha de su emisión, manteniéndose la suspensión del contrato simplemente durante 4 días o durante 11 si opta por interponer directamente reclamación previa a la vía judicial (art. 71.3 LRJS). Además, el trabajador debe reintegrar las prestaciones percibidas durante el transcurso de la prórroga si el INSS confirma la decisión de la Mutua o fija una nueva fecha de extinción de la incapacidad temporal (art. 4.8), medidas que inciden directamente –permítase la reiteración– en la esfera de la contención del gasto, pero carecen de repercusiones en el ámbito de la organización empresarial de un tiempo que debiendo haber sido trabajado no lo fue y además durante su transcurso el empresario ha ingresado las cuotas correspondientes<sup>46</sup>.

Aun cuando el procedimiento administrativo de revisión es preferente, tal y como señala el art. 4.1.2º Real Decreto 1430/2009, la celeridad buscada puede verse empañada por defectos atribuibles al propio interesado, abriéndose el trámite de subsanación de 10 días

<sup>44</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.M.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 30.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 2679.

<sup>46</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 3.

cuando la documentación resultara incompleta. Presentada en tiempo y forma la misma, el INSS debe comunicar a la Mutua el inicio de dicho procedimiento para que ésta aporte en el plazo de 4 días hábiles los antecedentes e informe sobre los extremos que motivaron la emisión del alta. La Mutua puede no atender este requerimiento, resolviendo el INSS en función de la documentación presentada por el interesado. La Mutua puede pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la Entidad Gestora (art. 4.4 Real Decreto 1430/2009, modificado por el Real Decreto 625/2014).

La resolución del INSS debe dictarse, además, previo informe preceptivo pero no vinculante del Equipo de Valoración de Incapacidades, en el plazo de 15 días hábiles, determinando la fecha y efectos del alta médica con el oportuno reintegro de las prestaciones económicas percibidas o el mantenimiento de la baja médica, calificando en su caso la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal así como la improcedencia o nulidad de eventuales bajas emitidas por el Servicio Público de Salud durante la tramitación de este procedimiento. La resolución del INSS tiene el valor de resolución de la reclamación previa al ejercicio de la acción procesal en el orden social<sup>47</sup>, pudiendo impugnarse, a su vez, en vía judicial, en cuyo caso el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tendrá recurso, se dictará en el plazo de 3 días [art. 140.3 c) LRJS]. Si el pronunciamiento judicial invalida el alta de la Mutua por considerarla indebida, las posibles bajas estratégicas deberán ser tenidas por inexistentes, correspondiendo a la Mutua que expidió el alta abonar la prestación económica de la incapacidad temporal que sigue teniendo carácter profesional. En cambio, si convalida el alta de la Mutua, no puede entrar a valorar la procedencia de eventuales bajas estratégicas, cosa que sí ha podido hacer el INSS en el marco del procedimiento administrativo previo. La inseguridad en la que queda la Administración durante estos períodos es, pues, absoluta. De ahí el interés en controlar la veracidad de las ausencias amparadas en una incapacidad temporal.

## 8. DURACIÓN

La situación de incapacidad temporal es siempre transitoria o de corta extensión temporal, existiendo unos límites legales claros, coincidentes para las cuatro causas productoras de la situación de necesidad objeto de cobertura (accidente de trabajo, enfermedad profesional, patología común o accidente no laboral). Una de las cuestiones que la caracterizan es la convicción médica de que la afección no es permanente, sino que es susceptible de superación recobrando la capacidad o, como mínimo, experimentando mejoría con la asistencia sanitaria adecuada. En el momento en el cual el diagnóstico médico cambia y resulta claro que la sanación no es posible, y que las lesiones, enfermedades o secuelas son previsiblemente estables, ya no se trata de una indisposición temporal, sino de incapacidad

---

<sup>47</sup> PINTO PABÓN, B.: “La protección de la incapacidad temporal y permanente y de la muerte por enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV. (BARCELÓN COBEDO, S. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dirs.): *Las enfermedades profesionales*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017, pp. 260 y ss.

permanente<sup>48</sup> al haberse agotado los medios y procedimientos necesarios para restablecer la salud, en cuanto que el estado de indisposición ha quedado definitivamente consolidado<sup>49</sup>.

Es más, teniendo en cuenta que sobre esta prestación que siempre ha existido una sospecha de fraude en su obtención o prolongación, avalada, además, por la estadística, pues el porcentaje de simulaciones supera el 23 por 100 (apreciándose como patologías más susceptibles de engaño los trastornos mentales junto con cervicalgias o lumbalgias), de modo que el gasto duplica el de las prestaciones no contributivas y triplica el de las familiares con un presupuesto de 5.397 millones<sup>50</sup>, no puede extrañar que el legislador haya intentado reforzar el sistema de supervisión de las bajas, distinguiendo dos momentos: antes de los 365 días y después de este parámetro.

Desde tales perspectivas procede desgranar los siguientes supuestos, cuya extensión temporal es común para mutualistas y funcionarios incluidos en el régimen general (art. 92 Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo), pero, como ya es de sobra conocido, las mayores complejidades se producen cuando se trata del segundo colectivo.

### 8.1. Máxima

Como generalmente, al inicio de la situación, no va a poder asegurarse si la misma tiene o no carácter definitivo ni cuánto va a durar, el art. 169 TRLGSS mantiene la situación provisional, a medida que continúe dicha incapacidad, durante 365 días, salvo que antes se manifieste su irreversibilidad, en cuyo caso la incapacidad temporal se extingue, dando paso a una incapacidad permanente si concurren los requisitos para ello.

En los supuestos en los que, sin haber agotado el plazo máximo de la incapacidad temporal (365 días), los servicios médicos o la inspección médica emitan un alta con informe propuesta de incapacidad permanente, los efectos de la incapacidad temporal se prorrogan, por tanto el empleado mantiene el derecho al cobro del subsidio en la modalidad que corresponda, de pago delegado o de pago directo, y se mantiene la obligación de cotizar. Este derecho se alarga únicamente cuando el informe propuesta sea de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez. Sin embargo, no se prorrogan los efectos de la incapacidad temporal y queda, por tanto, extinguida cuando la propuesta sea de calificación de lesiones permanentes no invalidantes<sup>51</sup> o de incapacidad permanente parcial<sup>52</sup>.

Como no podía ser de otra manera, la terminación de un expediente sobre incapacidad permanente denegando el reconocimiento de ésta, en modo alguno debe dar lugar a la extinción del subsidio derivado de la incapacidad temporal si sigue cumpliendo los requisitos, pues el art. 174.2 TRLGSS únicamente entra en juego para el supuesto de que la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo de su duración, pero no para el supuesto en el que el trabajador no haya agotado dicho plazo

<sup>48</sup> SSTS, Social, 24 de noviembre 1998 (RJ 1998, 10031) y 6 noviembre 2000 (RJ 2000, 9633).

<sup>49</sup> STS, Social, 14 marzo 2007 (RJ 2007, 4996).

<sup>50</sup> GONZÁLEZ PAÍS, C.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y BLANCO FERNÁNDEZ, S.: “Despidos disciplinarios por fraude en incapacidades temporales: ¿qué simulamos y por qué?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, pág. 75.

<sup>51</sup> STS, Social, 5 marzo 1999 (RJ 1999, 2065).

<sup>52</sup> STS, Social, 26 octubre 1999 (RJ 1999, 7555).

máximo<sup>53</sup>. En la hipótesis en la cual, sin haber agotado el plazo máximo fijado por el art. 174.2 TRLGSS, el funcionario hubiese sido reconocido y calificado como incapacitado permanente pero le hubiese sido denegada la prestación por no acreditar la carencia necesaria, el derecho a continuar en situación de incapacidad temporal permanece mientras el beneficiario se encuentra incapacitado para el trabajo y recibiendo asistencia sanitaria, puesto que no concurre causa alguna de extinción ya que la denegación de la prestación de incapacidad permanente no se encuentra entre las taxativamente relacionadas en el art. 174.1 TRLGSS<sup>54</sup>.

Por su parte, si se tratase de mutualistas, en cualquier momento que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, el órgano de jubilación competente iniciará de oficio o a instancia del interesado el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (art. 20.3 Real Decreto Legislativo 4/2000)<sup>55</sup>, acompañado de la percepción de una pensión a cargo del régimen de clases pasivas, siempre que el interesado venga afectado por una “lesión derivada de proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta irreversibilidad, que le imposibilite 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 [art. 28.2 c) LCPE]<sup>56</sup>. Esta pensión se calcula igual que la ordinaria de jubilación por edad, con la particularidad de que cuando la incapacidad permanente se produce estando el funcionario en servicio activo o situación equiparable, se considerarán como servicios efectivos, además de los acreditados hasta ese momento, los años completos que resten al funcionario para cumplir la edad de jubilación, entendiéndose estos como prestados en el cuerpo, plaza, escala, empleo o categoría en que figura inscrito en el momento de producirse el cese<sup>57</sup>. No obstante, a partir del 1 de enero de 2009, cuando en el momento de producirse el hecho causante, el interesado acredite menos de 20 años de servicios y la incapacidad no le inhabilitara para toda profesión u oficio, la cuantía de la pensión ordinaria de jubilación se reducirá en un 5 por 100 por cada año completo de servicio que le falta hasta cumplir los 20 años de dedicación, con un máximo del 25 por 100 para quienes acrediten 15 o menos anualidades. Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión y antes del cumplimiento de la edad de jubilación se produjera un agravamiento de la enfermedad o lesiones del interesado de manera que le inhabilitaran para el desempeño de toda profesión u oficio, podrá solicitar el incremento de la cuantía hasta el 100 por 100 de la que le hubiera correspondido<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> STS, Social, 21 julio 2011 (RJ 2011, 6821).

<sup>54</sup> STS, Social, 22 noviembre 2005 (RJ 2006, 450).

<sup>55</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: “La acción protectora del régimen de clases pasivas del Estado y del régimen especial de funcionarios civiles del Estado, pensiones por jubilación o retiro. Prestaciones de incapacidad temporal”, en AA.VV. (PÉREZ ALONSO, M.A.; BELANDO GARÍN, B. y FABREGAT MONFORT, G., Dirs.): *Derecho del Empleo Público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pág. 321.

<sup>56</sup> DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración civil del Estado*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pp. 41 y ss.

<sup>57</sup> LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: “La jubilación por incapacidad de los funcionarios de los organismos autónomos”, *Documentación Administrativa*, núm. 203, 1985, pág. 33.

<sup>58</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Gran invalidez de derecho del trabajo: paradojas del derecho de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pág. 55.

## 8.2. Prórrogas

Teniendo en cuenta la remisión que el mutualismo administrativo hace al régimen general en cuanto a la duración de la incapacidad temporal, transcurridos los 365 días indicados sin que la incapacidad haya desaparecido ni se haya manifestado como permanente, podrá prorrogarse la incapacidad temporal, bien teniendo en cuenta la posibilidad de recuperación o bien con objeto de tutelar los períodos de tiempo que transcurren desde el agotamiento del plazo máximo hasta la calificación como incapacitado permanente, pretendiendo evitar períodos de desprotección. Así, a tenor del art. 169 TRLGSS, cabe prolongar la duración máxima de la incapacidad temporal por 180 días más cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación, esto es, por la desaparición de la dolencia o de su efecto incapacitante. Si esta presunción no concurre, no cabrá la prórroga y la contingencia habrá de considerarse extinguida por el transcurso del plazo de duración ordinario, incluso aunque subsista la incapacidad, abriéndose en este caso las puertas de la calificación como permanente (arts. 174.1 y 2 TRLGSS). La duración total, incluida la prórroga, es de 545 días desde el primero de la incapacidad<sup>59</sup>.

Si el trabajador incapacitado no hubiese sido dado de alta durante el período de prórroga expresa reconocido, una vez agotado el plazo de 545 días (365 iniciales más 180 de prórroga), de conformidad con lo previsto en el art. 174.2 TRLGSS, la obligación subsiguiente consistirá en examinar “necesariamente, en el plazo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda”. Es decir, se impone a la Entidad Gestora el deber de calificar el grado de incapacidad antes de que transcurran 635 días (545 días más tres meses) desde la baja.

No obstante, en aquellas circunstancias en las que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la posible mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal (art. 174.2 TRLGSS). Este supuesto de prórroga excepcional (hasta 730 días) exige como condiciones para su reconocimiento que el incapacitado continúe con “la necesidad de tratamiento médico”, que exista una “expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador”, que sea previsible su “reincorporación laboral” y que la demora de la calificación sea aconsejable a la vista de la “situación clínica del interesado”.

En ambos casos, examen del incapacitado en el plazo de los tres meses siguientes a los 545 días o prórroga hasta los 730 días, “los efectos de la incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente” (art. 174. 2 TRLGSS) aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de dicha circunstancia. Como ha señalado el Tribunal Supremo, “esta regla sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la Entidad Gestora, que es la que tiene que realizar la calificación...; no es el trabajador el que ha

---

<sup>59</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “La culminación del nuevo control económico de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 388, 2015, pág. 148.

incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación”<sup>60</sup> La fecha en la que se extingue esta prórroga es, pues, la de la calificación de la incapacidad permanente, no en vano “esta causa de extinción de la prestación es de carácter objetivo, pues se produce por la mera concurrencia de la calificación citada, no teniendo incidencia alguna al respecto los elementos de carácter subjetivo, como pueda ser el conocimiento de tal calificación por el trabajador afectado”<sup>61</sup> en el bien entendido sentido de que el derecho a la percepción del subsidio durante este período de espera o tramitación no está condicionado a que efectivamente se dicte futura resolución de reconocimiento de la incapacidad permanente, sino también cuando ésta sea denegatoria de tal condición<sup>62</sup>. Incluso, es necesario seguir abonando el subsidio de incapacidad temporal hasta la notificación de la resolución administrativa declarando agotada la duración máxima de percepción y simultáneamente el alta médica porque es a partir de dicho instante cuando el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, cuando empezará, en su caso, a lucrar el correspondiente salario<sup>63</sup>.

De todas formas, procede tener en cuenta que la prórroga de efectos de la incapacidad temporal hasta la efectiva calificación de la incapacidad permanente opera siempre y cuando sea favorable al trabajador beneficiario, es decir, si la prestación por esta última contingencia es superior a la que venía percibiendo por la incapacidad temporal prorrogada, tendrá derecho a la correspondiente a la incapacidad permanente. Por el contrario, si es mayor la prestación por incapacidad temporal, ésta se mantendrá hasta la fecha de calificación de la incapacidad permanente (art. 174.2 TRLGSS).

Una vez traspasado el límite de 545 días, la incapacidad temporal deja de reunir algunas de las características específicas que la acompañan, especialmente la de encontrarse de alta en la Seguridad Social y su correlativa cotización durante dicho período (art. 174.2 TRLGSS).

### 8.3. Recaidas

Si se trata de mutualistas, se acoge un concepto muy amplio de recaída, de modo que no se inicia una nueva situación de incapacidad temporal “cuando la licencia ha concluido y vuelva a necesitar asistencia sanitaria y a estar incapacitado para el servicio dentro de un plazo no superior a 180 días naturales desde que se produjo la conclusión de dicha licencia por enfermedad, como consecuencia del proceso patológico que hubiese determinado su anterior incapacidad temporal o de otro derivado del anterior, tras la consiguiente valoración médica” [art. 12 d) Orden de 30 de junio de 2010].

Mayores son las aclaraciones introducidas para los funcionarios protegidos por el régimen general, entendiéndose que existe recaída si, dentro de un proceso patológico de la misma naturaleza, la situación de incapacidad temporal se ve interrumpida por uno o varios períodos de actividad de duración inferior a seis meses, considerando que hay una sola

<sup>60</sup> STS, Social, 1 diciembre 2003 (RJ 2004, 1932).

<sup>61</sup> STS, Social, 20 enero 2000 (RJ 2004, 1932).

<sup>62</sup> SSTS, Social, 3 octubre 2000 (RJ 2000, 8355), 23 noviembre 2011 (RJ 2011, 6677), 6 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3750) y 8 julio 2013 (RJ 2013, 6747).

<sup>63</sup> SSTS, Social, 18 de enero 2012 (RJ 2012, 3624) y 2 diciembre 2014 (RJ 2015, 35).

situación de incapacidad temporal sometida a un único plazo máximo (art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967) por entender que se trata de un período unitario<sup>64</sup>.

Ahora bien, se consideran situaciones de incapacidad temporal distintas si los períodos intermedios de actividad son superiores a seis meses<sup>65</sup> o cuando siendo de duración inferior, se trata claramente de enfermedades que no dan lugar a procesos patológicos de la misma naturaleza, de modo que “cuando las bajas no obedecen a la misma enfermedad, no puede hablarse de recaída sino de procesos nuevos”<sup>66</sup>. Como han reconocido algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>67</sup>, es válido el parte de baja emitido por el médico de cabecera, en un proceso ocurrido sin haber transcurrido seis meses desde que se expidió el parte de alta en un proceso previo causado por una patología totalmente diferente, y que fue cursada por la Inspección Sanitaria<sup>68</sup>. Sin embargo, la competencia corresponde al INSS para declarar una nueva situación de baja, después de extinguido el proceso anterior por agotamiento del plazo máximo, por la misma enfermedad y sin que hayan transcurrido seis meses<sup>69</sup>, entendiendo que la identidad de la patología ha de referirse a la motivadora de la primera baja y no a la intercurrente que en el curso de la misma pudiera haberse producido<sup>70</sup>.

Lógicamente, la decisión denegatoria del INSS respecto de una nueva situación de baja, después de extinguido el proceso patológico anterior por agotamiento del plazo máximo, por la misma enfermedad y sin que hayan transcurrido seis meses, no es discrecional sino que debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la respuesta negativa<sup>71</sup>. Es más, la ausencia de motivación determinaría el abono a quien accede a una nueva situación de baja tras haberse extinguido el proceso anterior por agotamiento del plazo máximo por la misma enfermedad y sin que hayan transcurrido seis meses, al no constar en la resolución administrativa ningún dato objetivo que permitiera justificar la denegación<sup>72</sup>.

Procede parar la atención, por la claridad de sus términos, en un pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>73</sup> que confirma la doctrina anterior relativa a la valoración conjunta de todo el proceso cuando el trabajador recaiga en la misma dolencia sin haberse producido actividad laboral intermedia superior a seis meses, entendiendo que los requisitos exigidos y ostentados a la fecha de la baja inicial “conservan, cuando se produce la segunda baja médica, toda su virtualidad”. En cambio, si el trabajador ha agotado el período máximo de incapacidad temporal por el transcurso de 365 días (incluyendo en su caso la prórroga), y se produce una recidiva, “sólo podrá generarse un nuevo período de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de

<sup>64</sup> STS, Social, 3 julio 2013 (RJ 2013, 5166).

<sup>65</sup> STS, Social, 1 febrero 1999 (RJ 1998, 1143).

<sup>66</sup> SSTS, Social, 7 abril 1998 (RJ 1998, 2691) y 26 septiembre 2001 (RJ 2002, 326).

<sup>67</sup> SSTS, Social, 30 enero 2012 (RJ 2012, 3363) y 7 febrero 2012 (RJ 2012, 4623).

<sup>68</sup> STS, Social, 15 octubre 2013 (RJ 2013, 8487).

<sup>69</sup> SSTS, Social, 23 junio 2009 (RJ 2009, 4428), 13 julio 2009 (RJ 2009, 4690), 23 julio 2010 (RJ 2010, 7287) y 17 marzo 2015 (RJ 2015, 2337).

<sup>70</sup> SSTS, Social, 8 julio 2009 (RJ 2009, 4686), 15 julio 2009 (RJ 2009, 4691), 11 mayo 2010 (RJ 2010, 5242) y 27 junio 2011 (RJ 2011, 6091).

<sup>71</sup> STS, Social, 10 diciembre 2012 (RJ 2013, 1405).

<sup>72</sup> STS, Social, 8 noviembre 2011 (RJ 2012, 1231).

<sup>73</sup> STS, Social, 1 abril 2009 (RJ 2009, 2879).

incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.

En el caso de reanudación de la situación de incapacidad temporal por recaída, existen varias posibilidades de cálculo de la base reguladora: de un lado, estar a la base reguladora inicial del proceso de incapacidad temporal, ya que, en definitiva, la recaída supone reapertura del mismo proceso; de otro, tomar en consideración la base de cotización del mes anterior al de la recaída. Esta cuestión ha sido resuelta también por el Tribunal Supremo, entendiendo que la prestación ha de estar conectada con la situación más cercana a la última baja, que además es el período más próximo por el que se ha cotizado<sup>74</sup>. Si el trabajador no causó derecho al subsidio en una primera incapacidad temporal, porque entonces no disponía de la carencia mínima de 180 días en los cinco últimos años, pero tras una anterior baja médica hubo recaída, con una nueva baja médica, dentro del período de seis meses a partir de aquélla, el Tribunal Supremo entiende que sería contrario al art. 41 CE y a los principios de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social no reconocerle al beneficiario la posibilidad de corregir deficiencias de cotización anteriores<sup>75</sup>.

Como es obvio, si se trata de una incapacidad temporal por diferente patología, por aplicación de los arts. 172 y 173 TRLGSS, los requisitos de alta y carencia se exigen en el momento en que se produzcan cada una de las bajas, por tratarse de períodos de prestación nuevos e independientes. Esto es, si la nueva baja posterior al alta médica tuviera lugar, por una patología distinta a la anterior, o se produjera, una vez transcurridos 180 días desde que acaeciera el alta médica anterior, se aplican las normas generales en materia de bajas médicas. En fin, si el trabajador fuera dado de alta con declaración de incapacidad permanente, siendo posteriormente esta situación revisada por la Entidad Gestora, debiendo retornar a su puesto de trabajo, no es necesario que tenga que haber desempeñado la actividad laboral durante más de seis meses para tener derecho a un nuevo subsidio por incapacidad temporal, pues el INSS acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal (art. 170.3 *in fine* TRLGSS).

---

<sup>74</sup> SSTS, Social, 2 octubre 2003 (RJ 2003, 7375) y 2 julio 2007 (RJ 2007, 5490).

<sup>75</sup> TS, Social, 24 noviembre 1998 (RJ 1998, 10031).



## Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo

### Alteration of the state of health, medical care and health monitoring of workers in temporary disability

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

PROFESOR TITULAR DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

#### Resumen

Se analiza en este trabajo las relaciones entre la asistencia sanitaria y el control médico de la incapacidad temporal, observando las diferentes cuestiones del proceso de incapacidad temporal que tienen relación con la determinación de la aptitud para trabajar por parte del trabajador beneficiario de esta prestación.

#### Abstract

This work analyses the relations between healthcare and health monitoring temporary inability or disability to work due to sickness or injury. Also, this paper examining closely different issues concerning to the administrative procedure of the temporary incapacity benefits and its relations with the way of the suitability requirements for continuing to work by the beneficiary of these social benefits.

#### Palabras clave

incapacidad temporal; fraude; control médico

#### Keywords

temporary disability; fraud; medical monitoring

## 1. INTRODUCCIÓN: EL ABSENTISMO LABORAL Y EL FRAUDE COMO MOTOR DE LAS SUCESIVAS Y ETERNAS REFORMAS EN LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.

Nadie pone en duda que el absentismo laboral es un problema complejo, de difícil tratamiento, por tener numerosos factores relacionados entre sí que impiden alcanzar soluciones sencillas. Las ausencias de los trabajadores en sus puestos de trabajo pueden deberse a causas justificadas o injustificadas<sup>1</sup>. En mi opinión, el verdadero absentismo es el que se produce por motivos injustificados y el mismo tiene una solución diseñada estatutariamente a través del poder disciplinario del empleador. Pero ésta no es la idea de absentismo, al menos respecto de la protección por incapacidad temporal, que ronda en el espíritu de las normas del legislador español desde hace tiempo. Y ello porque la falta de asistencia al trabajo por incapacidad temporal supone un coste importante para la empresa<sup>2</sup> y

<sup>1</sup> Como indicó SALA FRANCO, T., el absentismo laboral puede entenderse en un doble sentido, como “ausencias del trabajador al trabajo”, comprensivas de las “faltas de puntualidad al trabajo” y de las “faltas de asistencia al trabajo”, legalmente justificadas o no (absentismo laboral, propiamente dicho) y como “tiempo de trabajo perdido”, esto es, el trabajador acude a su trabajo pero se dedica a tareas que no guardan relación con su puesto de trabajo, que podrá estar igualmente justificado o no (“absentismo presencial”) en “El absentismo laboral en España y propuestas antiabsentismo desde el punto de vista legal”, *Revista Ius et Praxis*, 1, año 17, 2011, p. 281 y ss,

<sup>2</sup> El coste por la suspensión del contrato de trabajo para la empresa proviene del abono de cotizaciones, mejoras voluntarias colectivamente acordadas y en la disminución de la producción de la empresa por contar con menos (...)

también para las arcas del sistema de Seguridad Social, pero también, en caso de inexistencia de mejoras voluntarias por la negociación colectiva, para el propio trabajador<sup>3</sup>, por lo que, en sí, se pretende por el legislador es la reducción general del tiempo de disfrute de los procesos de incapacidad temporal, sean o no justificados.

Además esta causa de ausencia, la referida a razones de salud es “*el motivo más importante que justifica al trabajador para no acudir al trabajo*”<sup>4</sup> y el que por su carácter inesperado o imprevisible más desajusta a la organización. Así pues, la situación de incapacidad temporal “*genera intereses enfrentados entre el trabajador, el empresario y el sistema de Seguridad Social*”, lo que “*exige un actuar diligente y de buena fe por parte del perjudicado por la alteración de su salud, pero beneficiado por este conjunto de instituciones que tratan de subvenir a lo que debe ser una auténtica situación de necesidad sobrevenida. La buena fe del trabajador debe presidir sus comportamientos en estos periodos de baja, dada la intensidad de la carga pública que su situación genera y la afectación de tan diversos intereses*”<sup>5</sup>.

Desde los años 80 del siglo pasado, el Ministerio de Trabajo ya apuntaba que los problemas de la financiación de estas prestaciones venía derivados del “*fraude que origina tanto por parte de los trabajadores a través de los procesos de incapacidad simulados o prorrogados artificialmente, con la colaboración o connivencia de bajas médicas de complacencia...*”<sup>6</sup>. Así pues, se ha entendido desde hace tiempo que, en general, los trabajadores en situación de incapacidad temporal no actuaban de buena fe, presumiéndose el fraude generalizado<sup>7</sup>. Presumiéndolo, de forma incorrecta a mi entender, en la totalidad de los posibles beneficiarios de las prestaciones<sup>8</sup>. Como dije en su momento<sup>9</sup>, se acompaña, de

---

efectivos o bien en el coste de contratación de un trabajador sustituto, en el lógico caso de querer mantener la productividad de la organización.

<sup>3</sup> En sentido parecido, GARCÍA GONZÁLEZ, F. *Incapacidad temporal por contingencias comunes. Impacto de una intervención en la UVMI de Jaén*, Univ. Jaén, 2015, p. 20.

<sup>4</sup> Como indica CASTEJÓN CASTEJÓN, J. en *El papel de las condiciones de trabajo en la incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral*, Tesis Doctoral UAB, 2002, p. 25, en <http://ddd.uab.cat/record/37043>, consultado 18 de julio de 2016.

<sup>5</sup> En palabras de GARCÍA NINET, I., “La alteración de la salud ha de ser controlada y atendida necesariamente por los mecanismos sanitarios del sistema de Seguridad Social “directos o autorizados””, en “La incapacidad temporal” en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 24.

<sup>6</sup> Documento base para la reforma de la Seguridad Social de 1985. Como indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “el hilo conductor de las sucesivas intervenciones del legislador ha sido el de reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave y global crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de la incapacidad temporal”, en “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales* nº 118/2013 p. 118.

<sup>7</sup> Aunque siempre ha sido principio general del derecho que el fraude no se presume, en el ámbito de la Seguridad Social estamos acostumbrados a este tipo de presunciones por el legislador cuando se ha detectado en alguna prestación una bolsa de fraude significativa, como suele ocurrir, por ejemplo, con los beneficiarios de las prestaciones o subsidios por desempleo o con las personas que intentan acceder a la protección por incapacidad permanente desde la situación de inactivo.

<sup>8</sup> Sobre el tema véase, in extenso, MERCADER UGUINA, J., en “El control de la incapacidad temporal (Historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, t. I, 2004.

<sup>9</sup> Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Breves notas respecto de la gestión y el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal (O sobre de cómo las Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pretenden arrogarse derechos que no les corresponden)”, *Temas Laborales*, núm. 83/2006, pp. 209-224.

forma velada o no, como justificación a todas las reformas en la prestación de incapacidad temporal el importante absentismo a causa del fraude en estas prestaciones<sup>10</sup>, por lo que se han ido creando aluvionalmente desde hace tiempo una serie innumerable de normas que, en regulación de la protección de incapacidad temporal, tenían como principal objetivo el control de estas prestaciones, con especial incidencia en las derivadas de contingencias comunes, respecto de las que se reguló con asombrosa desconfianza hacia los Servicios Públicos de Salud, al establecerse mecanismos para enmendar o corregir las decisiones de los médicos de familia<sup>11</sup>.

Así pues, a lo largo de estos años, la mayoría de las modificaciones en la prestación de incapacidad temporal han puesto su objetivo en complicar el acceso a la prestación o en controlar el posible fraude en la obtención de la misma, “criminalizando”<sup>12</sup> a los trabajadores al presumir un fraude generalizado en la obtención de estas prestaciones, y estableciendo mecanismos diversos de control donde de implican varios médicos e inspecciones médicas que pueden dar de alta a los trabajadores ante la sospecha de un alargamiento indebido de la

<sup>10</sup> En el grupo de beneficiarios de esta prestación se han encontrado bolsas significativas de fraude. Ya que, por diversas actitudes, se ha alargado a veces de forma sorprendente la duración del disfrute de la prestación en patologías que habitualmente hallan curación en menos tiempo. A veces trabajadores, en cuyos convenios colectivos se había negociado una mejora voluntaria que suponía no perder capacidad adquisitiva durante la percepción de la prestación de incapacidad temporal (que como es conocido suele ser, aproximadamente, entre un 60 % y un 75 % del salario dejado de percibir, dependiendo de la contingencia y del momento temporal de la percepción), “fingían” continuar convalecientes; de hecho, es una cuestión de la que han podido beneficiarse los trabajadores fijos, llegando a observarse en algunos sectores, como la Administración Pública, situaciones que contrarían totalmente la eficacia y calidad que los servicios públicos deben ofrecer. Otras veces, algunos trabajadores que acababan un empleo sin derecho a prestación por desempleo o que finalizaban la protección por desempleo pretendían, con toda la razón que conlleva la necesidad, creemos, mantener un ingreso para alimentar a la familia ya que un sistema de Seguridad Social imperfecto e insuficiente no cubría sus necesidades mínimas. Es como llamó TORTUERO PLAZA, J.L., el “refugio protegido”, al que acuden los trabajadores “para dar respuestas a un sinfín de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral”, en “Reflexiones acerca de la incapacidad temporal”, *RGDTSS* nº 10, 2006, iustel.com, p. 4. Consultada 15 de noviembre de 2016.

<sup>11</sup> La desconfianza provenía de parte de los servicios médicos de las entidades “pagadoras” de la prestación de incapacidad temporal, esto es, el INSS y las mutuas colaboradoras. La atribución de competencias a las Mutuas de Colaboradoras no ha sido demasiado bien visto por los profesionales del sistema público de salud ya que se oponían a la injerencia de asociaciones de empresarios en el control y gestión de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes. En el momento actual, el papel de las mismas es el del control y proposición de alta en su caso, pero ha de recordarse que en momentos anteriores hubo intentos (fallidos) de otorgar la competencias ya que a través de una norma tan insólitamente inapropiada como el art. 44 de Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios se vino a conceder esa mismas facultad de expedición de alta médica a efectos de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a “los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social respecto del personal al servicio de los asociados a ésta en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Esa reglamentación nunca se efectuó porque no hizo falta ya que las modificaciones legales posteriores establecidas en la Ley 24/2001, art. 34. cuatro, ampliaron las causas de extinción del subsidio por incapacidad temporal, “lo que viene a demostrar el objetivo de privatizar la fiscalización de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes venía siendo una idea obsesiva del legislador a la que éste no está dispuesto a renunciar”, como certeramente indicó LOZANO LARES, F., en *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002, pp. 126 y 127.

<sup>12</sup> En la segunda acepción del término “crimen” del diccionario de la RAE.

prestación, ya que lo importante ahora es, exclusivamente, el impedimento para el trabajo, independientemente de haber finalizado o no la curación o tratamiento curativo<sup>13</sup>.

A mi juicio esa reordenación completa del sistema de gestión realizada y ¿culminada?<sup>14</sup> con el RD 625/2014, de 18 de julio, junto con su orden de desarrollo Orden ESS1187/2015, de 15 de junio no va a dar los frutos esperados en la reducción de costes y procesos de incapacidad temporal.

Como puede verse en la tabla, el gasto en prestaciones de incapacidad temporal, desde el inicio de la crisis económica en la que nos encontramos inmersos, se ha ido reduciendo anualmente a causa de diversos factores, quizás el más decisivo haya sido el descenso de personas empleadas, pero desde el 2013 comienza de nuevo a repuntar el gasto en esta prestación.

Año	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Gasto en Mill €	6257,55	5878,48	5456,26	4678,54	4354,88	4747,99	5379,75

Fuente: elaboración propia, a partir de datos del MEYSS

Este mismo repunte se refleja en la media mensual de procesos de incapacidad temporal iniciados:

Año	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Media mensual de procesos iniciados	430.596	367.365	350.804	283.923	262.345	269.158	298.924

Fuente: elaboración propia, a partir de datos del MEYSS

Y, finalmente, la duración media de las bajas, salvo 2010 y 2012 en los que hay un ligero ascenso de las duraciones medias de los procesos de IT, ha sido dispar: mientras que para los trabajadores por cuenta propia o autónomos la duración media de sus procesos de INCAPACIDAD TEMPORAL ha ido descendiendo de forma paulatina hasta los 88,64 días

<sup>13</sup> Como se ha dicho por LÓPEZ INSUA, BM, “Las figuras del ‘fraude’ y del ‘absentismo injustificado’ constituyen piedra angular de esta institución, sin ellas no serían posibles las constantes revisiones a las que se encuentra expuesta la incapacidad temporal. Se pretende por todos los medios corregir esas deficiencias o errores de concepto a los que conduce esta prestación, reduciendo a un tiempo los elevados costes que se originan por esta causa. Sin embargo, este arma de doble filo no sólo conduce a experimentar continuos vaivenes normativos, sino que incluso llega a poner en duda los cimientos por los que erigió el ordenamiento social vigente”, en “Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso”. BIB 2014\1652, Revista Española de Derecho del Trabajo num.165/2014, p. 23.

<sup>14</sup> Lo pongo entre signos de interrogación porque en Seguridad Social no hay nada culminado ni estable en el tiempo ya que todo depende de las “posibilidades del sistema”. Y estoy seguro que la gestión y control de la incapacidad temporal seguirá entreteniéndose a la doctrina en el futuro con las modificaciones o parches que, con celeridad pero sin suficiente reflexión, y bajo el prisma exclusivo del control del gasto en tal prestación, se adoptarán en el futuro por los Gobiernos correspondientes.

media de baja en 2015, para los trabajadores por cuenta ajena se han ido incrementando levemente hasta una media de 37,8 días de baja en 2015<sup>15</sup>.

De los datos provisionales que se obtienen a fecha de 30 de septiembre de 2016, en la serie de estadísticas del INSS, parece que continúa el crecimiento en el gasto para este año<sup>16</sup>.

## **2. ALTERACIÓN DE LA SALUD INCAPACITANTE Y ASISTENCIA SANITARIA.**

*Per se*, la alteración de la salud es contingencia protegida del sistema de Seguridad Social español ya que el deterioro o pérdida de la salud es algo que afecta a cualquier ser humano, es un riesgo social y también es un riesgo potencial que puede actualizarse en cada individuo en cualquier momento y que necesita de la adopción de medidas técnicas sanitarias que permitan, en la medida de lo posible, devolver o restaurar la salud de la persona<sup>17</sup>. Pero es que, además y con frecuencia, la pérdida de la salud conlleva un menoscabo de la aptitud laboral que, cuando no es permanente, y es susceptible de superarse recobrando la capacidad a través de la asistencia sanitaria adecuada<sup>18</sup>, viene cubierta por otra prestación del sistema que es la incapacidad temporal.

Como es conocido, la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) contempla dos situaciones que determinan el acceso a la prestación económica de incapacidad temporal y las dos tienen una relación directa con la protección de la salud del trabajador.

- La primera de ellas, *ex art. 169.1 a) LGSS*, la situación “común u ordinaria”, supone un padecimiento o sufrimiento de enfermedad o accidente que conlleva un impedimento para el trabajo y la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

- La segunda, *ex art. 169.1 b) LGSS*, la de “observación de enfermedad profesional”, supone directamente un período de estudio y diagnóstico para observar si los síntomas que ofrece el trabajador están causados por alguna de las enfermedades profesionales tipificadas.

### **2.1. Asistencia sanitaria, alteración de la salud e incapacitación en la incapacidad temporal “común u ordinaria”.**

La mayoría de la doctrina entiende que los elementos que configuran el concepto de la incapacidad temporal son: la alteración de la salud, la necesidad de asistencia sanitaria, la incapacidad para el trabajo y la transitoriedad del proceso.

<sup>15</sup> La diferencia entre ambos colectivos puede deberse a que los trabajadores por cuenta propia no suelen disfrutar la incapacidad temporal para alteraciones de la salud de poca importancia o corta duración que ello supone en la gestión o en la continuación de sus negocios.

<sup>16</sup> [http://www.segsocial.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Otras\\_Prestaciones\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Social/Incapacidad\\_Temporal/index.htm](http://www.segsocial.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/index.htm), consultado el 1 de diciembre.

<sup>17</sup> Sobre el tema puede verse, *in extenso*, APARICIO TOVAR, J. en *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989.

<sup>18</sup> Como indica BARBA MORA, A. en *Incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 13.

En esta prestación se entremezclan dos contingencias: la alteración de la salud y la incapacidad no definitiva para trabajar<sup>19</sup>. Para recobrar o restablecer la salud, el sistema de Seguridad Social ofrece asistencia sanitaria. Para cubrir la situación de falta de ingresos por la incapacidad para trabajar, el sistema ofrece una renta sustitutiva del salario (aunque no de forma absoluta ya que se ha entendido por el legislador que la cobertura íntegra de los salarios por el sistema de Seguridad Social desincentivaría o desmotivaría al trabajador para su reincorporación a su puesto de trabajo).

Centrándonos en la primera, por el objeto de este trabajo, la asistencia médica es necesaria para combatir la enfermedad o las lesiones padecidas por el trabajador. Como se ha dicho, cuando desde la perspectiva de la prestación de la incapacidad temporal nos referimos a la asistencia sanitaria esta tiene una doble óptica: en un sentido estricto, identificándola con la asistencia médico-quirúrgica, farmacéutica, rehabilitadora, etc<sup>20</sup>; y en un sentido amplio, que únicamente comprendería un control, vigilancia y seguimiento por parte de los servicios médicos de la Seguridad Social del beneficiario de la prestación de incapacidad temporal. Es este segundo sentido *“en el que hay que atender exigible la necesidad de recibir asistencia sanitaria para el nacimiento y el mantenimiento del derecho a la incapacidad temporal como prestación, puesto que sin ella no se completarían los presupuestos fácticos del subsidio...”*<sup>21</sup>.

Ha de recordarse que no todo deterioro o menoscabo de la salud lleva consigo el acceso a las prestaciones de incapacidad temporal: solamente aquellas alteraciones de la salud que comporten una pérdida de aptitud transitoria para el trabajo. Y es que, para que pueda obtenerse la prestación correspondiente de incapacidad temporal por parte de un trabajador, es necesario que la alteración, deterioro o menoscabo de salud que padezca conlleve una limitación, imposibilidad, falta de aptitud o, en definitiva, como se refiere la norma, incapacidad para poder desarrollar la actividad laboral que venía desempeñando<sup>22</sup>. Ha de ser un impedimento “significativo”, que le incapacite temporalmente en el desarrollo de su actividad productiva. De hecho, la doctrina de los tribunales ha recalcado este “efecto expulsión” en el sentido de una verdadera incapacidad para trabajar no siendo suficiente por sí solo ni: el hecho de que se esté a la espera de una futura intervención; de que se acuda al médico de forma puntual en momento de crisis; de estar recibiendo asistencia sanitaria o

<sup>19</sup> Podría entenderse la alteración de la salud como la contingencia “madre” ya que de ella pueden derivarse, si se cumplen otros requisitos o presupuestos, otras prestaciones del sistema relacionadas con la imposibilidad temporal o definitiva para continuar trabajando a causa del deterioro o menoscabo de la salud padecida.

<sup>20</sup> En el sentido del contenido de la cartera de servicios sanitarios a que se refiere el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en desarrollo de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>21</sup> Nuevamente, BARBA MORA, A. en *Incapacidad temporal*, op. cit., p. 20.

<sup>22</sup> Se exige como requisito de la incapacidad temporal proceso patológico que provoque la alteración de la salud y se trate de una alteración de la salud que *“menoscabe su capacidad física y/o psíquica, sea causa de imposibilidad o incapacidad sobrevenida para trabajar. Dicho proceso maligno exige, por tanto que las mermas fisiológicas que padeciera el trabajador afectado necesiten de tratamiento médico y, además, que no permitan la ejecución de las tareas profesionales... de tal manera que no bastaría con la (simple) necesidad de requerir asistencia sanitaria –pues cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional–, ni tampoco sería suficiente que la incapacidad no requiriera asistencia sanitaria, sino que han de concurrir ambas circunstancias obstativas...”* La alteración de la salud o el proceso patológico que sufre el trabajador ha de tener, en cualquier caso, la suficiente entidad o intensidad para justificar su apartamiento temporal del trabajo, como indica GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., en *La incapacidad temporal en el RGSS*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 15.

farmacéutica compatible con el trabajo; de encontrarse recibiendo los tratamientos de rehabilitación; de tener que acudir a asistencia a consulta o mera revisión médica; ni incluso, finalmente, la realización de intervenciones de cirugía estética (vid STS de 21 de febrero de 2012)<sup>23</sup>.

Así pues, la asistencia sanitaria actúa como un elemento necesario, la protección en especie dispensada tiene como función la recuperación funcional del trabajador, eliminar su incapacidad para el trabajo y, cumplida esta función, se podrá emitir el parte de alta correspondiente para la reincorporación al trabajo del beneficiario ya recuperado. Lo que ocurre es que, desgraciadamente, la ciencia médica no siempre consigue la finalización de todos los procesos patológicos por curación. Muchas de las técnicas aplicadas fracasan dando lugar resultados que van desde la imposibilidad de recuperar las aptitudes para el trabajo de forma definitiva<sup>24</sup> hasta el supuesto más doloroso del fallecimiento del trabajador.

Además, la asistencia sanitaria es un elemento fundamental para la recuperación profesional. De hecho, el rechazo o abandono injustificado del tratamiento médico lleva consigo la suspensión de la prestación. Los artículos 2.4 y 21 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconocen el derecho de todo paciente o usuario a negarse al tratamiento prescrito, debiendo su negativa constar por escrito, habiendo de firmarse el “alta voluntaria”. Aunque el art. 102 LGSS de 1974 indicaba que reglamentariamente se establecería el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir el tratamiento médico prescrito, especialmente si este fuese quirúrgico o especialmente penoso, ello nunca se produjo. La razonabilidad de la negativa ha venido interpretándose por la doctrina judicial caso por caso<sup>25</sup>. En definitiva, el problema se encuentra en la necesidad de apreciar un concepto tan subjetivo como la “razonabilidad”, por lo que la doctrina ha entendido que esta causa suspensiva contemplada en el art. 175.2 LGSS ha de interpretarse de forma restrictiva<sup>26</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, abundando en esta cuestión, que el trinomio compuesto por alteración de la salud, asistencia sanitaria y situación de incapacidad, exige que tengamos que apuntar, aunque de forma sucinta, el papel cumple cada uno de los monomios en esta ecuación.

- De un lado, ha de determinarse si existe alteración de la salud. Ello no compete al ámbito jurídico, sino al médico. Al trabajador, tras acudir a la consulta de facultativo correspondiente, ya sea del Servicio Público de Salud o de la mutua colaboradora, se le

<sup>23</sup> Vid. en este sentido TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*. Ed. Mapfre, Madrid, 1996, p. 10.

<sup>24</sup> Se afirma que la incapacidad temporal tiene autonomía y sustantividad propias y va dirigida a “proteger patologías –incluso congénitas– que admitan curación a corto plazo, pero no para patologías definitivas e irreversibles”, vid., PÉREZ ALONSO, MA *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 18

<sup>25</sup> Vid. DOLZ LAGO, M. “La obligación del beneficiario de asistencia sanitaria en la Seguridad Social de someterse al tratamiento médico prescrito y sus excepciones según la jurisprudencia” en *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MSSS, 1981, pág. 633 y ss.

<sup>26</sup> De modo que “solo cuando se aprecie una mala fe evidente y clara por parte del sujeto destinada a prolongar su alteración de la salud con el fin de prolongar la prestación económica, podríamos determinar la concurrencia de la misma”, como indica JOVER RAMÍREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 386.

realizará un reconocimiento médico para la determinación objetiva de la enfermedad o lesión que se alega. Confirmada la misma con las pruebas que se hayan determinado oportunas, si tiene gravedad suficiente para incapacitar al trabajador para su profesión, se emitirá el correspondiente parte de baja médica por incapacidad temporal. Hay casos muy complicados. Especialmente, cuando trabajadores de mala fe intentan aparentar una enfermedad o exagerar unas dolencias para iniciar o prolongar el disfrute de la situación de incapacidad temporal; será la pericia de los facultativos la que tendrá que impedir estas situaciones (que, de otro lado, supondrían una extinción de la prestación por fraude).

- De otro lado, y en inmediata correlación con lo anterior, nos encontramos con la cuestión más delicada y compleja: saber si la intensidad de la alteración de la salud que se padece afecta a la capacidad para trabajar. Y ello porque no toda alteración de la salud (indisposición o incluso una enfermedad o dolor persistente que no impida trabajar) justifica la baja por incapacidad temporal, aunque pudiera precisar asistencia sanitaria<sup>27</sup>. Deberá, pues, existir una correlación entre la alteración de la salud y la incapacidad que sufre el trabajador. Es decir, el empleado ha de “estar impedido para el trabajo” o, dicho con otras palabras, la alteración de la salud deberá de revestir tal intensidad como para mermar la “capacidad laboral” de la persona del trabajador<sup>28</sup>.

Como se ha dicho con razón, “serían innumerables los ejemplos que pondrían de manifiesto cómo una misma lesión produce efectos distintos según cual sea la actividad profesional del individuo afectado, por lo que la referencia a la profesión hace que de lesiones idénticas (relativamente) puedan derivarse calificaciones diversas. Hasta el punto de que una misma afección podrá ser impeditiva para un determinado trabajo, (y) no serlo en absoluto para otro... ”<sup>29</sup>. Dicho de otro modo, la cuestión es de un “gran relativismo” ya que no todas las alteraciones de la salud afectan por igual a todos los trabajadores ni para los mismos o distintos trabajos<sup>30</sup>. Especialmente cuando en aplicación del principio médico de universalismo, todos los seres humanos tienen, de hecho o en potencia, alguna limitación en su funcionamiento corporal, personal o social asociada a una condición de salud.<sup>31</sup>

Para poder valorar esta incapacidad, los médicos han de conocer los motivos que la han causado; los déficits funcionales u orgánicos que han quedado, y finalmente, valorar medicamente la incapacidad en relación a las actividades realizadas por trabajador tanto en el orden personal, como profesional-laboral<sup>32</sup>. Por lo que para valorar la capacidad laboral habrán de examinarse dos grupos de circunstancias: la valoración del puesto de trabajo y la valoración de la capacidad física y/o psíquica del trabajador<sup>33</sup>. Pero, por desgracia, la

<sup>27</sup> Vid, MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 25.

<sup>28</sup> Vid. LÓPEZ INSUA, BM, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 2014, p. 85.

<sup>29</sup> Vid., nuevamente, TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, op. cit., p. 15.

<sup>30</sup> Vid. DUEÑAS HERRERO, L. “Contingencia y prestación de incapacidad temporal” en AAVV, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*. Coord. Blanco Martín, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 43.

<sup>31</sup> Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, F. *Incapacidad temporal por contingencias comunes. Impacto de una intervención en la UVM de Jaén*, Univ. Jaén, 2015, p. 25

<sup>32</sup> Como indica, OJEDA GIL, J.A *Valoración de la incapacidad laboral*, Ed. Diaz de Santos, Madrid, 2005, p. XIX.

<sup>33</sup> Así lo propone en propio INSS, en AAVV *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto Salud Carlos III, INSS, Madrid, 2010, “De una (...)”

realidad es otra, como dice LÓPEZ INSUA, “*en la práctica el facultativo que emite el parte de baja a la hora de evaluar el estado de salud del enfermo únicamente se centra en la integridad corporal del sujeto y su capacidad funcional genérica, haciendo abstracción de su capacidad para la profesión habitual. Y toma en consideración la dolencia objetivamente considerada, en vez de determinar si la dolencia concreta que sufre el trabajador le impide o no el desempeño de su profesión específica*”<sup>34</sup>. Quizás por ello, y para evitar esta disfunción en la valoración, los nuevos partes de baja, tras el RD 625/2014, tienen en cuenta no solo la patología sino la edad del trabajador y su ocupación.

En este control médico pueden darse decisiones del facultativo responsable o, en su caso, de la inspección médica, que entiendan que el trabajador ya ha recuperado su aptitud para trabajar aunque, quizás pueda seguir necesitando de asistencia sanitaria y, por lo tanto, dando el alta médica. Estos supuestos son los más litigiosos ya que podríamos encontrarnos ante situaciones de valoración incorrecta de la situación al no haber recuperado realmente el trabajador su aptitud para trabajar o bien el trabajador entienda que el seguir necesitando asistencia sanitaria lleva consigo automáticamente la continuidad en el proceso de incapacidad temporal. Y es que una de las cuestiones más complicadas desde el punto de vista médico es tener la certeza de haberse recuperado la capacidad para volver a trabajar, esto es, conocer el momento real en que los tratamientos médicos dispensados han logrado hacer sus efectos, vencer la enfermedad o la lesión padecida, y permiten la reincorporación al trabajo, aunque residualmente pueda continuar la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

- Finalmente, la asistencia sanitaria, a la que ya nos referimos anteriormente, es no solo el instrumento o medio técnico para la recuperación de la salud alterada, sino también es un medio de control de las lesiones o enfermedades por lo que la norma indica que lo será “mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, entendiéndose por Seguridad Social tanto la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos de salud como por la entidades colaboradoras (mutuas colaboradoras o empresas en colaboración voluntaria)<sup>35</sup>.

## **2.2. Asistencia sanitaria y posible alteración de la salud en la incapacidad temporal “por observación de enfermedad profesional”.**

Indica el art. 169.1 b) LGSS, que la situación de incapacidad temporal por “observación de enfermedad profesional”, supone directamente un período de estudio y diagnóstico para observar si los síntomas que ofrece el trabajador están causados por alguna

---

*forma simple, la valoración de la capacidad, dependería de las consecuencias anatómicas, fisiológicas, psicológicas o de otro tipo que provoque el proceso patológico y de la compatibilidad o no con los requerimientos anatómicos, fisiológicos, psicológicos o de otro tipo que necesite el puesto de trabajo en concreto”, pp. 24 y 25.*

<sup>34</sup> Op. cit. p. 87.

<sup>35</sup> Y es que, como ha dicho la doctrina desde hace tiempo, estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de asistencia sanitaria externa siempre que los partes de baja, confirmación y alta queden bajo el control de la propia Seguridad Social, vid. ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos Madrid, 1991, 4ª ed, pág. 241. En palabras de GARCÍA NINET, I., “*La alteración de la salud ha de ser controlada y atendida necesariamente por los mecanismos sanitarios del sistema de Seguridad Social «directos o autorizados»*”, en “*La incapacidad temporal*” en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 24.

de las enfermedades profesionales tipificadas. Esta norma trae su origen en la Orden de 29 de marzo de 1946 que los denominaba como “períodos de diagnóstico”.

Se ha dicho que esta situación de IT, al no participar plenamente de la caracterización conceptual de la contingencia general es una “situación asimilada a la de incapacidad temporal”<sup>36</sup>.

En este supuesto no hay una situación incapacitante, ni tiene porqué haber una alteración de la salud significativa, sólo bastaría con tener síntomas de una posible enfermedad relacionada con el trabajo que se ejecuta. El elemento fundamental aquí es la asistencia sanitaria, pero no reparadora, sino preventiva *“para tratar de atajar así un peligro, posiblemente grave, que acecha la salud del trabajador, y de lo cual puede darnos un primer indicio importante el tipo de empresa y el puesto de trabajo desempeñado en la misma”*<sup>37</sup>. Lo que se trata es de retirar al trabajador de su puesto de trabajo (puesto que estará, o debería de estar, evaluado como puesto con riesgo de contraer una enfermedad profesional) para que sea reconocido por el médico y durante el tiempo necesario para estudiar si los síntomas que presenta incuban una enfermedad profesional. No hay pues incapacidad para trabajar, ni siquiera hay certeza de que haya una enfermedad, solo una sospecha. Se produce, pues, la suspensión del contrato de trabajo durante el estudio médico hasta la obtención del diagnóstico definitivo. Además, *“puede ser aconsejable separar temporalmente al trabajador de su puesto de trabajo para que la presunta enfermedad profesional –o los síntomas de la misma– no siga progresando o no la haga con mayor rapidez por continuar en él”*<sup>38</sup>.

### 3. EL CONTROL MÉDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL<sup>39</sup>.

#### 3.1. Los distintos médicos o servicios de inspección médica implicados.

El proceso además se complica, de un lado, por el diseño prestacional que depende de la contingencia que provenía la incapacidad temporal y, de otro lado, por la cantidad de entidades intervinientes que pueden concurrir en este proceso: desde el médico de atención primaria del Servicio Público de Salud, el médico de la mutua colaboradora o el de la empresa en colaboración voluntaria, hasta los Inspectores Médicos del Servicio Público de Salud o del INSS e incluso, *ex art. 20.4 ET* por el control de la empresa<sup>40</sup>. Una gestión

<sup>36</sup> Vid. TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva. op. cit, p. 7

<sup>37</sup> Nuevamente, GARCÍA NINET, I., “La incapacidad temporal”, op. cit., p. 25.

<sup>38</sup> Vid. DUEÑAS HERRERO, L. “Contingencia y prestación de incapacidad temporal”, op. cit., p. 55.

<sup>39</sup> Desde este apartado, seguimos el trabajo presentado al Congreso de la AESSS de 2016, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., en “El control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo”, publicado en la obra colectiva AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 449 y ss.

<sup>40</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, op. cit., p. 138 y ss y RODRÍGUEZ CRESPO, MJ, “La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones”, *Temas Laborales* nº 110, 2001, p. 207 y ss.

racional y eficaz de la prestación de incapacidad temporal exige la estrecha colaboración de todos ellos<sup>41</sup>.

El art. 170 LGSS hace un reparto de competencias en los procesos de incapacidad temporal<sup>42</sup>, quedando como entidad predominante en el control de la salud de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal al INSS.

De hecho, la norma distingue dos períodos, antes y después de los 365 días duración de la incapacidad temporal (en caso de que la misma se prolongue tanto). Tras dicho período la única entidad de control es el propio INSS a través de sus servicios médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades porque es quien puede reconocer la situación de prórroga expresa de 180 días más o bien porque puede determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, finalmente, porque puede emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. De igual modo, el INSS será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.

Durante los primeros 365 días del proceso de incapacidad temporal, el control de la prestación de incapacidad temporal dependerá de quién la tenga atribuida por la opción realizada por el empresario, de incluirse o no en una mutua colaboradora y, en este último caso, de si ha cubierto con la misma también la incapacidad temporal por contingencias comunes, en tal caso (ex art. 81.2, 82.4 y 83.1 a) LGSS). Si el empresario no se ha adherido a una mutua, lo cual es algo poco usual ya que la gran mayoría de ellos están adheridos a una mutua colaboradora<sup>43</sup>, serán las entidades gestoras las encargadas de la incapacidad temporal, produciéndose un reparto de competencias ya que la asistencia sanitaria corresponde al Servicio Público de Salud, dependiente, salvo Ceuta y Melilla, de las Comunidades Autónomas y la gestión de la prestación (que es automática tras la presentación del correspondiente parte de baja) corresponde al INSS o al ISM.

Si el empresario se ha adherido a una mutua colaboradora sólo para las contingencias profesionales, será la mutua quien gestione la prestación económica y la asistencia sanitaria, correspondiendo pues, al servicio médico de la mutua la determinación y control de la incapacidad temporal por dicha contingencia (para las incapacidades temporales por contingencias comunes de sus trabajadores nos remitimos a lo dicho anteriormente). Si, además, el empresario ha asegurado con la mutua colaboradora la incapacidad temporal por contingencias comunes, será competente para su gestión en materia de asistencia sanitaria el

---

<sup>41</sup> Como indica MONTROYA MELGAR, A. "El marco normativo de las prestaciones derivadas de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y propuestas para la mejora de su gestión", AAVV, *Primera Jornada sobre incapacidad temporal*, Ed. Instituto Superior de Estudios Empresariales, Madrid, 2002, p. 48.

<sup>42</sup> En general sobre la gestión de la incapacidad temporal y el reparto de competencias entre el INSS, mutuas y Servicio Público de Salud, vid. MONREAL BRINGSVAERD, E. "Control público de la incapacidad temporal y absentismos laboral: puntos críticos", *RGDTySS* nº 28, 2012, p. 111 y ss.

<sup>43</sup> La última memoria económico-financiera y de gestión de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social es de 2013, en el mismo se indica que respecto de la gestión de contingencias profesionales (desde el 2009 en adelante que realiza la comparativa) el porcentaje sobre el total de trabajadores protegidos que gestionan las MCSS es entorno al 78 %, frente al 22 % de los que se encargan las entidades gestoras. Respecto de la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes, el porcentaje es algo menor, no llega al 70 %. Vid. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/213699.pdf>, consultado 10 de julio.

Servicio Público de Salud, determinando el inicio y, habitualmente, el fin de los procesos de incapacidad temporal, quedando para la inspección médica del INSS y para los servicios médicos de la mutua el control de las mismas<sup>44</sup>. La gestión económica en este supuesto también corresponde también a la mutua.

Todo ello se complica puesto que existe un papel de control adicional que incide especialmente en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes. Parece que en el sistema de Seguridad Social, nuestro legislador, no se fía del personal estatutario de la Seguridad Social, de los médicos empleados públicos que han de iniciar los procesos de incapacidad temporal y en vez de sancionar a los que, de entre ellos, aumentan de forma impropia las bajas médicas, lo que hace es controlar, casi acechando, a los trabajadores. Es cierto que algunos trabajadores han podido engañar a los médicos y mediante esta conducta fraudulenta han alargado sus procesos. Pero la dilación de muchos de este tipo de procesos de incapacidad temporal proviene o puede provenir tanto por causa de la incompetencia de algunos facultativos como por el deficiente funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Lo que se produce a causa tanto de los recortes como de la mala gestión de los responsables de sanidad de las distintas Comunidades Autónomas que impiden realizar las pruebas médicas o las intervenciones precisas en formas y tiempos adecuados que impidan la prolongación de la ausencia del trabajador en situación de incapacidad temporal a su puesto de trabajo.

Por ello, en estos supuestos, se produce un doble control: de un lado, los inspectores médicos del Servicio Público de Salud pueden emitir altas para terminar con el proceso de incapacidad temporal, y, de otro lado, dentro de los primeros 365 días del proceso de incapacidad temporal, *ex art. 170 LGSS*, también pueden hacerlo los inspectores médicos del INSS quienes ejercerán *“las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir un alta médica a todos los efectos”*. Además, en este caso, o sea cuando el inspector médico del INSS ha declarado el alta médica de un trabajador, sólo podrá ser un inspector médico del INSS, el que pueda *“emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología”* durante los 180 días siguientes a la citada alta médica.

### 3.2. El control de la incapacidad temporal procesos

Como es conocido el RD 625/2014, de 18 de julio,<sup>45</sup> ha establecido 4 tipos de procesos según la duración estimada de la incapacidad temporal, hasta 4 días, de 5 a 30 días, de 31 a 60 días y más de 61 días naturales.

Salvo el primer tipo de proceso, que no tiene revisión médica ya que el parte de baja y alta se produce en el mismo acto médico<sup>46</sup>, los demás tienen revisión tras los 7, 7 y 14 días

<sup>44</sup> Pudiendo los servicios médicos del INSS dar el alta a los trabajadores en caso de que lo estimase oportuno, y el servicio médico de la mutua hacer controles médicos y, en su caso, proponer el alta a la inspección médica del INSS.

<sup>45</sup> Un estudio sistemático de la norma puede verse en PANIZO ROBLES, J.A. en “De nuevo el control de la incapacidad temporal: Apuntes sobre el Real Decreto 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”, BIB 2014\3231, *Revista Información Laboral* nº 7, 2014.

naturales respectivamente, desde la fecha de la baja inicial para emitir el alta o la confirmación de la baja. El resto de los partes de confirmación se realizarán a los 14, 28 y 35 días naturales, respectivamente, para cada uno de los procesos. En cualquier caso, siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación que recogerá la duración estimada por el médico que lo emite. Y los siguientes partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada. Se ha considerado, por parte de la doctrina, esta modificación de forma positiva porque agilizará *“la atención a los beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal (y) descargará de trabajo a los facultativos que les permitirá una atención más personalizada de sus pacientes, al menos en lo que a la duración de la baja médica se refiere”*<sup>47</sup>. Lo cual es sin duda cierto, pero en mi opinión el proceso previsto está diseñado, con la finalidad principal, de ahorrar costes, esto es, con criterios economicistas para evitar situaciones fraudulentas<sup>48</sup>.

Esta forma de predeterminación temporal del parte de alta médica se convierte en una forma de *“presión-control”* que tiene un efecto adicional: cuando el alta prevista no se produzca bien por la modificación del diagnóstico, bien por la evolución del propio proceso, *“actuará como señal de alarma para la actuación puntual de los inspectores médicos del INSS, en la medida en que tienen competencias para el alta médica”*. Actuación que viene facilitada por la información recibida por el INSS desde el mismo momento en que se expide la baja médica, así como por el acceso telemático de toda la información clínica del trabajador<sup>49</sup>. Con ello, en caso de expedirse el alta médica por los inspectores del INSS, a partir de dicho momento, se encargarán del proceso ya que son ellos los que únicamente, durante los 180 días siguientes, pueden emitir partes de baja por la misma o similar patología.

Junto a este sistema de control, se mantiene el doble informe:

- El informe médico complementario por el propio facultativo, pero sólo para los procesos de duración superior a 30 días naturales<sup>50</sup>; procesos en los que el segundo parte de confirmación de la baja irá acompañado del informe médico complementario en el que se indiquen: las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado. Informe que se actualizarán cada dos partes de confirmación posteriores.

---

<sup>46</sup> A lo más se autoriza que el trabajador solicite un reconocimiento médico el día en se hay fijado el alta, en el que el facultativo en caso de que no se hubiese cumplido el pronóstico de recuperación de la capacidad laboral, pudiera emitir un parte de confirmación de baja.

<sup>47</sup> Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., en “Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio,” BIB 2014/3564, REDT nº 168/2014, p. 5.

<sup>48</sup> En este sentido también, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. en “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de incapacidad temporal” *Aranzadi Social*, núm. 21, 2010 (BIB2010/252), p. 3.

<sup>49</sup> Así lo indicó TORTUERO PLAZA, J.L. en “La nueva regulación de la incapacidad temporal: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio”, Ponencia dictada en Foro Aranzadi de Málaga, en 2015, p. 15 y ss. También respecto de la “presión y control”, vid. GARCÍA QUIÑONES, JC y MORENO ROMERO, F, en “La regulación de la incapacidad temporal como factor dinamizador de las relaciones laborales: la experiencia española”, *Rev. Direito Brasileiro*, vol. 2015, p. 298.

<sup>50</sup> También en los procesos previstos de duración menor a 30 días pero que sobrepasen el período estimado en caso de modificación de las condiciones de salud del trabajador.

- El informe de control trimestral por parte de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud<sup>51</sup> en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

### 3.3. Protocolos de tiempos óptimos de incapacidad temporal.

El art. 2.2 del RD 625/2014, siguiendo en cierto modo al art. 3.2 del RD 575/1997, indica que, con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de los médicos a los que competan dichas actuaciones tablas de duración óptima tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales.

Esto es, se ha adoptado un protocolo de tiempos óptimos para que los médicos del Servicio Público de Salud los tengan en cuenta respecto de la duración de los procesos de incapacidad temporal<sup>52</sup>. En dicho protocolo se indica que el tiempo estándar es *“el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado la incapacidad para el trabajo habitual, utilizando técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador”*.

De partida, el concepto ya acarrea un problema: la demora en la asistencia sanitaria en nuestro Estado, tras los recortes de los últimos años, salvo los supuestos de urgencia vital, es relativamente alta. Aunque no se tienen en cuenta todas las variables para la consecución del tiempo óptimo de baja, se aplican coeficientes según la ocupación y la edad del trabajador. Algo es algo. Pero es insuficiente ya que el catálogo de grupos profesionales que tiene es muy amplio y el factor de corrección de la edad no tiene en cuenta los antecedentes clínicos de cada trabajador. Por ello, aunque puede considerarse un avance en la medida en que puede ser una herramienta interesante y francamente útil para los facultativos<sup>53</sup>, ha de recordarse, como dice el aforismo médico, que no existen enfermedades sino enfermos ya que *“cada individuo es un caso único y generalmente irreplicable que va a requerir un tratamiento interpretativo único. El propio interesado, dependiendo de su actitud y de su incentivación hacia el trabajo, podrá ‘superar’, mejor o peor, su enfermedad.”*<sup>54</sup>

Abundando en esta cuestión, lo cierto es que muchos diagnósticos se hacen por pura experiencia y anamnesis sin poder realizar pruebas complementarias que confirmen la

---

<sup>51</sup> Se ha dicho que, a pesar de ser la intención buena, este período tan corto puede producir la “trivialización” del informe de control por burocratización, indicando que “la misión genuina inspectora debería darse en supuesto excepcionales” relacionadas con el fraude o con las prolongaciones de bajas sin causa, nuevamente, FERNÁNDEZ ORRICO, FJ, op. cit., p. 9.

<sup>52</sup> <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178382.pdf>

<sup>53</sup> O dicho de otro modo, *“Ciertamente, en estos casos, la pura objetivación es difícil, porque como hemos dicho, es importante la influencia que los elementos subjetivos tiene en el efecto reductor que sobre la capacidad de trabajo de un sujeto, tiene cada dolencia. Pero, salvados estos obstáculos, el establecimiento de estas tablas, significa un paso adelante en la lucha contra la posible simulación de dolencias causantes de la incapacidad”*, como indica, JOVER RAMÍREZ, C, en *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, op. cit., 457.

<sup>54</sup> Como se indica en la *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, op. cit., p. 24.

posible enfermedad por la tardanza de las mismas en muchas ocasiones, por lo cual la confirmación de una enfermedad podría tardar meses. Ha de tenerse en cuenta que los médicos de familia no son especialistas en medicina del trabajo, ni tampoco la mayoría de los médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades y de las mutuas colaboradoras.

Junto con ello, muchas de las enfermedades para su diagnóstico certero exigen del conocimiento por un especialista y lo que no puede permitirse es que, en el Servicio Público de Salud, la derivación a un especialista para la confirmación del diagnóstico de la sospecha de una enfermedad detectada por el médico de familia pueda demorarse varios meses. Ahí es donde está el problema real, más que en el absentismo o la simulación de una situación de incapacidad temporal<sup>55</sup>. Los recortes económicos en los presupuestos de asistencia sanitaria impiden el ejercicio del mismo en tiempo certeros y cercanos. Si se recorta en asistencia sanitaria no puede echarse la culpa del absentismo al fraude de los trabajadores que quieren mantenerse más tiempo de baja, sino en el propio fracaso del sistema que alarga las bajas por falta de medios para atender de forma adecuada a los trabajadores enfermos.

### 3.4. La propuesta de alta y su impugnación

La regla general, y lógica, es que las altas sean dadas por el facultativo del Servicio Público de Salud o de la mutua colaboradora que atendió al trabajador. Pero la desconfianza hacia los médicos del servicio público ha hecho que el sistema de gestión esté controlado de forma absoluta por el INSS y su equipo médico. Como se dijo anteriormente, ya no solo en los supuestos en los que los procesos duren más de 365 días, en los que la única que tiene atribuida competencia es la Inspección Médica del INSS, sino también en los procesos de incapacidad temporal de duración inferior a 365 días (ex art. 170 LGSS y RD 625/2014). Lo más curioso de todo es que la mayoría de los médicos que intervienen en todos estos procesos de control no son especialistas en medicina del trabajo, y alguno de ellos pueden verse movidos por criterios de “cumplimiento de objetivos” o “criterios economicistas” antes que por la defensa de derecho a la protección de la salud del beneficiario de la prestación de incapacidad temporal.

En muchas ocasiones, los trabajadores que se sienten enfermos o lesionados, y no suficientemente recuperados para incorporarse a sus puestos de trabajo, se oponen, por estar en desacuerdo, a las altas médicas emitidas, independientemente por quien sean dadas.

Salvo el supuesto general de reclamación previa, el sistema establecido para la impugnación de altas médicas en vía administrativa es complejo, y con plazos tan cortos que impiden una correcta defensa, produciendo inseguridad jurídica<sup>56</sup>. En su momento, por el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, fueron regulados tanto los procesos referidos a las impugnaciones de altas por la Inspección Médica del INSS al llegar a los 365 de proceso de incapacidad temporal, como los procesos de impugnación las altas por las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y empresas colaboradoras respecto de incapacidad temporal por

<sup>55</sup> Incluso es posible que la petición de cita para su médico de familia para su atención pueda demorarse hasta varios días, por lo cual le sería difícil justificar su posible incapacidad temporal desde el primer día.

<sup>56</sup> Vid. LÓPEZ INSUA, BM, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, op. cit., p. 354.

contingencias profesionales, antes de los 365 días de proceso<sup>57</sup>. La inmensa mayoría de estas impugnaciones de alta médica terminan en la confirmación del alta e incluso, respecto de la impugnación de las altas por contingencias profesionales dadas por las mutuas, viene a entenderse la obtención de las prestaciones de incapacidad temporal durante los días que dura el procedimiento como “prestaciones económicas indebidamente percibidas”. Lo cual es sin duda una forma de evitar las impugnaciones de forma inapropiada y no ajustada a Derecho<sup>58</sup>.

Aunque tras las mismas cabría acceder a los juzgados de lo social (con el coste económico que ello conlleva para el trabajador ya que para tener éxito en este tipo de procesos lo suyo es estar representado letrado o graduado social y llevar a un perito médico que confirme las dolencias padecidas, profesionales que han de ser abonados por el propio recurrente), las sentencias que se puedan obtener muchos meses, o incluso años después, y que den la razón al trabajador declarando el alta indebida, no servirán para nada. Me explico. Si al trabajador le dan un alta y este la recurre como indebida ha de incorporarse al puesto de trabajo ya que la no incorporación puede entenderse como dimisión o cese voluntario. La sentencia que le de la razón y declare el alta como indebida es de difícil ejecución ya que si se le solicita la prestación de incapacidad temporal al INSS este la denegará por haber realizado un trabajo incompatible. Además, los salarios son más altos que la prestación, por lo que la ejecución incluso podría perjudicar a quien ha obtenido el triunfo en el pleito.

Sería necesario, en mi opinión, en estos casos articular un sistema para reparar daños y perjuicios de forma automática sin acudir a otro pleito de resultado incierto. La cuestión es que los perjuicios que más fácilmente podrían cuantificarse serían los gastos judiciales, pero ¿cómo se cuantifica el dolor o sufrimiento por haber ido a trabajar si tener una capacidad real para ello? Además tendrían que articularse medidas concretas en el ámbito sancionador disciplinario administrativo (ya que el penal es casi imposible que prospere) para los médicos que han actuado incorrectamente al dar un alta indebida. Pero, realmente, ¿qué Administración va a sancionar a un médico que adopta unos criterios que la benefician económicamente al haber ahorrado en prestaciones?

Todo ello crea un conflicto adicional ya que, en aplicación del art. 25.1 LPRL segundo párrafo, se establece como obligación empresarial que *“los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.”* Ello supone poner en el ámbito del empresario un problema importante: si el trabajador comunica su situación al empresario y éste no puede adaptarle el puesto de trabajo a la capacidad residual que tiene, en caso de accidente de trabajo, podría ser responsable e incluso con un recargo de prestaciones, si se

<sup>57</sup> Sobre el tema, in extenso, vid. OLARTE ENCABO, S. en “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social*, nº 20, 2011, p. 6 y ss.

<sup>58</sup> Vid, nuevamente, TORTUERO PLAZA, J.L. en “La nueva regulación de la IT: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio”, cit. p. 12.

determinara que el accidente está causado por haber empleado al trabajador en un puesto que contrajera peligro para el o para otros.

### 3.5. Propuesta de alta por incomparecencia

Finalmente, nos encontramos que la falta de asistencia del trabajador a los reconocimientos médicos, al control sanitario, puede llevar consigo, en un primer lugar, la suspensión cautelar por incomparecencia ante el INSS o los médicos de la mutua, ex art. 175.3 LGSS y, seguidamente, en relación con el art. 174. LGSS la posible extinción de la situación de incapacidad temporal ya que entiendo como causa de extinción del derecho la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para *“los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social”*. Con esto se le da un papel importante a los servicios médicos de las mutuas en el control de las situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes, que ellas gestionan económicamente pero no tienen asignada la gestión médica sobre las mismas pues corresponde al Servicio Público de Salud<sup>59</sup>.

La interpretación de ambos preceptos, para dar coherencia, supone que cualquier incomparecencia para examen y reconocimiento médico produce la “suspensión cautelar del derecho” y comprobada si la incomparecencia fue o no justificada, se producen diversos efectos: si fue justificada (y el trabajador continúa impedido y con necesidad de asistencia sanitaria) se continuará percibiendo la prestación. Si se entiende que fue injustificada, en aplicación del art. 174 LGSS, supondría la extinción del derecho.

Estas propuestas de alta dan lugar a varios problemas ya que si se extingue el derecho por la incomparecencia “a secas” es posible que el trabajador aún no esté curado y por lo tanto no pueda realizar su trabajo, por lo que la incorporación daría lugar a nuevos problemas para el empresario en aplicación de la LPRL como anteriormente se apuntó y la no incorporación podría entenderse como dimisión o cese voluntario. En mi opinión se podría haber establecido otra sanción intermedia, por ejemplo, la pérdida de tantos días de prestación como mediase entre la fecha de la comparecencia y la fecha real de asistencia o algo parecido.

En cualquier caso, si no se justifica la incomparecencia en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha en que estaba citado el trabajador a comparecencia a reconocimiento médico el art. 9.6 RD 625/2014 abre una doble vía: la extintiva del derecho a la prestación que la lleva a cabo el director provincial del INSS o del ISM y la posible alta médica por incomparecencia realizada por el inspector médico que en tal caso solo podría hacerse en caso de que el trabajador que no ha comparecido ya estuviese curado, ya que de no ser así podría entenderse como un acto de prevaricación, ex art. 404 CP, por dicho inspector médico<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Ha de recordarse que según el Tribunal Supremo más que ante el ejercicio de una potestad sancionadora estamos ante un típico acto de gestión económica que puede ejercer no solo el INSS sino también la mutua, SSTs 13-12-2007 (RJ 1273), 18-2-2009 (RJ 2575) y 15-4-2010 (RJ 4657).

<sup>60</sup> Vid. TORTUERO PLAZA, JL, en “La nueva regulación de la IT: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio”, cit. p. 10, entiende que este párrafo del art. 9.6 del RD 625/2014 referido a las altas por parte de la inspección médica “es inoportuno y carece de habilitación legal”.

Para rematar esta cuestión, el art. 25.2 LISOS, como infracción grave recoge el “no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación”, llevando aparejada la sanción de extinción de la prestación. Esto enlaza con lo que anteriormente mantuvimos de que las modificaciones en el procedimiento de control y gestión están pensando en que el único culpable es el trabajador, en la criminalización de su conducta (en el sentido de la segunda acepción de crimen de la RAE).

## Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad

### Non-contributory pensions in gender perspective: norm and reality

RICARDO PEDRO RON LATAS

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE CORUÑA  
MAGISTRADO SUPLENTE – TSJ/GALICIA*

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

*MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO SOCIAL – TSJ/GALICIA  
DOCTOR EN DERECHO / GRADUADO SOCIAL*

#### Resumen

En este artículo se analizan las pensiones no contributivas desde la perspectiva de género. Y es que, el género ha sido desde la instauración de un sistema no contributivo de protección en el sistema español de Seguridad Social un elemento definidor de los pensionistas no contributivos, siendo el femenino el colectivo más beneficiado de tales prestaciones (o más “perjudicado”). A tal efecto, y tras una aproximación general a la dinámica de las pensiones no contributivas desde una perspectiva de género, nuestro estudio lo complementaremos con el análisis del tratamiento que la normativa legal y reglamentariamente aplicable le da a cuestiones cuyo impacto de género resulta muy evidente: las pensiones matrimoniales, los bienes gananciales, la fibromialgia y la violencia de género.

#### Abstract

In this article we analyse the non-contributory pensions from the perspective of gender. And it is that, the gender has been since the instauration of a non-contributory system of protection in the Spanish system of Social Security a basic element of the non-contributory pensioners, being the feminine the most benefited community of such provision (or more “prejudiced”). To such effect, and after a general approximation to the dynamics of the non-contributory pensions from a perspective of gender, our study will complement it with the analysis of the treatment that the legal rule and in accordance with the regulations applicable gives him to questions whose impact of gender results very evident: the matrimonial pensions, the matrimonial properties, the fibromyalgia and the gender-based violence.

#### Palabras clave

Pensiones no contributivas; Perspectiva de género; Bienes gananciales; Fibromialgia; Violencia de género

#### Keywords

Non-contributory pensions; gender perspective-matrimonial properties; fibromyalgia; gender-based violence

### 1. LA REGULACIÓN APARENTEMENTE NEUTRA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y LA REALIDAD FEMINIZADA DEL COLECTIVO DE PENSIONISTAS NO CONTRIBUTIVOS

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre<sup>1</sup>, de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social, introdujo, en nuestro sistema de protección, unas pensiones de jubilación y de incapacidad no vinculadas a unas previas cotizaciones, siendo desarrollada, en estos

<sup>1</sup> BOE de 22 de diciembre de 1990.

aspectos, en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo<sup>2</sup>. Según el proyecto de ley por el que se establecieron las prestaciones no contributivas en España, su objetivo era “completar el diseño del sistema español de pensiones”, organizando un nivel no contributivo de protección que posibilitase otorgar prestaciones a los españoles que se hallasen en situación de necesidad y que no pudiesen satisfacer esa situación a través del sistema profesional o contributivo. Así las cosas y a partir de entonces, el Sistema español de Seguridad Social se convirtió en un sistema en el que coexistían dos niveles de protección: el contributivo y el no contributivo<sup>3</sup>.

Esas prestaciones no contributivas –que la ley decidió que se concedieran a personas que nunca hubieran cotizado, o que no hubieran cotizado suficientemente al sistema para obtener protección, siempre que se encontrasen en situación de necesidad– son las pensiones por jubilación e invalidez –que ocuparán nuestra atención– y las prestaciones por hijo a cargo. Al día de hoy, las pensiones de incapacidad y jubilación encuentran su régimen jurídico en los arts. 363 a 373 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>4</sup>, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –que ha refundido la Ley 26/1990–.

Oportuno es destacar que en esa Ley 26/1990 se introdujeron también cambios con relación a las prestaciones de muerte y supervivencia básicamente consistentes en sustituir “esposa, esposas y viuda” por “cónyuge, cónyuges o cónyuge supérstite” en diversos artículos de la Ley General de la Seguridad Social. Y estos cambios se inspiraron en la jurisprudencia constitucional, la cual, desde una emblemática Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre<sup>5</sup>, equipara a viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudedad, condiciones de acceso hasta entonces más beneficiosas para las viudas que para los viudos<sup>6</sup>. Quien, proviniendo de un mundo extraterrestre, observase esta jurisprudencia constitucional y las consiguientes modificaciones legislativas a las que la misma ha dado lugar, hubiera podido pensar en una realidad de hombres oprimidos y de mujeres opresoras necesitada de rectificaciones legales y jurisprudenciales restituidoras de la igualdad de los sexos. Claramente delata todo ello la concepción *sex-blind* (o de sexo ciego como si no existieran los prejuicios de género<sup>7</sup>) que la Ley 26/1990 tenía en relación con el principio de igualdad.

Sin embargo, la necesidad de rectificaciones legales y jurisprudenciales restituidoras de la igualdad busca solventar una realidad totalmente diferente de discriminaciones contra

<sup>2</sup> BOE de 22 de marzo de 1991. Sobre el mismo, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El desarrollo reglamentario de la Ley de Prestaciones no contributivas”, en *Relaciones Laborales*, nº. 1, 1991, pp. 1081 y ss.

<sup>3</sup> Al respecto, véase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Ed. Laborum (Murcia, 2001), *passim*.

<sup>4</sup> BOE de 31 de octubre de 2015.

<sup>5</sup> BOE de 14 de diciembre de 1983. Curiosamente, no se trató de una decisión unánime, al contra la resolución con dios votos particulares. Un estudio sobre los mismos puede encontrarse en TORRES DEL MORAL, A. Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, en *Revista de Derecho Político*, nº. 35, 1992, página 41 y ss.

<sup>6</sup> Uno de los primeros estudios puede encontrarse en la monumental obra de AONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional Sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo I, 1983.

<sup>7</sup> Usan la expresión “*sex-blind*”, literalmente sexo ciego, REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1995), p. 9, y OLLERO TASSARA, A., en *Discriminación por razón de sexo*, CEPC (Madrid, 1999), pp. 61 y 62.

las mujeres, no contra los varones, de donde, aunque no discutamos el carácter bilateral del principio de igualdad –determinante de la necesidad de equiparar los hombres con las mujeres y las mujeres con los hombres–, su aspecto unilateral es mucho más relevante: la discriminación contra la mujer por razón de sexo –o, más técnicamente, por razón de género<sup>8</sup>: el género abarca las diferencias socioculturales asociadas al sexo como mera diferencia física– es, sin duda alguna, la manifestación de discriminación más extendida espacial –en todos los lugares– y temporalmente –en todas las épocas–, con la virtualidad adicional de ser una manifestación de discriminación fácilmente acumulable a otras manifestaciones –como la raza: mujer y gitana; o el estado civil: madre y soltera; o la condición social: mujer y pobre–.

Al respecto, no son inusuales los textos normativos donde se admite la unilateralidad del principio de igualdad, como con su propia denominación demuestra la Convención de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>9</sup>. Para ello no bastan las medidas de tutela antidiscriminatoria.

Y es que, a consecuencia del secular apartamiento de las mujeres de la vida pública, las leyes, y entre ellas las de protección social, han sido hechas por los hombres y, en lógica consecuencia, satisfacen sus necesidades directamente, pero las de las mujeres sólo en cuanto los hombres las conocen, las entienden y las asumen. De este modo, el ordenamiento jurídico encubre con un manto de neutralidad normas masculinas, las cuales, cuando se las aplica a las mujeres, determinan la aparición de situaciones irritantes de injusticia material<sup>10</sup>. Contra estas formas más perversas e insidiosas de discriminación contra la mujer no valen las medidas de tutela antidiscriminatoria: es necesario una revisión crítica de la totalidad del ordenamiento jurídico verificando si satisface, y en qué medida, las necesidades de las mujeres, de modo que, si las ignora totalmente o, aunque no las ignora, no las satisface adecuadamente, se deberá, para evitar la discriminación femenina, introducir, en la elaboración y en la aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico, la dimensión de género. Tal operación se conoce con el nombre técnico de principio de transversalidad o principio de *mainstreaming*<sup>11</sup>.

Por lo que se refiere en concreto a las prestaciones no contributivas, el género ha sido desde su instauración un elemento definidor de los pensionistas no contributivos, siendo el femenino el colectivo más beneficiado de tales prestaciones (o más “perjudicado”, si se mira, como tendremos ocasión de analizar, bajo el enfoque de que, aún habiendo más pensionistas mujeres que hombres, los requisitos exigidos expulsan a más mujeres que hombres de la protección). Al día de hoy, y manteniendo una constante a lo largo de casi tres décadas de abono de tales prestaciones, las mujeres (la estadística se refiere al año 2016) constituyen el

<sup>8</sup> Agotando el tema de la igualdad por razón de género, debe verse LOUSADA AROCHENA, J.F., *El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), *passim*.

<sup>9</sup> El texto del Instrumento de Ratificación puede encontrarse en el BOE de 21 de marzo de 1984.

<sup>10</sup> Un completo estudio sobre el desequilibrio generado por el sesgo de género en el ámbito de la Seguridad Social española en GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), *passim*.

<sup>11</sup> Las estadísticas relativas a pensiones no contributivas pueden encontrarse en la página web del IMSERSO ([imserso.es](http://imserso.es)) y en la del Ministerio de Empleo y Seguridad Social ([empleo.gob.es](http://empleo.gob.es)).

66,42 % de los perceptores de pensiones no contributivas (301.682 mujeres), y, si hablamos de pensiones por jubilación, ese porcentaje se eleva hasta el 77,35 % (197.788 mujeres)<sup>12</sup>.

A nuestro entender, tales porcentajes muestran el peaje que las mujeres han tenido que pagar por su papel en una sociedad masculinizada, que les ha impedido, bien haberse integrado en el sistema, bien no haber obtenido un número de cotizaciones suficientes para el acceso a la protección que proporciona el sistema de Seguridad Social. Esas razones y no otras son las que exigen (mejor, deberían exigir al legislador) canalizar el estudio de las pensiones no contributivas desde la óptica de género. Y esa óptica debería exigir al legislador implementar medidas destinadas a corregir la neutralidad normativa en materia de género.

Sin embargo, la Ley 26/1990 estaba anclada en un concepto formal de la igualdad que se ha mantenido hasta su regulación actual en la LGSS. Sin embargo, un concepto material habría incluso justificado, como algún autor ha afirmado, que en el momento de la creación de las pensiones no contributivas se introdujese un tratamiento más ventajoso para las mujeres respecto de los hombres (acción positiva de carácter temporal), en base a las circunstancias discriminatorias que ocasionaron una incorporación tardía y/o intermitente en el mercado de trabajo, y dadas las insuficientes medidas que por aquel entonces existían, a fin de cubrir las lagunas provocadas por ausencias o abandonos ocasionados por las responsabilidades familiares (o, podríamos aún añadir, por la discriminatoria regulación del trabajo a tiempo parcial que impidió a muchas mujeres acceder a las pensiones contributivas)<sup>13</sup>.

## **2. EL ANÁLISIS DE GÉNERO EN LA DINÁMICA APLICATIVA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS**

A la vista de la incuria del legislador a la hora de procurar protección social a las trabajadoras del hogar familiar, se echa en falta una previsión normativa específica en la normativa sobre pensiones no contributivas que tenga en cuenta la perspectiva de género, y ello se debe verificar tanto en el acceso a las prestaciones, como en su cuantía.

### **2.1. Acceso a las pensiones**

La normativa de Seguridad Social debería prestar atención a la dificultad o imposibilidad de acceder a prestaciones no contributivas por parte del colectivo femenino derivada de su status social en nuestro país. No sólo eso, otros factores sociales y económicos deberían tenerse en cuenta a la hora de regular el acceso a las prestaciones no contributivas. Así, por una parte, la dependencia y subordinación a las necesidades familiares por parte de todas aquellas mujeres que no han podido acceder al mercado de trabajo y cotizar al efecto; y por la otra, los distintos tipos de “unidades familiares de convivencia” en las que se integran esas personas, y las clases de ingresos que posea el hogar familiar, sin

---

<sup>12</sup> Un completo estudio sobre el desequilibrio generado por el sesgo de género en el ámbito de la Seguridad Social española en GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), passim.

<sup>13</sup> Cfr. BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 623.

olvidar el número de integrantes más allá del segundo grado de parentesco por consanguinidad y afinidad<sup>14</sup>.

Uno de los principales problemas con los que se enfrentan las potenciales beneficiarias de pensiones no contributivas lo constituye la exigencia de insuficiencia de rentas o ingresos suficientes (art. 363.1.d] LGSS, normalmente identificables con la cuantía de la pensión que solicita), pero no por el hecho de que esa insuficiencia le sea exigible al potencial beneficiario, y sí por la circunstancia de que a tales efectos siempre se tiene en cuenta la renta (esto es, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional) de las personas con las que conviva en la “misma unidad económica”, entiendo por tal los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado<sup>15</sup>.

Se le impone así al solicitante de la pensión un doble requisito sucesivo al efecto de la obtención de la misma, de tal manera que aun cuando la peticionaria no perciba renta o ingreso alguno, deberá salvar también la circunstancia relativa a su entorno familiar más próximo. La reflexión más inmediata al respecto es que el legislador hace recaer la protección de situaciones de necesidad ante mujeres en edad de jubilación sin ingresos, primero en la familia, y de no poder ser satisfechas, es cuando la tutela del Estado entraría en juego.

Pero es que además existe un problema añadido, por cuanto que el denominado “límite de acumulación de recursos”, superado el cual no se tendrá derecho a pensión, se fija teniendo en cuenta únicamente los convivientes que sean familiares unidos por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. De esta manera, los sobrinos o suegros de la solicitante no forman parte a estos efectos del núcleo familiar, lo que en más de una ocasión puede impedir el acceso a la protección no contributiva del Estado, sería el caso, por ejemplo, de un matrimonio, con el cual conviven los padres, hermanos y

---

<sup>14</sup> Para el art. 363.4 de la LGSS, “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado”. Un tratamiento peculiar, y posibilista, puede encontrarse en una STS de 28 de junio de 2012 (RCUD 2467/2011), en la que se incluye en la unidad económica de convivencia al nieto de la beneficiaria que convive con ella y sobre el que no tiene la guarda y custodia, al margen de que la madre del menor viva en otro domicilio y tenga ingresos propios. Para el TS, “*como regla, debe partirse de que como integrantes de la unidad económica de convivencia deben computarse todas aquellas personas que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia –como es dable deducir de la expresión legal y reglamentaria de “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas”–, siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario “por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado” ... Es cierto que del propio concepto de “unidad económica de convivencia” en relación con lo que implica el requisito de carencia de rentas o ingresos en el plano subsidiario de dicha unidad económica, es dable deducir que entre los integrantes de aquélla debe existir un cierto grado de dependencia económica, pero, sin embargo, a diferencia de lo que se establece en otras prestaciones de la Seguridad Social en las que también se tiene en cuenta el requisito de la convivencia y el de la dependencia económica, como en las denominadas prestaciones en favor de familiares, no se establecen expresamente requisitos como el de que “no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil” para poder computar, en su caso, como integrante de la unidad económica de convivencia a alguno de las parientes contemplados en la norma”.*

<sup>15</sup> Art. 363.4 de la LGSS.

sobrinos del marido. Resultaría exigible, pues, una plena identificación del grupo familiar con el concepto legal de “unidad económica de convivencia”.

Y todo ello partiendo de la base de que la norma tampoco tiene en cuenta las parejas de hecho. Así ha afirmado algún autor que “la evolución normativa que ha tenido lugar permite demandar ... una revisión de la trascendencia que la concurrencia de una pareja de hecho debe tener a los efectos de las prestaciones no contributivas, una vez que el sistema de la Seguridad Social ha decidido tenerlas en cuenta respecto de la pensión de viudedad. Su actual irrelevancia está provocando un tratamiento diferenciador, en nuestra opinión, cuestionable constitucionalmente, en la medida en que el sistema permite el reconocimiento de su existencia a efectos del acceso a unas prestaciones, y en cambio la ignora para otras”<sup>16</sup>.

Conviene no olvidar, no obstante, que la jurisprudencia social ha intentado, y sigue intentando, en la medida de lo posible, tornar las situaciones de injusticia material que pueden surgir en la aplicación de la norma. El mejor ejemplo de ello se contiene en una ya añeja sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000<sup>17</sup>, relativa precisamente a la determinación de si en la unidad económica de convivencia cabe o no la inclusión de parientes que van más allá del segundo grado. La situación familiar en el caso debatido era dramática. El solicitante de la pensión convivía con dos hermanos (uno de ellos el único con rentas, inferiores a 12.000 euros al año), su cuñada y tres sobrinos, y por ello mismo la pensión le fue denegada, al superar los recursos de la unidad económica de convivencia el límite de acumulación establecido legalmente, por cuanto que sólo había tres personas como integrantes de la unidad económica de convivencia, siendo excluidos de la misma los sobrinos y la cuñada.

Mediante ingeniería jurídica, apreciando lo injusto y trágico de la situación familiar, el Tribunal Supremo reconoció el derecho del demandante a la pensión solicitada. Reconoce, en primer lugar, el alto tribunal que “*la solución desde la mera literalidad*” de la norma “*sería claramente negativa a las pretensiones del demandante*”. No obstante, también asume que “*el problema no puede estimarse definitivamente resuelto con la simple argumentación anterior*”, si se parte de la base real y cierta de que el solicitante de la prestación no convive sólo con un hermano «rico» y con una hermana que tampoco percibe renta alguna, sino que, además vive también con la mujer de su hermano (su cuñada) y con los hijos de ambos (sus sobrinos). El problema nace, pues, de que no son tres los convivientes sino siete, y que el total de ingresos del conjunto es el salario de poco más de 11.000 euros anuales que percibe tan sólo aquel hermano que los mantiene a todos.

Lógicamente, continúa afirmado el Tribunal Supremo, el texto legal no contempla esta concreta situación, puesto que cuando se refiere a una unidad económica de convivencia se limita a contemplar la formada exclusivamente por parientes que tienen el deber legal de ayudarse en caso de necesidad, cual es la integrada por cónyuge, ascendientes y descendientes, y hermanos.

---

<sup>16</sup> BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 626.

<sup>17</sup> RCU 1044/2000.

Ahora bien, el hecho de que el texto de la Ley no contemple esta situación debe interpretarse del siguiente modo: puesto que la única unidad de convivencia contemplada por el legislador ha sido la familiar antedicha, cuando una persona convive con otras personas distintas se halla fuera de aquellas concretas previsiones legales que, por lo tanto, no le serán de aplicación. Y ello, atendiendo a la finalidad y al espíritu de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

En efecto, tales prestaciones no contributivas estaban previstas, según la exposición de motivos de la misma como un instrumento de solidaridad social a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios, suficientes para su subsistencia. La falta de ingresos para la subsistencia (el umbral de pobreza, como se ha dicho en alguna sentencia anterior de la Sala) se produce normalmente, de acuerdo con la letra de la norma, cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación, o sea, cuando no se perciben ingresos o éstos se hallan por debajo del montante de la pensión no contributiva que cada año se fija en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, la misma norma ha previsto, como excepción, que tampoco se tiene derecho a pensión a pesar de no tener personalmente aquellas rentas mínimas, cuando se convive en una unidad económica formada por parientes próximos si dicha unidad económica alcanza un nivel de rentas determinado. De lo cual cabe deducir que el Estado ha antepuesto la solidaridad familiar jurídicamente exigible (*ex art. 143 del Código Civil*), a la solidaridad social en la que el precepto legal se sustenta, como se desprende de aquel párrafo transcrito de la exposición de motivos de la Ley. Por lo tanto, cuando la convivencia se produce con personas no vinculadas por la obligación de alimentos de la normativa civil, no existe razón alguna por la que aplicar las reglas de la excepción establecidas para aquella unidad económica de convivencia y por lo tanto habrá que volver a la regla general, o sea, a contemplar al presunto beneficiario en su individualidad.

Aplicar, también en estos casos la regla excepcional prevista para la unidad familiar equivaldría a no aplicar la solidaridad general en un supuesto en el que no es exigible la solidaridad familiar, haciendo de peor condición a quien es acogido por parientes, aunque sean lejanos, que a quien lo es por personas ajenas o por cualquier institución pública o privada de beneficencia, con el efecto contraproducente que ello produce no sólo para los intereses particulares del interesado sino para el propio interés público que la norma reguladora de estas prestaciones ha concretado en que toda persona con ingresos situada por debajo del umbral legal de pobreza, reciba atención para su supervivencia.

Como es lógico, la sentencia finaliza advirtiendo acerca de que la Sala es consciente de que pueden darse supuestos muy variados de convivencia familiar o extrafamiliar situada más allá de la “unidad económica de convivencia” prevista legalmente (desde parejas de hecho, hasta comunidades de vida en común más amplias, pasando por unidades de convivencia familiar en las que haya una mayoría de miembros de la unidad económica de convivencia contemplada en la Ley) y de que no siempre servirá en toda su amplitud la doctrina establecida, fundamentalmente en aquellos casos en los que se pruebe la existencia de una comunidad económica de hecho con autosuficiencia financiera derivada de la aportación de otro de los miembros de la misma, pues en tal caso puede llegarse incluso a la conclusión de que no existe ninguna situación de necesidad.

## 2.2. Cuantía de las pensiones

La cuantía de la pensión por incapacidad no contributiva se fija, por importe anual, en la Ley de Presupuestos de cada año. Y para el año 2016 la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fija en 5.150,60 euros íntegros anuales<sup>18</sup>, consistente en 14 pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año, más dos pagas extraordinarias, que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

Sin embargo, una cosa es la cuantía de la pensión y otra muy distinta el importe a pagar a cada beneficiario, que vendrá determinado en función de sus ingresos y en función, además, de los ingresos de la unidad económica de convivencia de la que forme parte; de ahí que la cuantía de la pensión varíe –aunque nunca podrá ser inferior al 25 % de la cuantía que fije la Ley de Presupuestos<sup>19</sup>–, primero, en función de los ingresos que tenga el beneficiario, y segundo, en función también de los de su unidad económica de convivencia<sup>20</sup>, de lo que se pueden deducir hasta 3 hipótesis distintas:

- Si el beneficiario vive solo (o con personas que no conformen una unidad económica de convivencia), para hallar la cuantía de su pensión lo primero que se debe hacer es restar de la cuantía en cómputo anual de la Ley de Presupuestos el importe de las rentas o ingresos anuales de que disponga el beneficiario. Una vez efectuada la resta, esa será la cuantía anual a percibir, salvo que sea inferior al 25 % de la cuantía de la Ley de Presupuestos, pues, si lo es, se le dará ese 25 %, que es la cuantía mínima anual de las pensiones no contributivas.

Excepcionalmente, el beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez podrá tener derecho a un complemento de pensión cuando cumpla los siguientes requisitos: 1) estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 %; y 2) que necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Así, cuando el beneficiario acredite cumplir ambos requisitos, se le reconocerá, además de su pensión no contributiva, un complemento uniforme y equivalente al 50 % del importe de la pensión.

- Si el beneficiario de la pensión convive con otras personas que perciben otra pensión no contributiva<sup>21</sup>, la pensión se hallará del siguiente modo: al importe de la Ley de Presupuestos se le sumará el 70 % de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno existan en la unidad económica, es decir:  $5.150,60 \text{ €} + [(70 \% \text{ de } 5.150,60 \text{ €}) \times (\text{beneficiarios} - 1)]$ ; posteriormente, el resultado así obtenido se dividirá por el

<sup>18</sup> Art. 45 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre), de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

<sup>19</sup> Art. 364.4 de la LGSS.

<sup>20</sup> Al respecto, véase el art. 364 de la LGSS.

<sup>21</sup> “No se establecen en la referida Ley dos reglas distintas, en cuanto al límite de ingresos para lucrar la prestación según el beneficiario esté o no integrado en una unidad familiar, sólo existe una única regla, para los ingresos propios de quien solicita la pensión, y otra subsidiaria para el caso de formar parte aquél de una unidad familiar y carezca de rentas propias, en cuyo caso para tener derecho a la pensión deben concurrir las circunstancias antes dicha” (STS de 16 de diciembre de 2002 [RCUD 2998/2001]).

número de beneficiarios con derecho a pensión, lo que nos dará la cuantía de la pensión, a la que habrá de restarse las rentas o ingresos de cada beneficiario.

- En el caso de un solo pensionista que conviva con varias personas no pensionistas en una misma unidad económica de convivencia, la pensión se calculará así: a la cuantía de la pensión de la Ley de Presupuestos se le restarán las rentas del beneficiario (importe teórico de la pensión); a ese importe se le sumará el de los ingresos de la unidad económica. Esta cifra se habrá de cotejar con el límite de acumulación de recursos de la unidad económica. Hecha esta suma, si la pensión teórica más los ingresos de la unidad sobrepasan el límite de acumulación, el importe de la pensión se reducirá para no sobrepasar el límite. En todo caso, al beneficiario le corresponderá el 25 % de la pensión teórica.

No solo eso, si durante la percepción de la pensión varían las rentas del beneficiario o de la unidad familiar, el órgano gestor de la pensión estará facultado para revisar el importe de la pensión o incluso para suspender su percibo, con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido la variación; la regularización de las cuantías de pensión percibidas en el año inmediatamente anterior, que pueda producirse como consecuencia de la realización del control anual de recursos deberá estar efectuada el 31 de octubre de cada año<sup>22</sup>. Transcurrido este plazo sin realizarse la revisión, se considerará definitiva la cuantía de pensión percibida en el año inmediatamente anterior, salvo que la cuantía que hubiese correspondido percibir fuese superior o que el interesado no hubiese presentado en plazo la declaración de ingresos o rentas computables o no hubiese facilitado correctamente los datos objeto de declaración; en estos dos últimos supuestos vendrá obligado a devolver las cantidades que indebidamente haya podido percibir.

A tal efecto, los pensionistas están obligados a comunicar a la entidad gestora cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y todas cuantas situaciones puedan tener incidencia en la conservación o cuantía de su pensión, siendo el plazo para comunicar esa variación de 30 días desde la fecha en que se produjo. En todo caso, el pensionista está obligado a presentar, el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de su respectiva unidad económica, referida al año inmediatamente anterior.

En caso de que cualquiera de esas comunicaciones no se efectúen en tiempo y forma, y como consecuencia de ello se hayan cobrado indebidamente prestaciones no contributivas, se deberán reintegrar las cantidades percibidas desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, existiendo aquí un plazo de prescripción de cuatro años para el reintegro, que es independiente de la buena o mala fe del beneficiario; es decir, tanto si la pensión se cobró por causa del beneficiario –por ejemplo, ocultando datos a la entidad gestora– como si se ha hecho por causa de la Administración –por ejemplo, concediendo la pensión en una cuantía superior a la que le correspondería al beneficiario por causa de un error informático–, se deberá devolver lo percibido en los últimos cuatro años.

Sucede, en suma, que al efecto de determinar la cuantía final de la pensión se tienen en cuenta diversos factores monetarios, y entre ellos los ingresos de la beneficiaria o su

---

<sup>22</sup> Acerca de la revisión de oficio de las prestaciones no contributivas, debe verse una STS de 21 de octubre de 2009 (RCUD 2318/2008).

unidad familiar de convivencia, lo que a su vez produce el efecto perverso de retraer a los beneficiario o sus familiares a la hora de acceder a determinadas rentas, y lo que es aun peor, supone un límite importante para las discapacitadas que pretendan acceder al mercado de trabajo, frente a la encrucijada moral que ello puede llegar a suponer. No es de extrañar, pues, que la doctrina haya llegado a afirmar que “la doble consideración de la suficiencia de las rentas en el acceso y en la cuantía resulta, reiteramos, discriminatoria por razón de género, en la medida en que fomentan la perpetuación de los roles de género al fortalecer la dependencia social de la mujer. Determinados factores derivados del perfil que caracteriza la participación de la mujer en el mercado de trabajo, como la discriminación salarial, ocasiona que quienes fueron más dependientes durante su etapa profesional, cuando por su edad o incapacidad deben sustentarse con una pensión, seguirán siéndolo de quienes obtienen más ingresos, por lo que con mayor frecuencia y en mayor cuantía su pensión resultará mermada en función de los ingresos de la otra persona, fortaleciéndose el vínculo de subordinación. Es por ello que apostamos por la derogación de las reglas que reducen la cuantía de la pensión dado que, de un lado, ha quedado, previamente, de forma suficientemente acreditada la situación de necesidad del beneficiario, y de otro, porque debilitan una cuantía que ya ha sido identificada como el mínimo que garantiza la suficiencia constitucionalmente exigida”<sup>23</sup>.

### **3. LA DESATENCIÓN NORMATIVA DE CUESTIONES CON IMPACTO DE GÉNERO**

Hecha esta aproximación general a la dinámica de las pensiones no contributivas desde una perspectiva de género, nuestro estudio lo complementaremos con el análisis del tratamiento que la normativa legal y reglamentariamente aplicable le da a cuestiones cuyo impacto de género resulta muy evidente: las pensiones matrimoniales, los bienes gananciales, la fibromialgia y la violencia de género. Lo cual nos permitirá ratificar como, a pesar de su formalismo igualitarista, dicha normativa desconoce las necesidades reales de las mujeres.

#### **3.1. Tratamiento del impago de pensiones matrimoniales a efectos de determinar la insuficiencia de rentas**

Aunque el impago de pensiones matrimoniales –sean alimenticias a favor de los hijos sean compensatorias a favor del cónyuge– es un importante problema afectante a las mujeres y aunque el impago de pensiones matrimoniales influye en la determinación de las rentas o ingresos reales a los efectos de obtener pensiones no contributivas, la regulación de dichas pensiones se mantiene neutral frente a dicho problema –esto es, no contempla la dimensión de género–. Obviamente, al momento de verificar la concurrencia de la situación de necesidad generadora de las pensiones no contributivas, los cónyuges separados o divorciados con la custodia de hijos –normalmente mujeres– deberán computar, al tratarse de una renta o ingreso de la unidad económica de convivencia, la pensión alimenticia o compensatoria a cargo del otro cónyuge, pero, ni en la Ley General de la Seguridad Social, ni en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, se especifica –en este momento surge el problema– si, a efectos del cómputo, la pensión debió ser efectivamente abonada o si ello es intrascendente.

---

<sup>23</sup> Cfr. BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 631.

Las primeras aproximaciones judiciales a la cuestión resultaron decepcionantes. Una STSJ/Galicia de 27 de febrero de 1997<sup>24</sup>, razonó que *“en la expresión ... cualesquiera bienes o derechos se comprende la pensión reconocida a la actora como consecuencia de su separación matrimonial”*. Otra STSJ/Aragón de 24 de septiembre de 1997<sup>25</sup>, razona con crudeza, y en la misma línea, que *“es ajustado a Derecho que se tengan en cuenta los ingresos a los que es acreedora la actora por resolución judicial en pleito de separación conyugal en concepto de pensión, con abstracción de si ha obtenido o no éxito la ejecución que haya podido seguirse si el obligado al pago ha incumplido la obligación señalada”*.

Quizás para evitar que, conforme a esta doctrina judicial, una pensión compensatoria nunca abonada le resultase un impedimento absoluto para acceder a una pensión no contributiva, lo cierto es que la mujer demandante, en el caso resuelto, y bien resuelto, en la STSJ/Cataluña de 29 de enero de 1999<sup>26</sup>, renunció a ella en convenio regulador. La sentencia de instancia reconoció la prestación y los motivos del recurso son casi insultantes: la atora cometió fraude de ley. La sentencia de suplicación razona que el fraude no se presume, que no es fraude el ejercicio de una facultad legalmente reconocida y que lo trascendente es la carencia de rentas suficientes, al margen de la causa de esa carencia, *“que tanto puede ser la desgracia, la prodigalidad o incluso la renuncia de bienes o derechos”*. Un caso bien resuelto, como decíamos, pero que traslada la sensación de que, para acceder a las pensiones no contributivas, las mujeres deben de renunciar a las pensiones matrimoniales.

Con este panorama judicial, no resulta extraña una nueva denegación en la STSJ/Madrid de 15 de marzo de 1999. Pero, en este caso, la mujer demandante, con un planteamiento inteligente, interpuso casación para unificación de doctrina, utilizando como de contraste una sentencia referida a otras deudas diferentes. En la STS de 22 de mayo de 2000<sup>27</sup>, la cual considera *“intrascendente a estos efectos que ésta (la sentencia de contraste) se refiera a unas cantidades adeudadas por indemnización por despido y salarios de tramitación, que tampoco percibió el interesado”*, se resuelve como sigue la contradicción: *“(el art. 12 del RD 357/1991) se refiere concretamente a bienes o derechos que dispongan el beneficiario o la unidad económica de convivencia; verbo que equivale a valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya; criterio que es coherente con la regulación general de las pensiones no contributivas, cuyo acceso y mantenimiento pende del estado de necesidad del beneficiario; excluyendo la ley de su percepción a quienes tienen un nivel de ingresos suficiente para subsistir, pero no a quienes, aún siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido, no obstante su diligencia para conseguirla”*. Argumentaciones demostrativas de que, dicho como breve comentario, la Razón no está reñida con el Derecho.

Hemos de saludar con agrado esta decisión que, sin duda alguna, ha sido el principio del fin de una irrazonable doctrina judicial, si bien, al tratarse de una decisión judicial –siempre referida a un caso concreto–, no determina –con carácter de generalidad– cuales sean los parámetros fácticos para considerar diligente la gestión de cobro: ¿Basta la

<sup>24</sup> AS 1997/1983.

<sup>25</sup> AS 1997/2966.

<sup>26</sup> AS 1999/879.

<sup>27</sup> RCU 3544/1999.

solicitud de ejecución civil o sería necesaria, además, la acreditación judicial de la insolvencia del deudor? ¿Resulta necesaria la denuncia penal? ¿Tales actuaciones deben ser coetáneas al hecho causante de la prestación o basta una razonable intermediación temporal? ¿Puede admitirse otras pruebas diferentes en orden a acreditar la diligencia en la gestión de cobro?

Por otro lado, la posibilidad de que el deudor pueda alegar como cargas las derivadas de pensiones matrimoniales –y con la finalidad de incentivar a su cumplimiento efectivo– se debería vincular a su cumplimiento efectivo del mismo modo que, para considerar como ingresos del acreedor los derivados de pensiones matrimoniales, estos deben ser efectivos.

En los documentos de trabajo previos a la redacción del Anteproyecto de la LOIEMH se planteó una reforma legal que, además de fijar con seguridad jurídica los parámetros de la diligente gestión de cobro, vinculaba las prestaciones del deudor a un riguroso cumplimiento de sus obligaciones. Pero esta reforma no salió adelante. Con lo cual la legislación nos sigue demostrando desinterés en la perspectiva de género, debiendo ello ser sometido a crítica.

### 3.2. Problemas de cómputo de los bienes gananciales

A los efectos de verificar la carencia de rentas o ingresos suficientes que, para acceder a las pensiones no contributivas, se establece legalmente en los arts. 363.1.d) y 369 de la LGSS, se plantea el problema del cómputo de los bienes gananciales, una cuestión aplicativa de “imputación subjetiva”<sup>28</sup> susceptible de acaecer tanto en el límite personal de recursos –la persona solicitante está casada en régimen de gananciales– como en el límite familiar de recursos –un familiar de la persona solicitante está casada en régimen de gananciales con un ajeno a la unidad familiar legal–. Desde una perspectiva estrictamente teórica, las soluciones posibles de esa cuestión aplicativa de imputación subjetiva son (1) un criterio individual, imputando la renta a quien la generó, al margen del régimen económico de su matrimonio –criterio seguido en la legislación fiscal, y, en concreto, en el art. 11 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre<sup>29</sup>, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–, y (2) un criterio matrimonial, imputando la renta en función del régimen económico del matrimonio de quien la generó –criterio que encuentra un cierto fundamento en la legislación civil, y, en concreto, en el artículo 1344 del CC en la medida en que establece que “las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos (el marido y la mujer) ... le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla (la sociedad de gananciales)”.

Dado el silencio sobre la cuestión en la LGSS, la cuestión se ha abordado jurisprudencialmente en relación a la imputación de rendimientos gananciales de capital mobiliario. En efecto, la STS de 26 de abril de 2013<sup>30</sup>, se ha enfrentado al problema de “determinar si los rendimientos del capital mobiliario que pueden disfrutar los beneficiarios de pensión no contributiva, casados en régimen de sociedad legal de gananciales, han de ser considerados como ingresos propios de cada uno de los cónyuges, imputándose la mitad de su importe al beneficiario, o si, por el contrario, ha de atribuirse la totalidad de la renta al

<sup>28</sup> Como atinadamente la denominan SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las pensiones no contributivas*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 2001), p. 55.

<sup>29</sup> BOE de 29 de noviembre de 2006.

<sup>30</sup> RCU 1651/2012.

*conjunto de la unidad familiar*". Y la respuesta ha sido la siguiente: *"la titularidad de los bienes gananciales pertenece, conjuntamente, a los cónyuges, que tienen una participación en todos y cada uno de los bienes que la integran, con lo que han de imputarse a un cónyuge idealmente la mitad de los ingresos del otro cuando se discuta el nivel de renta de una unidad familiar en el que está integrado un cónyuge, pero no el otro"*.

Es cierto, afirma el Tribunal Supremo, que *"la adjudicación del haber de la sociedad legal de gananciales por iguales mitades a cada uno de los cónyuges, solo se produce tras la disolución de dicha sociedad ... y aunque la solución de atribuir por mitad los ingresos de la sociedad constante matrimonio, supone utilizar una presunción en cuanto a su destino en orden a atender las necesidades del otro cónyuge que en muchas ocasiones no se corresponderá con la realidad ... este criterio se adopta por dos razones fundamentales"*. La primera en atención a la propia regulación de la unidad económica de convivencia de la LGSS que, en casos como el presente, de padre o madre solicitante de la prestación no contributiva con quien convive un descendiente casado, descompone formalmente ese matrimonio para excluir de la unidad económica al cónyuge no consanguíneo del solicitante, obviando que la convivencia real y afectiva de los esposos viene impuesta por la Ley y es obligado presumirla.

Y la segunda, porque ante esa situación, y en ausencia de porcentajes legales que señalen qué parte de los ingresos de la sociedad debe atribuirse a cada uno de los cónyuges para atender a sus propias necesidades ordinarias, se ha optado por imputarlos por mitad cuando no consta la existencia de hijos, por entender que es solución más lógica y gestionable, que la de acudir a la prueba de los gastos ordinarios satisfechos por el cónyuge no consanguíneo que, por numerosos y de escasa cuantía individual, serían en todo caso de muy difícil cuando no de imposible acreditación. Con ello ha seguido el propio criterio legal de dividir los ingresos de una familia por el número de miembros que la comprenden.

Ahora bien, esta atribución ideal de la mitad a cada cónyuge, según el Tribunal Supremo, se matiza cuando se trata de imputar rentas o cargas del matrimonio del hijo/a que a su vez tiene hijos/as –nietos/as del solicitante de la prestación–: *"En este supuesto no puede jugar la regla de atribución del 50 % de los ingresos a cada uno de los cónyuges, pues hay que ponderar la asignación de recursos a los hijos. De otra forma, como ilustra el presente caso, la atribución de recursos sería artificial, pues dejaría fuera de cómputo recursos que han de asignarse a una persona –la nieta– que permanece en la unidad de convivencia. Por ello, en estos casos hay que establecer una ponderación distinta que consiste en dividir los ingresos del grupo familiar concurrente en la unidad de convivencia por el número de sus miembros y extraer del cómputo los recursos asignados al miembro o miembros que no forman parte de la unidad legal de convivencia, lo que en el supuesto decidido conduce a asignar un tercio de los ingresos del hijo de la solicitante a la esposa de aquél"*.

Con todo, no debe olvidarse que el Tribunal Supremo ha dado recientemente una nueva vuelta de tuerca al tema, en concreto, en su sentencia de 29 de abril de 2015<sup>31</sup>, donde lo que se discutía era si han de ser objeto de cómputo para alcanzar el límite de acumulación de recursos los ingresos del esposo de la titular de una prestación no contributiva cuando

---

<sup>31</sup> RCU 238/2014.

existe entre ellos una situación de separación de hecho. Sin embargo, la respuesta del Tribunal Supremo sorprende al afirmar que *“la unidad económica de convivencia subsiste jurídicamente en tanto no se formalice judicialmente la situación de separación de hecho, en su caso con el correspondiente convenio económico regulador”*. Y es que, para esta sentencia *“la interdependencia económica que el legislador supone cuando se convive en la misma unidad económica, también se presume por el ordenamiento jurídico cuando el solicitante de la prestación y su cónyuge, aunque no convivan de forma real y efectiva, siguen participando en una comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales y siguen conservando el derecho a alimentos. Así ocurre con los cónyuges separados de hecho, que no hayan regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias”*.

El Tribunal Supremo sigue acogiendo, en consecuencia, un criterio matrimonial incluso en supuestos donde su razón de ser aparenta debilitarse, pues no es la misma la situación económica de un cónyuge en situación de normalidad matrimonial con una efectiva comunicación de ganancias que la de un cónyuge separado de hecho con derecho a participar en una sociedad de gananciales todavía no disuelta, incluso considerando su derecho a alimentos, y esta diferencia puede ser relevante para apreciar una situación de necesidad en orden al acceso a prestaciones no contributivas.

Si se nos permite una reflexión final de carácter general, acaso hubiera sido una vía de solución más segura haber prescindido del inseguro criterio matrimonial, y haber acogido el criterio individual por simple remisión a la legislación fiscal –como, por otra parte, se ha hecho con el complemento a mínimos, cfr. art. 59.1 LGSS–. No podemos pasar por alto que, en la legislación fiscal, el criterio individual es consecuencia de las emblemáticas SSTC 209/88, de 10 de noviembre<sup>32</sup>, y 45/89, de 20 de febrero<sup>33</sup> –que, como es bien sabido, obligaron a la declaración individual de los cónyuges en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas–.

### **3.3. Tratamiento de la fibromialgia a efectos de valorar la situación de discapacidad**

El acceso a la pensión de invalidez no contributiva se vincula, según el art. 363.1.c) de la LGSS, a la afectación *“por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por ciento”*, para cuya determinación el art. 3 del RD 357/1991, en relación con su disp. ad. 2ª, remite a los baremos de calificación del grado de minusvalía que, en su normativa vigente, se contienen en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>34</sup>, y, más en concreto, en su denominado Anexo I.A se establecen *“las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas”*, o, dicho en términos más asequibles, se establecen, a través de reglas generales y de tablas de valoración aplicables a cada caso individual, el porcentaje de discapacidad consecuente a cada enfermedad padecida por la persona de que se trate.

Aquí es donde surge el problema en relación con el olvido de una enfermedad feminizada como es la fibromialgia pues, atendiendo a la población general, afecta al 4,2 %

<sup>32</sup> BOE de 12 de diciembre de 1988.

<sup>33</sup> BOE de 2 de marzo de 1989.

<sup>34</sup> BOE de 26 de enero de 2000.

de las mujeres, pero solo al 0,2 % de los hombres, o sea, dicho de otra manera, son mujeres más del 90 % de las personas afectadas por la fibromialgia<sup>35</sup>. Y es que, a pesar de la supuesta exhaustividad de dicho Anexo I.A –en el sentido de recoger todas las enfermedades invalidantes–, la fibromialgia no aparece expresamente recogida como una dolencia de la cual se derive ninguna concreta discapacidad, a pesar de que, a la vista de la fecha del Real Decreto, la fibromialgia ya era entonces reconocida por la Organización Mundial de la Salud.

Frente a esta laguna, se ha planteado, como solución correctora utilizar las reglas generales y las tablas de valoración atendiendo a la sintomatología de la fibromialgia, y, en particular, las relativas a dolor o déficit sensorial. Solución acogida por la doctrina judicial. Y es que, como se afirma en la SJS nº. 5 Zaragoza de 22 de junio de 2010<sup>36</sup>, *“ante (la laguna del Anexo I.A), la solución correcta no debe ser no atribuir ninguna valoración a la enfermedad (sino) acudir a los criterios generales previstos en el Anexo I.A”*. Más modernamente, la STSJ/Galicia de 18 de septiembre de 2015<sup>37</sup>, añade que *“la no consideración de la fibromialgia ni de sus repercusiones físicas y psíquicas al socaire de la laguna en que incurre el Anexo I.A del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, supone desconocer la realidad de una enfermedad que, cuando alcanza determinada gravedad, incide profundamente en la capacidad de las personas, dando lugar a un injusto perjuicio para las personas discapaces en contra de lo previsto en el artículo 49 de la CE. Y ese desconocimiento se torna si cabe más injusto si consideramos que es una enfermedad feminizada, con lo cual se produciría vulneración del artículo 14 de la CE al encontrarnos ante una situación de discriminación indirecta en el sentido expresado en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”*.

Tal interpretación judicial correctora de la laguna normativa la cubre solo en parte –añádase ahora que la cubre en la parte en que la pueden cubrir los órganos judiciales sin saltarse la letra de la ley–, pues la laguna normativa –aún con la interpretación judicial correctora– sigue suponiendo de manera tendencial, en su aplicación a los casos individuales, una infravaloración de la fibromialgia como enfermedad causante de discapacidad. En primer lugar, porque la ausencia de contemplación específica impide valorar adecuadamente su entidad discapacitante. Y, en segundo lugar, porque ese vacío de valoración no siempre se puede cubrir con reglas generales o tablas valorativas pensadas para otras enfermedades.

### 3.4. Tratamiento de la violencia de género en las pensiones no contributivas

La Seguridad Social pretende proteger situaciones de necesidad, si bien, al hilo de esa finalidad principal, el legislador, en no pocas ocasiones, busca otras finalidades secundarias, y, entre ellas, se encuentra, en especial en las prestaciones de asistencia social, la reagrupación familiar<sup>38</sup>. Desde la perspectiva de género, el problema surge cuando esa finalidad secundaria de reagrupación familiar se encuentra imposibilitada a causa de la

<sup>35</sup> Las estadísticas y un completo estudio al respecto de la enfermedad y su afectación según género, puede encontrarse en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ([www.msssi.gob.es](http://www.msssi.gob.es)).

<sup>36</sup> Pto. 1316/2009.

<sup>37</sup> Rec. Sup. 612/2014.

<sup>38</sup> Sobre la protección social que se otorga a las víctimas de violencia de género en España, puede verse RON LATAS, R.P., “La protección social de las víctimas de violencia de género”, en VV.AA.: *Violencia de Género y Derecho del Trabajo (estudios actuales sobre puntos críticos)*, MELLA MÉNEZ, L. (Dir.), Editorial La Ley (Madrid, 2012), pp. 655 y ss.

violencia doméstica: la respuesta legislativa consecuente debería ser la renuncia a una reagrupación familiar imposible. Un ejemplo modélico es el derecho norteamericano, el cual aunque pretende, con relación a las prestaciones de asistencia social, la finalidad secundaria de la reagrupación familiar, admite, como norma excepcional frente a esa general, la no reagrupación en los supuestos de violencia doméstica. Efectivamente, las madres solas menores de dieciocho años, con un hijo a su cargo, deberán convivir con sus padres, sus tutores u otros parientes adultos para poder percibir asistencia social, salvo –aquí se encuentra, desde la óptica de género, lo interesante– en los supuestos de violencia doméstica<sup>39</sup>.

Nuestro derecho conoce, asimismo, la finalidad secundaria de reagrupación familiar en las pensiones no contributivas, pero, sin embargo, no contempla en ningún momento de la regulación legal o reglamentaria la excepción de la violencia de género o, más ampliamente, de la violencia doméstica. Para fomentar la reagrupación entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, el art. 363.3 de la LGSS, referido a la invalidez no contributiva, establece que los límites de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia se elevan, cuando en ella se integren aquellas personas, dos veces y media. Tal norma es aplicable, de acuerdo con el art. 369 de tal Ley, a la jubilación no contributiva. Pero, efectivamente, ninguna de ambas normas contempla la excepción de la violencia doméstica, lo cual conduce a situaciones irritantes<sup>40</sup>.

Una situación irritante se ejemplifica a continuación: una mujer, pensionista no contributiva, convivente con su esposo y con dos hijos, en cuyo caso el límite de acumulación de recursos, para el año 2017, asciende a 40.025,65 euros. Abandona la convivencia, por maltrato de su esposo, yéndose a vivir con su hermano/a, su cónyuge y un hijo de éstos: el límite asciende entonces a 16.010,26 euros. Sin ánimo de hacer más truculento el supuesto, imaginemos idénticos ingresos en ambas unidades económicas, excluida naturalmente la prestación asistencial: 18.000 euros. Fácilmente se constata el perjuicio de la víctima de violencia doméstica al desagruparse de la unidad privilegiada, donde se mantiene el agresor, para integrarse en la no privilegiada: su derecho se extinguirá. El mensaje legal a la víctima es tan claro como inmoral: si no convives con el agresor, pierdes la pensión, a pesar de ser idéntica la renta per cápita de ambas unidades económicas –obviamente, el supuesto resultaría ser aún más truculento si imagináramos, dentro de los márgenes legales, ingresos superiores en la unidad privilegiada respecto a la no privilegiada, determinando una renta per cápita superior en la unidad económica privilegiada con respecto a la no privilegiada–.

También se aprecian otros efectos perversos de normas –sólo aparentemente– neutras a la violencia doméstica en el cómputo de miembros de la unidad de convivencia. El artículo 13 del Real Decreto 357/1991 establece que “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el

<sup>39</sup> Véase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Editorial Civitas (Madrid, 1997), pp. 96 a 98.

<sup>40</sup> Un estudio amplio de tales situaciones en LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración de la tutela contra la violencia de género en la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Violencia de Género y Derecho del Trabajo (estudios actuales sobre puntos críticos)*, MELLA MÉNEZ, L. (Dir.), Editorial La Ley (Madrid, 2012), pp. 701 y ss.

tercer grado”. Resulta ser la convivencia, al lado de la existencia de lazos familiares, el elemento constitutivo de la unidad económica, no estableciéndose eventuales matizaciones derivadas de la ruptura de la convivencia por violencia doméstica, de donde, si se superasen, al reducirse el número de miembros de la unidad, los límites de acumulación de recursos, el beneficiario perdería el derecho a la pensión. Un ejemplo típico: una unidad familiar con una madre, beneficiaria de la prestación, un hijo a su cargo y otros parientes de la madre –normalmente, sus padres–, siendo el hijo común secuestrado por el ex-marido; al dejar el hijo de pertenecer a la unidad económica de la madre, los límites de acumulación de recursos de la unidad económica serán recalculados y su pensión asistencial podría extinguirse.

La prensa nos alertó de un problema similar –aunque con relación a otras prestaciones diferentes– en el derecho belga: una madre separada de su marido percibía una prestación asistencial por tener un hijo a cargo; el hijo fue secuestrado por el marido, sacándolo del país; la entidad gestora le retiró la prestación porque ya no tenía el hijo a cargo, aunque la madre denunciaba la dificultad de asumir los gastos de abogados derivados de reclamaciones a nivel nacional e internacional. Tal lógica argumental –o más bien, ilógica argumental– podría ser alcanzada en nuestro país si no integramos –como, además, se establece en el artículo 4 de la LOEIMH– la igualdad de mujeres y hombres en nuestro Sistema de la Seguridad Social.



Estudios de  
Doctrina  
Judicial

LABORUM



## Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad Subrogada)

### Social changes and maternity leave benefit (About Surrogate Maternity)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

#### Resumen

Se analizan los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificando doctrina en relación al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada acaecida a resultados de contratos suscritos en países que sí admiten esta forma de acceso a la maternidad.

#### Abstract

The recent announcements made in the Social Court of the Supreme Court are analysed by unifying the doctrine about recognising economic maternity benefits in assumed cases of surrogate maternity that occur as the result of contracts signed in countries where such access to maternity is allowed.

#### Palabras clave

Filiación; maternidad; Maternidad por subrogación; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Orientación sexual; Identidad sexual; Sexo y Género; Discapacidad; Reproducción asistida

#### Keywords

Filiation; maternity; Surrogate maternity; the European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union; Sexual orientation; Sexual identity; Sex and Gender; Disability; Assisted Reproduction

## 1. INTRODUCCIÓN

Las recientes declaraciones del Portavoz de la Conferencia Episcopal Española<sup>1</sup> “*condenando sin matices*” la maternidad subrogada coinciden prácticamente en el tiempo con diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconociendo a quienes son madres o padres por esta vía el derecho a la prestación económica por maternidad del sistema español de seguridad social.

Que la Conferencia Episcopal Española se manifieste en contra de la maternidad subrogada no constituye, posiblemente, motivo de extrañeza para nadie, pero sí debería servir para posicionar a favor de la maternidad subrogada a quienes todavía no se han formado una opinión definida sobre la misma o, en su caso, para reforzar su postura favorable: si la jerarquía católica se manifiesta en contra de una forma de acceder a la maternidad/paternidad que, *a priori*, no perjudica a nadie y desde luego, no al fruto de esta gestación, debe ser porque otorga opciones o derechos a quienes dicha jerarquía tradicionalmente se los ha negado, especialmente a los homosexuales y transexuales. Escudados tras el argumento de la “mercantilización” de la maternidad y la “explotación de

<sup>1</sup> [http://politica.elpais.com/politica/2017/02/24/actualidad/1487927653\\_244711.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/02/24/actualidad/1487927653_244711.html)

la mujer” se quiere así privar de una opción legítima a quienes no pueden ser madres o padres biológicos por otra vía, y aunque no con carácter exclusivo, afecta especialmente a quienes no pueden acceder a la maternidad/paternidad por su orientación o identidad sexuales. Sin querer caer en la demagogia, no recuerdo una manifestación pública semejante contra otras muchas formas de “mercantilización” cotidiana e involuntaria de la mujer ni tampoco ninguna actuación específica en contra de quienes fueron acusados de la venta de niños robados en el marco de instituciones religiosas y por personas vinculadas a la Iglesia –que algunas investigadoras cifran en más de 2000<sup>2</sup>–. Y tampoco creo que sea preciso recordar la consideración que la mujer ha recibido y recibe todavía por parte de la iglesia católica en muchos aspectos pero, lo que es más paradójico, en su papel de madre: una lectura de la “Carta a las Mujeres” del Papa Juan Pablo II pone claramente en evidencia cuanto estoy señalando<sup>3</sup>, sin olvidar otras muchas manifestaciones o declaraciones específicas en relación al papel o rol que la iglesia atribuye a las mujeres en la sociedad.

El Tribunal Supremo, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, unificando doctrina<sup>4</sup>, en relación al reconocimiento de la prestación económica de maternidad en supuestos de maternidad subrogada acaecida en países extranjeros en los que dicha posibilidad es legal y en todos los casos ha reconocido el derecho de los solicitantes de estas prestaciones<sup>5</sup>. Sin embargo, existen diferencias importantes en los supuestos fácticos que abordan las distintas sentencias y las dos dictadas por el Pleno cuentan con extensos votos particulares que disienten de la doctrina mayoritaria. La extensión de las sentencias dictadas por el Pleno y de sus votos particulares dan una idea de la complejidad jurídica, amén de ideológica y por tanto política, de una controversia que ha sido abordada por normas de diferente procedencia [de ámbito supranacional (Directivas comunitarias), internacional (Tratados Internacionales de Derechos Fundamentales) y nacional (Leyes, normas reglamentarias incluyendo decisiones administrativas de diferente rango)] y contenido (civiles, registrales, laborales) y consiguientemente, existen sentencias de los diferentes tribunales competentes para su aplicación e interpretación (para su interpretación, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito internacional) a los distintos tribunales nacionales de instancia hasta llegar al Tribunal Supremo, tanto en el orden civil como en el social. En todo caso, cada una de estas regulaciones y consiguientemente, los pronunciamientos judiciales que los han interpretado, contemplan esta realidad desde el ámbito desde su propia funcionalidad y, por tanto, resultan insuficientes en su consideración aislada para dar respuesta a una situación jurídica que presenta múltiples facetas y aristas y que genera opiniones muy encontradas en la sociedad.

<sup>2</sup> <http://www.lavanguardia.com/vida/20160827/404224358897/ninos-robados-una-asignatura-pendiente-con-2000-denuncias-en-el-cajon.html>

<sup>3</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/mujeres.htm>

<sup>4</sup> Sobre la doctrina judicial en suplicación, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, Aranzadi Doctrinal nº 1, 2017 (BIB 2017\10517).

<sup>5</sup> STS (Pleno) de 25-10-2016 (núm. rec. 3818/2015); STS (Pleno) de 16-11-2016 (núm. rec. 3146/2014); STS de 30-11-2016 (núm. rec. 3183/2015); y STS de 30-11-2016 (núm. rec. 3219/2015).

## 2. UN PRISMA JURÍDICO DE MÚLTIPLES CARAS

### 2.1. El punto de partida. La regulación de la maternidad subrogada en el ámbito del derecho español: la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida

Sin duda, el punto de partida de toda la controversia jurídica deriva de regulación que de la maternidad por gestación se recoge en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA). El citado artículo, tras declarar la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin ánimo de lucro, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, declara que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución, se determina por el parto. En estos casos, pues, es el hecho físico del parto lo que determina la filiación del nacido; la filiación no se determina por la procedencia u origen de las células reproductoras (óvulo y espermatozoide) que forman el cigoto del que deriva el embrión y posteriormente, el ser humano cuya filiación es objeto de regulación. Es independiente que la gestante sea o no aportante del ovulo u óvulos precisos para la gestación –que perfectamente podrían ser de otra mujer–: es la gestación y posterior alumbramiento lo que confiere la filiación en los supuestos de maternidad subrogada, según nuestra regulación legal. También aparece como irrelevante el origen del semen con el que se fecunda a la mujer gestante, que puede perfectamente ser del suscriptor del contrato de maternidad por subrogación, siendo así padre biológico también. Nos hallamos ante una de las “especificaciones” que consagra la LTRA a la forma común de determinación de la filiación consagrada por el Código Civil, a la que se remite expresamente (art. 7 LTRA)<sup>6</sup> y predicada de la madre, pues la evolución de las técnicas han invalidado el clásico aforismo latino “*mater semper certa est*” y siempre en el contexto de una regulación legal que se ha tenido que adaptar forzosamente a la existencia de matrimonios de personas del mismo sexo pero que no ha cubierto todavía algunas lagunas, contradicciones o discriminaciones en relación a los mismos<sup>7</sup>.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la maternidad por subrogación presenta diversas tipologías: desde el supuesto en que la gestante aporta también su óvulo (maternidad por subrogación plena) o el supuesto en el que no lo aporta (maternidad por subrogación

<sup>6</sup> Las otras “especificidades” en relación a la filiación conforme a lo dispuesto por el Código Civil son: a) La inseminación de mujer casada con varón, no separada legalmente o de hecho, precisa el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. En tal caso, la LTRA excluye la posibilidad de que ninguno de ellos pueda impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1 LTRA).

b) Sin embargo, la inseminación de mujer casada con otra mujer no precisa del consentimiento de esta última si bien, cuando no estuviera separada legalmente o de hecho, ésta puede manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge (art. 7.3 LTRA).

<sup>7</sup> A título meramente ejemplificativo, cabe señalar precisamente en el ámbito de la fecundación asistida financiada por el Sistema Nacional de Salud, la regulación claramente excluyente de las parejas de lesbianas en tanto la inseminación artificial y la fecundación in vitro sólo se reconoce con fin terapéutico o preventivo o en situaciones especiales, sin que en ninguno de dichos supuestos quepa encuadrarlas su “incapacidad reproductiva” que exige: 1.º Existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente infecundidad del mismo; 2.º Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

parcial), pudiendo proceder de la mujer que suscribe el contrato de maternidad o de una tercera; e igualmente, en relación al esperma, cabe que proceda del varón subrogante o de un tercero. En definitiva, que en la combinación de las distintas variables apuntadas en relación al origen de los materiales genéticos puede existir mayor o menor conexión genética con la madre subrogante, con la mujer subrogada, con el varón subrogado, o incluso, en el caso más extremos, no existir aporte genético de ninguno de ellos (ni de la madre gestante, ni de la madre o padre subrogados). En cualquiera de estos casos, si pese a la nulidad del contrato, se produjera en nuestro país esta situación, la filiación materna quedaría determinada por la mujer que diera a luz sin perjuicio, en su caso, de la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

## **2.2. La regulación de la filiación (matrimonial y no matrimonial) en el Derecho común español y de la inscripción de la filiación en el Registro Civil**

Las reglas comunes para la determinación de la filiación, y respecto de las que lo arriba señalado aparece como especificidad, se recogen en el art. 113 Cc. Según este precepto, la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado, remitiendo, para la admisión de pruebas distintas a la inscripción, a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. En relación a la filiación no matrimonial se dispone que se queda determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración realizada por el padre en el formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; y por sentencia firme; y en relación a la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Por su parte, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 dispone que las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o en los casos señalados por la Ley, por declaración en la forma que la Ley prescribe (es decir, remisión a los artículos anteriormente citados del Código Civil). Añadiendo que también pueden practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23).

Con todo se trata de una previsión a la que le queda poco tiempo de vigencia (hasta el 30 de junio de 2017) una vez finalice el periodo transitorio previsto por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, en relación a la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras (o decisiones emanadas de autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales) dispone que se podrá instar por dos vías: o previa superación del trámite del exequátur o ante el Encargado del Registro Civil a quien se le encomienda, con carácter previo, verificar distintas cuestiones y entre ellas, que la inscripción no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español (art. 96.3). También es de significar que entre estos extremos debe verificarse la validez de los documentos, la competencia del órgano judicial y la tutela judicial de las partes.

### **2.3. La filiación de los hijos de españoles nacidos por gestación subrogada en el extranjero. El papel de la Dirección General de Registros y del Notariado y la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en relación a la inscripción**

Partiendo de la prohibición en nuestro país de los contratos de gestación subrogada, con o sin ánimo de lucro así como del régimen jurídico que rige la determinación de la filiación y su inscripción registral, el problema que ha venido presentándose es qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten la maternidad por subrogación y concretamente, si se puede entender que esta prohibición constituye una norma de orden público, lo que impediría dar validez a la determinación de la filiación que pudiera realizarse conforme a la legislación extranjera que admite la maternidad por subrogación. Inicialmente, es un problema de carácter civilista –el de la determinación de la filiación– pero que ha alcanzado al ámbito de la Seguridad Social cuando, determinada la filiación a favor de quienes acuden a la maternidad por subrogación, solicitan del Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación económica por maternidad. Antes de abordar esta última cuestión, es preciso hacer una referencia a la problemática de la determinación de la filiación en estos supuestos, pues sin el previo reconocimiento de la filiación a favor del o de los progenitores, no se hubiera producido la segunda situación.

El Código Civil es claro en la determinación de la ley aplicable para la determinación de la filiación. Si con carácter general la ley personal en relación al estado civil y derechos y deberes de la familia viene determinada por su nacionalidad (art. 9.1 C.c), en relación a la filiación por naturaleza precisa que se rige por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación y a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, la ley nacional del hijo en ese momento, salvo que esta ley no permitiera el establecimiento de la filiación o si el hijo careciera de residencia habitual y de nacionalidad, en cuyo caso debe aplicarse la ley sustantiva española (art. 9.4 Cc), que como arriba se apunta, dispone que en relación a la inscripción en el Registro Civil pueden practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos de asientos extendidos en Registros extranjero, siempre que se adecúen a la legalidad española (Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957) o que resulte manifiestamente incompatible con el orden público español (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>8</sup> estableció los criterios para determinar las condiciones para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes entre los que la Resolución menciona expresamente la protección de las mujeres y la evitación del tráfico internacional de menores. La citada Instrucción DGRN exige para la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero mediante esta técnica una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, resolución judicial que, salvo que resulte aplicable un Convenio

---

<sup>8</sup> Con anterioridad, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 había acordado la inscripción de los hijos que un matrimonio de varones españoles había tenido por subrogación en California, Estados Unidos. La STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012) anula la citada inscripción.

internacional, debe ser objeto del procedimiento de exequátor conforme a lo dispuesto en la LEC, salvo que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el encargado del Registro Civil debe controlar, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España conforme a los criterios que la propia Instrucción establece<sup>9</sup>. En todo caso, queda excluido como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificado médico relativo al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Con posterioridad a la citada Instrucción, pero dictada en relación a una Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que había acordado la inscripción de los hijos que un matrimonio de varones españoles había tenido por subrogación en California, Estados Unidos, la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012) anuló la citada inscripción, descartando que el “interés superior del menor” pudiera justificar la vulneración de una norma española de orden público como es el art. 10.2 LTRA. Es de significar que la citada STS de 6 de febrero de 2014 no hace referencia alguna, pese a que es posterior, a la indicada Instrucción de la DGRN –no así el Voto Particular que la menciona como manifestación de la flexibilización y regularización de estos supuestos–. Y es que, sin ánimo de abundar ahora en el aspecto civilista de la controversia, el alcance de la discrepancia de los magistrados es claro: mientras el voto mayoritario se centra en considerar que se produce una vulneración del orden público internacional y por tanto, niega el acceso de esa filiación al Registro Civil, el voto particular considera que no se trata de valorar si el contrato de maternidad por subrogación suscrito conforme a la legalidad de un país extranjero violenta o no el orden público español sino del reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa: la que determina la filiación a favor del o de los progenitores españoles. Es de significar que la STS de 6-2-2014 descarta que el “interés superior del menor” permita al juez alcanzar el resultado pretendido por cuanto se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse tomando en consideración los valores sociales contenidos tanto en las reglas legales nacionales como en las Convenciones internacionales. Posteriormente, el Auto del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 2 de febrero de 2015 (núm. rec. 245/2012), dictado en un incidente de nulidad de actuaciones promovido en base a la jurisprudencia del TEDH a la que se hace referencia en el epígrafe siguiente, descartó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia, en atención a que el ordenamiento español permite el reconocimiento de la paternidad biológica en favor de quien fuera el padre biológico del menor –que presume que alguno de los dos varones lo era– así como la

---

<sup>9</sup> Dicho control incidental debe alcanzara a:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

adopción del menor por lo que su superior interés está protegido por estas vías, así como por el reconocimiento de la “situación familiar de facto”, lo que aparta la regulación española de la francesa e italiana sobre las que versaba la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos a la que se hace referencia a continuación.

Con todo, en el ámbito civil la situación jurídica es peculiar pues es plenamente aplicable la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado que sí permite la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero de padres españoles a resultas de los contratos de maternidad subrogada suscritos conforme a las legislaciones extranjeras por cuanto la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012) limita sus efectos al caso particular que resuelve. En este sentido, la Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de Registros y del Notariado declara vigente la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>10</sup>

#### **2.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el “interés del menor”**

El segundo plano del complejo prisma jurídico de la maternidad por subrogación está constituido por varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las STEDH de 26 de junio de 2014 que resuelven dos asuntos muy similares (Caso Menesson c. Francia; Caso Labassee c. Francia) y la STEDH de 27-1-2015 (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia) y que, como se ha señalado, el Tribunal Supremo (Civil) no ha considerado válidas para rectificar su doctrina.

En el Caso Menesson c. Francia (demanda 65192/11) se trata de una pareja heterosexual de nacionalidad francesa que tras reiterados fallos en los intentos de procrear mediante la fecundación in vitro con sus propios gametos, recurre a la gestación por sustitución en California. Tanto en vía administrativa (el Consulado) como judicial desestiman la inscripción al considerar que estas inscripciones serían nulas al contravenir los principios del orden público. En el Caso Labassee c. Francia también se trata de una pareja francesa heterosexual con problemas de fertilidad que suscribe un contrato de maternidad por subrogación en Minnesota (Estados Unidos) y al igual que en el caso anterior se deniega la inscripción y por idénticos motivos.

El TEDH, aunque considera que no se ha producido ninguna violación del derecho a la protección de la vida familiar porque los padres y las hijas han podido instalarse en Francia en una situación similar, desde el punto de vista jurídico, al resto de familias, sin que exista riesgo de separación de las menores respecto de sus progenitores, concluyó sin embargo que sí se había vulnerado el derecho de las menores en lo que se refería al respeto a su vida privada. Para el TEDH este derecho comprende que cada uno pueda establecer la sustancia de su propia identidad, incluida su filiación, situación que es especialmente grave en tanto el derecho francés no permite siquiera a quien es el padre biológico de las niñas ni su reconocimiento ni su adopción. Por todo ello concluyo en que la regulación francesa violaba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto a la vida privada y familiar).

<sup>10</sup> <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>

Diferente –y de mayor gravedad– es la situación resuelta por la STEDH de 27-1-2015 (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia). En este caso, se trataba también de un matrimonio heterosexual italiano que, también tras varios fracasos de fecundación in vitro, recurrieron a un vientre de alquiler en Rusia, país en el que se desarrolló la gestación y el parto. Con carácter previo la madre gestante consintió a favor del matrimonio la inscripción del hijo que estaba gestando. Aunque inicialmente se reconoció la filiación del hijo a favor del matrimonio italiano conforme a la legislación rusa, posteriormente, los progenitores fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción y se les negó el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero y además, tras seis meses de convivencia, se puso al niño bajo la tutela de una institución y, posteriormente, fue entregado a una familia de acogida. En este caso, y a diferencia del anterior, el TEDH concluyó en la violación por Italia del derecho a la vida familiar (art. 8 Convenio) en el entendimiento de que, tras seis meses de convivencia, constituían una familia de facto, cuyo derecho fue violado con la separación del menor y su entrega a una institución y posteriormente, a una familia de acogida.

### **2.5. La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la (escasa) normativa comunitaria en el ámbito social**

A diferencia de la jurisprudencia del TEDH que no aborda, en ningún momento el tema del acceso a la prestación por maternidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí ha tenido ocasión de manifestarse específicamente sobre esta cuestión en diversas sentencias en relación a las distintas Directivas en las que puede ampararse la invocación de este derecho dentro del marco comunitario, vinculado, por tanto, a cuestiones de igualdad y no discriminación (por diversos motivos) y las vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo (en este caso, de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia).

En el asunto que conoce la STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-167/12) (Asunto C. D y S. T.) se resuelve la cuestión prejudicial presentada por un Juzgado británico en el curso de un proceso iniciado por una trabajadora británica de una Fundación vinculada al Servicio Nacional de Salud, que acudió, conforme a la normativa británica<sup>11</sup>, a la maternidad por subrogación. La normativa nacional no contempla el permiso por maternidad para estos supuestos de maternidad: sólo los contempla para la maternidad biológica y por adopción pese a que Gran Bretaña sí admite la maternidad por subrogación y, coherentemente, regula la atribución de la filiación del hijo nacido mediante la maternidad por subrogación<sup>12</sup>. En este caso, el embrión fue creado con el esperma de la pareja de la solicitante pero el óvulo no era de ella, que no estuvo en ningún momento embarazada aunque sí amamantó al recién nacido (durante tres meses). Solicitado el permiso de maternidad le fue denegado por la empleadora y aunque posteriormente le fue concedido en atención a una previsión normativa singular de carácter discrecional aplicable por la empleadora, se le denegó la prestación económica por

<sup>11</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 2008

<sup>12</sup> Art. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008: “Se considerará legalmente hijo de los solicitantes, si:

- el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión, o de esperma y óvulos, o de su inseminación artificial;
- se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión, y
- se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga.

maternidad. La cuestión prejudicial va referida a si esta denegación vulnera la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia o en su caso, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En relación a la primera cuestión, el Tribunal descartó que los Estados miembros estén obligados, en virtud del artículo 8 de dicha Directiva, 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 amamanta efectivamente. Y en relación a la segunda, concluyó 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.

De la misma fecha es la otra STJUE que atiende directamente a la cuestión abordada: la STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363-12; Asunto Z. y A Government department; The Board of management of a community school). En este caso, existen tres diferencias respecto del caso anterior: 1) Irlanda, que es el Estado miembro en el que se plantea el debate, no reconoce la maternidad por subrogación y todo el proceso de gestación se desarrolla a resultas de un contrato de maternidad subrogada suscrito por una pareja heterosexual en California; 2) La Sra. Z. sufre una rara afección: posee ovarios sanos y es fértil, pero carece de útero y por tanto, no puede gestar; no se trata de un problema de infertilidad sino de imposibilidad física para la gestación; en este sentido, es de señalar que se utilizaron los gametos de los padres subrogantes; 3) La madre subrogante no ha amamantado en ningún caso al recién nacido por lo que queda excluida la alegación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pero entra en juego la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

La citada STJUE concluyó, en relación a la primera Directiva, que no constituye una discriminación basada en el sexo la denegación de un permiso retribuido equivalente al 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 por cuanto si el solicitante fuera varón también le hubiera denegado dicho permiso conforme a la legislación nacional. Excluye también que exista discriminación por razón de discapacidad en el entendimiento de que la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye, en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él que es el sentido que cabe atribuir al concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78; por tanto, para el TJUE no cabe comprender en el ámbito de Directiva 2000/78 la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción.

## **2.6. La maternidad protegida por el sistema español de Seguridad Social: el TRLGSS y el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural**

En la actualidad (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, TRLGSS) son situaciones protegidas a efectos de la prestación económica de maternidad, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 177 TRLGSS).

Por tanto, aunque el TRLGSS en apariencia define las situaciones protegidas por el sistema, en realidad carece de esa autosuficiencia normativa pues remite a los periodos de descanso que para tales situaciones se disfruten conforme a la normativa laboral (ET o EBEP). Se trata de una previsión lógica en tanto la prestación económica de maternidad es una renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir a consecuencia de la suspensión del contrato que la normativa laboral prescribe o permite (según se trate del descanso obligatorio o voluntario) de tal forma que no se percibiría la prestación económica si no hay suspensión contractual aunque, en sentido contrario, cabe perfectamente que proceda la suspensión contractual y, sin embargo, no proceda el abono de la prestación económica de maternidad, cuando no se cumplen los requisitos, normalmente de carencia, a los que esta está condicionada. En todo caso baste ahora señalar que el TRLGSS se refiere a la “maternidad”, que puede ser interpretado bien de forma genérica (como cualidad de madre), o bien de forma más específica, como maternidad biológica, es decir, la que tiene lugar tras un proceso de gestación y que culmina con un parto (vaginal o por cesárea). El hecho de que a renglón seguido se refiera a la adopción –que inviste de la cualidad de progenitor (madre y/padre) en tanto instituye la filiación del adoptado– parece apuntar en esta segunda línea. En todo caso, y como ahora se señalará, este precepto, hay que situarlo en su contexto y evolución histórica pues en esta evolución se han contemplado como situaciones protegidas otras figuras de cuidado y atención de menores que no derivan de relaciones de filiación, ya sea biológica o jurídica (adopción), como son la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, cuando reúnen determinados requisitos.

La situación aparece de diferente manera si atendemos a la regulación en el ámbito de la suspensión del contrato a la que se remite el TRLGSS. En este ámbito, en un primer momento con la finalidad de establecer la duración del periodo de suspensión contractual y, posteriormente para diferenciar algunos aspectos de su régimen jurídico, el Estatuto de los Trabajadores ya diferencia la maternidad en los supuestos de “parto” y la maternidad en supuestos de “adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento”. No hay, pues, referencia alguna en el Estatuto de los Trabajadores a la “maternidad por subrogación” cuya característica, y sin perjuicio de las diversas situaciones que pueden producirse, es que, en general, la filiación del menor respecto del progenitor/es es originaria, es decir, se produce desde el momento mismo del nacimiento; no hay una filiación “derivada” o de segundo

grado, como ocurre en los supuestos de “adopción”, que supone la modificación de la filiación originariamente atribuida.

Y tampoco la norma reglamentaria de desarrollo de las prestaciones de maternidad (Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) cambia mucho el panorama normativo: para la definición de las situaciones protegidas se utiliza la misma triada de “maternidad, adopción y el *acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple*<sup>13</sup>” (art. 2) pero en la regulación de otros aspectos del régimen jurídico de la prestación es frecuente la referencia y contraposición entre el régimen aplicable a los supuestos de parto y el aplicable a la adopción y acogimiento (entre muchos, art. 3 referido a los beneficiarios, pero también es especialmente importante el art. 14, en relación al procedimiento de solicitud de la prestación). Esta diferenciación es clara en tanto tradicionalmente a la suspensión del contrato en los supuestos de maternidad biológica se le atribuye una doble funcionalidad: la recuperación de la salud de la madre y la atención del recién nacido, no concurriendo la primera necesidad en el supuesto de la maternidad por adopción ni en los otros supuestos configurados en el actualidad como situaciones protegidas que exceden del concepto genérico de maternidad en tanto relación de filiación (biológica o por adopción). Como particularidad reglamentaria, el RD 295/2009 de 9 de marzo contiene una previsión específica por la que equipara a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (art. 2.2). Se trata de una previsión cuya finalidad fue permitir el reconocimiento de la Kafala, institución jurídica de derecho islámico cuyos efectos son similares a la adopción o al acogimiento en tanto instituyen una tutela a favor de un menor, pero con la diferencia que en la Kafala el niño no deja de pertenecer a su familia de origen ni adquiere parentesco alguno con su tutor.

## **2.7. La doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: doctrina mayoritaria y votos particulares**

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de unificar doctrina en relación a si la maternidad por subrogación constituye situación protegida a efectos de lucrar prestaciones económicas por maternidad. Ha sido a través de cuatro sentencias –dos de ellas del Pleno– y cada una de ellas presenta sus propias singularidades y votos particulares. Ello no impide, pese a que uno de los votos particulares a una de las sentencias plenarias considera que no existe la contradicción alegada por la diferencia de supuestos, lo interesante de estas sentencias es su capacidad para superar, dentro de la legalidad procesal, esas pequeñas diferencias o matices fácticos, para acudir a la esencia jurídica del problema, que

<sup>13</sup> El cambio de denominación de estas figuras procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cuya D.A.6ª dispone:

**Disposición adicional sexta. Equiparación de regímenes jurídicos en materia de acogimiento.**

*“A los efectos de las normas y leyes existentes con anterioridad a la presente ley y de las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas con Código Civil propio o con leyes civiles que lo regulen, se equipara la situación de acogimiento familiar temporal con acogimiento familiar simple, y la situación de guarda con fines de adopción con el acogimiento preadoptivo”.*

no es otro que analizar si cabe considerar la maternidad por subrogación situación protegida a los efectos del acceso a la prestación de maternidad y dentro del estrecho margen que deja para la interpretación la normativa arriba señalada.

Porque, en definitiva, la verdadera solución al problema sólo puede venir de la intervención del legislador que atienda a las múltiples consecuencias jurídicas de una situación real y que confiera garantías jurídicas a todas las personas implicadas incluyendo las garantías precisas para evitar que pueda utilizarse como una nueva forma de explotación. A esta misma necesidad se refieren la sentencias analizadas, así como sus votos particulares.

### **2.7.1. Una diversidad de supuestos de hecho**

*STS de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015). Ponente: Mag. Sr. D. A. V. Sempere Navarro (Voto Particulares)*

El supuesto fáctico en este caso es un varón español que suscribe contrato de maternidad por subrogación con una mujer en Nueva Delhi. Tras la gestación nacen dos niñas, siendo el contratante padre genético de las mismas y los óvulos de la gestante. En documento público ante notario la madre gestante declara que es la madre de las recién nacidas y que renuncia a las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, concediendo al otro progenitor el ejercicio legal de estas funciones y aceptando además que la guardia y custodia sea ejercida exclusivamente por el padre de las niñas, autorizándole a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección.

En este supuesto, nos hallamos ante un padre biológico y una madre inseminada artificialmente que renuncia al ejercicio de las guardia y custodia a favor de aquél. No hay, pues una atribución legal de la filiación ab origen a favor de quien suscribe el contrato de maternidad subrogada sino una renuncia posterior de la madre.

*Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3146/2014). Ponente: Mag. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga (Votos Particulares)*

En este caso se trata de una 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. No consta en los hechos probados de la sentencia el origen de los gametos y si alguno de los progenitores (la mujer o el varón) lo es también biológico.

*Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3183/2015). Ponente: Mag. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer (Voto Particular).*

En este caso se trata de un varón que acudió a la maternidad subrogada en Chicago (Estados Unidos). A resultas del proceso de gestación, el menor, del que es padre biológico, fue inscrito como progenitor único. Una vez en España solicitó y lucró prestaciones de paternidad; siéndole denegada la posterior solicitud de prestaciones de maternidad.

*Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3219/2015). Ponente. Mag. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer (Voto Particular).*

En este caso se trata de un matrimonio homosexual (varones) que fueron padres biológicos de dos menores nacidos en California a resultas de un contrato de maternidad por subrogación. En las inscripciones del Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos) constan como hijos de ambos, como progenitores A) y B) y en el Libro de Familia español constan como hijos biológicos de ambos. El solicitante de la prestación de maternidad está afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Su esposo solicitó la prestación de paternidad, que le fue reconocida. Sin embargo, al trabajador solicitante de la prestación de maternidad le fue denegada. Se solicita prestación de maternidad de 18 semanas en atención al parto múltiple.

Como se puede ver, los supuestos son diferentes, e incluso diferentes también en el caso de otras sentencias resueltas en suplicación. En tres de los casos (el otro no queda claro) alguno de los progenitores registrales es también progenitor biológico, aportando el esperma. En dos de los casos son dos varones solteros, formando una unidad monoparental; en otro caso es una pareja heterosexual y en el último supuesto, un matrimonio homosexual, siendo cada uno de los varones padre biológico de uno de los gemelos, pero solicitando la prestación de maternidad sólo uno de ellos, por una duración de 18 semanas, por parto múltiple.

### **2.7.2. La doctrina mayoritaria**

Las dos sentencias plenarias son las que contienen la argumentación más extensa, remitiéndose las otras dos a su doctrina. Es importante poner de manifiesto que la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) deliberadamente pretende dar una respuesta general al problema de si el nacimiento a resultas de un contrato de maternidad por subrogación obsta (como pretende el INSS) o no el acceso a lucrar prestaciones por maternidad, sin que sea determinante del fallo el hecho de que, en el supuesto concreto que viene a resolver, el varón solicitante de la prestación sea también el padre biológico. Nos hallamos pues, ante una doctrina que resuelve específicamente si la maternidad por subrogación acaecida en el extranjero, donde sí está permitida, y una vez determinada la filiación a favor del progenitor/es demandante de la prestación de maternidad impide, con independencia de que quepa respecto del varón que sea también padre biológico, lucrar prestaciones de maternidad.

La doctrina del Tribunal Supremo en la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) cabe resumirla en los siguientes puntos<sup>14</sup>:

a) La respuesta no se halla ni en la doctrina del TEDH –que, como hemos dicho, concede el derecho por aplicación del art. 8 de la Convención pero en unos supuestos que no son equiparables a la situación española, puesto que permite el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad y no atenta tampoco contra la situación familiar “de facto”, en tanto se permite el mantenimiento de la familia. Tampoco se encuentra en la jurisprudencia

<sup>14</sup> La doctrina de la STS (Pleno) de 16-11-2017 (núm. rec. 3146/2014) es coincidente en reconocer el derecho a la prestación por maternidad y es parcialmente coincidente en la argumentación bas

del TJUE, que se limita a declarar que tal supuesto no entra dentro del ámbito de las Directivas comunitarias relativas a la protección de la maternidad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales durante la gestación y el periodo de lactancia, ni respecto de la discriminación por razón de sexo ni de discapacidad.

b) Existen argumentos constitucionales que deben valorarse como criterios interpretativos. Además del interés del menor –que la Sala de lo Civil descarta que tenga el valor suficiente como para imponerse sobre la norma de orden público internacional que contempla el art. 10 LRA–, que debe actuar como canon interpretativo, el art. 39 CE establece principios interpretativos relevantes a estos efectos según el art. 53 CE: la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y la necesidad de que los poderes públicos velen por los derechos de los niños.

c) El listado de situaciones potencialmente protegidas está parcialmente abierto. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina anterior que descartaba la posibilidad de la aplicación analógica en los supuestos ignorados por las leyes, al considerar que en este caso existe amparo normativo que da cobertura a la consideración de la maternidad por subrogación como situación protegida: la previsión recogida en el art. 2.2 RD 295/2009, de 9 de marzo, que asimila jurídicamente a la adopción otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas cuya finalidad y efectos jurídicos sean similares a la adopción. A juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nos hallamos ante una relativa apertura de los supuestos protegidos que permite una cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Con todo, la sentencia tiene muy cuidado en resaltar que en este caso en el que el solicitante es, además, padre biológico se trata de un recurso interpretativo adicional; pues en todo caso, “pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre”.

d) La situación de necesidad concurre y debe interpretarse aplicando los citados principios constitucionales. Para la Sala de lo Social, la nulidad que nuestro Derecho preconiza del negocio jurídico que subyace a la cuestión examinada (la maternidad subrogada) no se opone a la protección que la seguridad social confiere a la maternidad; es decir, no nos encontramos ante bloques normativos enfrentados sino que se trata de normativas que responden a lógicas diversas y, por tanto, también es diferente su aproximación al supuesto de hecho. Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 233/1999, de 16 de diciembre; STC 150/1990, de 4 de octubre; y STC 222/2006, de 6 de julio) que prescribe la necesidad de resolver las contradicciones y lagunas normativas conforme a los principios generales que informan y sustentan el ordenamiento jurídico, concluye en que la nulidad del negocio jurídico no excluye la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en el núcleo familiar. Por lo demás, recuerda que nuestro ordenamiento reconoce en otros muchos casos efectos a negocios jurídicos válidos. El hecho de que el negocio jurídico sea nulo conforme a nuestro Derecho no excluye que despliegue sus efectos: y en particular, en lo que aquí interesa, la inserción de los menores en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo y todo el contexto del mandato impuesto por la Constitución (art. 39) ja los poderes públicos de arbitrar medidas para la protección de la familia. También la conciliación de la vida laboral y familiar aparece

como criterio interpretativo imprescindible para aquilatar el alcance de los derechos conferidos a partir de la existencia de un menor.

e) A lo anterior, la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) añade argumentos adicionales partiendo de la premisa de que en el caso particular que viene a resolver el solicitante de la prestación por maternidad es también el padre biológico. Estos argumentos son de legalidad ordinaria: la posibilidad de transferencia del derecho al disfrute de la totalidad del permiso (y prestación sustitutiva) de la madre biológica al otro progenitor en diversos supuestos (en caso de fallecimiento de aquella o cuando cuando la madre biológica no tiene derecho a prestaciones) abunda en la interpretación analógica dirigida a la protección de la situación de necesidad que se produce en el caso examinado.

### 2.7.3. Los votos particulares

Como se ha dicho, ambas sentencias plenas cuentan con votos particulares que se apartan de la doctrina mayoritaria. En lo que se refiere a la STS de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) hay dos votos particulares: un de carácter procesal, en tanto considera que no concurre la contradicción alegada, y dos de carácter sustantivo.

#### *a) Voto particular de carácter procesal: ausencia de contradicción<sup>15</sup>*

El voto particular descarta la existencia de la necesaria contradicción exigida por la norma rituarial, aunque señala que comparte el criterio de fondo que conduce al fallo estimatorio. A juicio de la Magistrada firmante, falta de contradicción es fáctica y jurídica. En primer lugar, entre ambos casos existen diferencias de hecho, porque mientras en la sentencia que se alega como contradictoria (STSJ País Vasco de 15-5-2015) se denegó la prestación a la mujer que recurrió a la maternidad subrogada en San Diego (California), y por tanto, es una maternidad por subrogación en sentido propio, en el caso examinado se trata de un padre que solicita prestaciones de maternidad tras haber sido padre biológico –mediando también contrato de maternidad por subrogación– y haber renunciado la madre biológica, que aparece como madre registral al ejercicio de la guardia y custodia. También considera que existen diferencias jurídicas puesto que en el primer caso cabe hablar de subrogación en la maternidad –sustitución de una madre biológica por otra comitente–, mientras que en el segundo se trata de la atribución exclusiva de la patria potestad al padre por renuncia expresa de la madre y aunque en ambos casos hay inscripción en el Registro Civil, sólo en el caso de la sentencia de contraste se da la circunstancia de que quien aparece como madre no es la mujer que ha dado a luz (gestante subrogante), sino la madre subrogada mientras que en el caso examinado el padre reconoció su paternidad junto a la filiación materna determinada por el parto y, a continuación, la madre llevó a cabo un acto expresivo de su voluntad de abandono de las niñas.

---

<sup>15</sup> Magistrada. Excm. Sra. Lourdes Arastey Sahún.

*b) Voto particular sustantivo nº 1: el subyacente rechazo al reconocimiento del estatus de “padres”<sup>16</sup>*

La discrepancia sustantiva de este muy extenso voto particular versa sobre el título jurídico en virtud del cual debe reconocérsele al solicitante la prestación; frente al criterio mayoritario que deliberadamente ha soslayado –más allá de su invocación como argumento adicional– la condición de padre biológico del solicitante de la prestación de maternidad, el voto particular considera que el reconocimiento de las prestaciones de maternidad del reclamante debe basarse en tal cualidad biológica y en la situación fáctica en la que quedan los menores a resultas de la renuncia de la madre a la patria potestad.

Son muchos los argumentos que invoca este voto particular, siguiendo el mismo esquema expositivo seguido por el criterio mayoritario. De entre todos los argumentos –soslayando ahora los relativos a la relevancia del interés del menor, sus consideraciones sobre el carácter no abierto de las situaciones protegidas y la imposibilidad de aplicación analógica de las normas al no existir laguna jurídica alguna sino una prohibición expresa de la maternidad por subrogación, lo que a mi parecer refleja el citado voto particular, también fundamentado en Derecho como el voto mayoritario, es una interpretación axiológica articulada en torno a la voluntad de no reconocer el derecho de los padres por subrogación a ser reconocidos como tales. Hay pues también una deliberada interpretación de la norma sustentada en los propios valores de quienes formulan el voto particular –muy respetables– pero que incurren en el mismo defecto que parecen imputar al criterio mayoritario: la negativa a reconocer la condición de padres (hombres o mujeres) a quienes no son padres o madres biológicos: “(...) lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. El actor (...) podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del «interés del menor», invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate –a lo que se ve– no es prioritariamente defender el interés de las menores que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama –y este es el debate– que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos (...)”. Y una afirmación similar subyace a la afirmación de que en el caso de la sentencia de contraste –en la que la madre no es aportante del gameto– la madre tenía la posibilidad de adoptar al menor, concluyendo incluso que es la actuación –que tacha de fraudulenta– de estos la que sitúa a los menores en situación de desamparo.

*c) Voto particular sustantivo nº 2: sobre la nulidad del negocio jurídico y sus efectos y el fraude de ley<sup>17</sup>*

Este voto particular hace suyas parte de las consideraciones recogidas en el Voto particular anterior, pero discrepa en la consideración final de aquél que acaba concluyendo en el posible reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en su condición de

<sup>16</sup> Magistrado Excmo D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhiere el Magistrado Excmo Sr. D. José Luis Gilolmo López.

<sup>17</sup> Magistrados Excmo. Sr. D José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

padre biológico. Para los magistrados firmantes de este voto particular la sentencia mayoritaria incurre en incongruencia al no abordar y resolver la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación por sustitución –que considera que no puede producir efecto alguno –y la de la renuncia de la madre que gestó a las hijas nacidas por reproducción asistida, ni razonar tampoco sobre la existencia de un fraude de ley –concurrente a su parecer– que no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley.

Por su parte, la STS (Pleno) de 16-11-2016 (núm. rec. 3146/2014) mantiene la misma doctrina mayoritaria en el reconocimiento de la prestación de maternidad sobre los mismos argumentos de la protección del menor si bien, a diferencia de la anterior y puesto que quien solicita la prestación de maternidad es la madre subrogada, no contiene ninguna referencia a la condición biológica de la madre. Como se ha señalado supra, no consta en los hechos probados de la sentencia el origen de los gametos y si alguno de los progenitores (la mujer o el varón) lo es también biológico. Y al igual que la anterior, también contiene votos particulares (sustantivos) de los mismos magistrados que la anterior y sobre los mismos argumentos.

### **3. UN BREVE EPÍLOGO: ALGUNAS REFLEXIONES NO ESTRICTAMENTE JURÍDICAS**

Ha quedado puesto de manifiesto que son muchos los problemas jurídicos que plantea la maternidad subrogada en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Compartiendo la solución jurisprudencial finalmente adoptada por el criterio mayoritario en relación al reconocimiento de la prestación económica por maternidad y desde el convencimiento de que nos hallamos ante una cuestión que merece un análisis más sosegado que el que aquí puede abordarse, se apuntan a continuación algunas reflexiones anticipando que, deliberadamente, exceden del ámbito (cómodo) de lo estrictamente jurídico.

Entre los argumentos que se esgrimen en contra de la aceptación de la maternidad subrogada se encuentra la mercantilización de la gestación, la cosificación de la mujer y la posible explotación de aquellas mujeres que, expuestas a situaciones de necesidad o pobreza, pueden verse compelidas a venderse como gestantes. Son afirmaciones que no encuentran apoyo en la realidad: en ninguno de los supuestos que han dado lugar a las distintas resoluciones judiciales, en suplicación o en casación, se ha puesto de manifiesto la posible explotación de una situación de necesidad de la madre gestante y, en relación a la mercantilización o cosificación de la mujer, sería cuestionable si incurre en ella quien desea acceder a la maternidad biológica y abona el precio que le es solicitado por esa gestación voluntaria o quien reduce el valor de la mujer a su condición esencial o primaria, que es su capacidad de gestar. Si no concurren vicios del consentimiento, si la mujer gestante es informada y asume las consecuencias de su elección, el reconocimiento de la capacidad de decidir es reconocerle la mayoría de edad que en muchos casos el ordenamiento jurídico todavía le niega, bajo falsos argumentos tuitivos. Una regulación jurídica que vaya más allá de la mera prohibición permitirá establecer el marco en el que ese negocio jurídico pueda desenvolverse con las adecuadas garantías legales para los contratantes y por supuesto, para los menores. Detrás de este debate se halla en muchos casos la negativa de determinados sectores sociales a reducir los derechos de aquellos que consideran ciudadanos de segundo nivel: cuando se dice que el padre biológico o la madre pueden optar al reconocimiento de la paternidad biológica en el primer caso o a la adopción en el segundo se quiere negar el

derecho a ser padres o madres a quienes no pueden en las mismas condiciones de igualdad –aunque utilizando las posibilidades que los avances técnicos han hecho posibles– que en quienes no concurren esos impedimentos. Estos argumentos recuerdan mucho a los utilizados en su momento para negar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, su derecho a la adopción o el derecho al reconocimiento de la identidad de género mediante la rectificación registral de la mención relativa al sexo<sup>18</sup>. Por supuesto, también se desprecia o minusvalora a quienes por razones de incapacidad no pueden tener hijos, pero posiblemente el debate sería otro si fuera sólo este el colectivo demandante de la regulación jurídica de la maternidad subrogada.

En el fondo, nos encontramos de nuevo ante una nueva manifestación de la diferenciación entre sexo y género: el sexo como factor biológico y el género como patrón cultural. En el caso de la hembra, como categoría sexual, se atribuye la condición de madre biológica a quien gesta y da a luz, no a quien aporta la célula con su material genético; por el contrario, en el caso del macho, también como categoría sexual, se considera padre biológico a quien aporta el espermatozoides y por tanto, sí aporta su material genético. Aun siendo consciente de que son muchas las posibilidades que en la realidad pueden darse en relación a la maternidad subrogada respecto del origen de los gametos, la cuestión es que en el caso de la mujer la maternidad biológica se adquiere por el parto (reduciéndola a aquello que la identifica como hembra frente al macho, que es su capacidad para la gestación y el parto (“parirás con dolor”) mientras que en el macho la paternidad se adquiere por lo que lo califica como tal, que es el aporte de sus gametos. Pero la realidad a resultas de los cambios sociales y culturales es mucho más amplia: hoy sexo y género son categorías diferentes, se reconoce el derecho a la orientación e identidad sexuales y la técnica permite ser madres a quienes no gestan pero aportan sus células reproductoras (o no) y padres a quienes aportan sus gametos (o no) y conciben o no con los óvulos de la madre de alquiler, quien renuncia desde el momento mismo de la gestación a toda vinculación con el menor que está gestando atribuyendo así la categoría de madre/padre a quien suscribió el contrato. Se reconoce así el derecho a ser padres a quienes de otra manera no podrían serlo y están dispuestos realmente a ejercer con responsabilidad y amor las obligaciones que de esa maternidad o paternidad se derivan.

De hecho, y ya en el plano jurídico laboral, la regulación de la maternidad en el ámbito de la Seguridad Social continúa todavía anclada en esta misma concepción de la maternidad biológica. La forzada adaptación de la regulación legal a los matrimonios del mismo sexo (“cualquiera que sea su sexo” señala el art. 178 TRLGSS en relación a los beneficiarios de la prestación de maternidad) no ha excluido la continua contraposición normativa entre maternidad biológica y maternidad jurídica o equivalente (por adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar), sin que se defina cuando nos hallamos ante una maternidad biológica porque al predicarla exclusivamente de la madre, se parte de la premisa de que tal condición deriva del dato de la gestación y posterior parto. Posiblemente es debido a que el descanso por maternidad y la prestación económica sustitutiva del salario durante dicho periodo, en los casos de parto, tiene la doble finalidad de

---

<sup>18</sup> Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A esta misma ley se debe la adición de un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por la que cabe atribuir ab origen a la esposa de la mujer casada, no separada legalmente ni divorciada, la filiación del hijo nacido de su cónyuge, evitando así tener que acudir a la adopción del mismo.

contribuir a la recuperación de la salud y capacidad laboral de la parturienta y el cuidado y atención del recién nacido y las sucesivas modificaciones normativas, ampliando el derecho a nuevos supuestos y en un sentido cada vez más uniformizador con la regulación originaria circunscrita a la maternidad biológica, han partido siempre de este mismo esquema pero esta situación ya no es necesariamente así. Es preciso configurar ex novo todo el régimen jurídico de la prestación por maternidad: el hecho de que haya habido que adoptar criterios administrativos para la aplicación de la doctrina unificada examinada en los supuestos de maternidad subrogada (Consulta 29/2016<sup>19</sup>) en lo que se atiende en unos casos a los criterios normativos previstos para la maternidad biológica y en otros casos a los criterios para la maternidad “jurídica” es ejemplo claro de lo propugnado. Y en esa nueva regulación, salvado el derecho al periodo de descanso obligatorio (y consiguiente prestación económica) en los supuestos de parto a favor de la parturienta cuando pueda ser beneficiaria de ellos, la regulación debe olvidar el concepto de “maternidad biológica”, por cuanto este no es un concepto que confiera certeza y ha quedado superado por los cambios sociales –pero también jurídicos–, desde el momento mismo que se reconoció idéntica duración al permiso y prestación de maternidad biológica que a la jurídica.

En otra línea, pero esa es otra cuestión que queda para otra ocasión, el legislador vuelve a utilizar el concepto de maternidad biológica a los efectos de reconocer el complemento por maternidad para las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad cuando lo predica, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, de las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados (art. 60 TRLGSS). Nuevamente reduce la maternidad biológica al parto cuando no necesariamente ni siempre será así de la misma manera que cabe ser madre –entendido como beneficiario de la prestación de maternidad– siendo varón. Las categorías o definiciones de género se han diluido en una nueva manifestación de la “sociedad líquida” a la que se refiriera Bauman y el Derecho tiene la obligación de integrar esos cambios sociales, reconociendo la diversidad social, protegiendo los derechos de todos los ciudadanos y confiriendo la precisa seguridad jurídica.

---

<sup>19</sup> Sobre la misma, vid. extensamente, PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”, Aranzadi Digital núm. 1/2017 (BIB 2017/57).



## Jubilación a edad reducida y cuantía de la pensión

### Early retirement and the amount of pension

ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

CATEDRÁTICO DE EUI DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE JAÉN

#### Resumen

El art. 161.2 de la LGSS contenía una previsión legal por la que se autoriza al Gobierno establecer coeficientes reductores de la edad ordinaria común de jubilación vigente en cada momento en aquellos trabajos de naturaleza penosa, peligrosa, tóxica o insalubre y causen una elevada morbilidad. Extendida después a trabajadores con un alto grado de discapacidad igual o superior al 65 %. Por Ley 40/2007 de 4 de diciembre se incorpora un nuevo art. 161bis con el contenido del núm. 2 del art. anterior incluyendo también a los trabajadores con discapacidad igual o superior a 45 % siempre que se constaten evidencias que determinan de forma generalizada una reducción de la esperanza de vida de esas personas. En sentido contrario, el art. 163.2 de la LGSS incentiva a los trabajadores que retrasen la edad ordinaria de jubilación reconociendo al interesado un porcentaje adicional de su pensión por cada año completo cotizado. Pues bien, el presente comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª de 17 noviembre 2016 pretende poner de relieve las opciones propuestas por los tribunales inferiores y los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias del TS dictadas con anterioridad con el objetivo de determinar si los incrementos de la cuantía de las pensiones de jubilación previstas en art. 163.2 de la LGSS se aplican también a los trabajadores discapacitados una vez alcanzada la edad ficticia de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores previstos en art. 161 bis de la LGSS. Hoy el contenido de los artículos mencionados se regula en los arts. 206 a 210 de RDL 8/2015 de 30 de octubre por el que se establece un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

#### Palabras clave

Seguridad Social; coeficientes reductores; edad reducida; discapacidad; cuantía de la pensión

#### Abstract

Art. 161.2 of the LGSS contained a legal provision authorizing the Government to establish reducing coefficients of the common retirement age in force at any time in those jobs of an arduous, dangerous, toxic or distressing nature and that may be cause of a high morbidity. It was later extended to workers with a high degree of disability equal to or greater than 65 %. By the Act 40/2007 4th December, a new article, 161bis, was added with the content of the prior no. 2 article including also workers with a degree of disability equal to or higher than 45 %, provided that there is evidence that generally determine a reduction in the life expectancy of these people. In the opposite direction, article 163.2 of the LGSS encourages workers to delay the common retirement age recognising the person concerned an additional percentage of their pension for every year of contribution. Therefore the present commentary on the Supreme Court Judgement referred to in the title is intended to highlight the proposed options by the lower courts and the jurisprudential precedents contained in the judgements of the Supreme Court, previously issued with the purpose of determining whether the increases in the amount of the retirement pensions provided for in article 163.2 of the LGSS also apply to disabled workers after reaching the made-up retirement age by applying the reduction coefficients provided in article 161bis of the LGSS. Nowadays the content of the aforementioned articles is regulated in arts. 206 to 210 of the RDL 8/2015 30th October establishing a new combined General Law of Social Security.

#### Keywords

Social Security; reducing coefficients; reduced age; disability; amount of the pension

## 1. APROXIMACIÓN GENERAL

### 1.1. El contexto jurídico de la Sentencia

El diagnóstico de los factores confluente en la situación del Sistema de Seguridad Social Español se ha realizado, en el marco del diálogo social, por la literatura jurídica que se ocupa de estos temas y concretada en textos como el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011) así como en textos normativos como, en síntesis, se recoge en la Exp. de Motivos I y II de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

La Seguridad Social se califica de forma indiscutida como “pilar central” consolidado del Estado de bienestar después de la sucesiva ampliación de su cobertura subjetiva y de la progresiva mejora de su intensidad protectora. Tampoco se duda que, en estos momentos, la Seguridad Social en general y la prestación por jubilación en particular se insertan y están condicionadas hoy por una realidad socioeconómica que ejerce una fuerte tensión sobre el marco jurídico de una de las primeras prestaciones del Sistema. El futuro de las pensiones, déficit del sistema, envejecimiento activo, retraso en la edad de jubilación, etc., son términos comunes en el lenguaje normativo, jurisprudencial y de la calle que entrañan una preocupación creciente por la “sostenibilidad del sistema”. Tensiones y desafíos que tienen que ver con la evolución demográfica, del empleo y el consiguiente déficit financiero del Sistema.

El diálogo permanente sobre su viabilidad institucionalizada en el Pacto de Toledo para afrontar los desafíos que presentan los datos objetivos de la realidad socioproductiva en nuestro país, identifica los factores confluente, en primer lugar, en la *evolución demográfica* que se concreta en una mayor esperanza de vida y menor tasa de fecundidad. Junto a ello es evidente a una progresiva disminución del periodo medio de actividad laboral debido al retraso de la edad de inicio de la actividad laboral y la disminución de la tasa de participación de las personas mayores de 50 años. Realidades que se proyectan sobre las pensiones resultando un mayor incremento del número de pensionistas y cuantía creciente de las mismas respecto a la población activa.

Todas estas realidades han sido objeto de discusión en el marco del Diálogo social y del Pacto de Toledo con orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011.

En la actualidad encontramos una amplia literatura social, económica y jurídica sobre los problemas de financiación del Sistema de Seguridad Social que mantiene un déficit persistente en los años de la “crisis”, debiendo acudir constantemente a sacar ahorros de la llamada “hucha de las pensiones”. Y en cuanto a sus soluciones, resultan necesarias políticas activas de apoyo a la familia y quizá a medio-largo plazo facilitar la inmigración. Pero también, de forma inmediata, reforzar la *contributividad* del sistema mediante un mayor esfuerzo individual y colectivo para la adecuación y equilibrio entre las cotizaciones y la prestación a percibir.

Esto último se ha realiza mediante diversas técnicas. La más fácil e inmediata y la que se ha trasladado a la legislación actual ha consistido en endurecer las condiciones para acceder a las pensiones de jubilación como la solución prioritaria de respuesta a la situación creada. En sentido positivo, medidas de prolongación de la vida activa reteniendo al trabajador durante más tiempo cotizando. En primer lugar, retrasando la edad ordinaria requerida para acceder a la jubilación prolongando de forma progresiva la edad requerida desde los 65 a los 67 años [art. 205.1,a)]; Con el mismo objetivo se desincentiva de la *jubilación anticipada* favoreciendo el mantenimiento en el mercado de trabajo mediante la reducción del importe de las pensiones si se opta por la jubilación anticipada (arts. 207.2 y 208.2 LGSS 2015) ; Junto a ellas, la incentivación del acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la prevista legalmente en el art. 205.1.a) de la LGSS 2015<sup>1</sup>. Son todos ellos estímulos que contribuyen a mantener al trabajador en la vida activa.

En sentido contrario se establecen previsiones de adelanto de la edad de jubilación, con otro objetivo más orientadas a las necesidades y expectativas de grupos de trabajadores. Entre esas previsiones debemos distinguir entre *jubilación anticipada* que puede ser voluntaria o involuntaria (art. 161bis.2.A y B LGSS) o *jubilación a edad reducida* (art. 161 bis.1 LGSS). En cuanto a esta última podemos encontrar dos supuestos: La reducción de la edad de acceso según la actividad que realizan con de terminadas características y dificultad, que requieren condiciones singulares y aptitudes del trabajador; Y otro, en cuanto que el propio trabajador tiene cierto grado de discapacidad. Pues bien desde la primigenia LGSS de 1966 hasta la reciente LGSS 2015, se mantiene la autorización al gobierno para rebajar la edad ordinaria común o estándar de acceso a la jubilación. Estamos ante lo que se ha llamado una excepción a la edad de jubilación ordinaria estableciendo que cuando se cumplan determinados requisitos, el Gobierno puede adelantar la edad de jubilación mediante real decreto a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La regulación ha mantenido a lo largo de las vicisitudes y cambios su el núcleo normativo y la finalidad excepcional de la misma: Excepcionalidad de la naturaleza “penosa, toxica, peligrosa o insalubre” manifestada en altos índices de *morbilidad o mortalidad* y se acredite un mínimo de permanencia en dicha actividad (art. 206.1 LGSS 2015). La pervivencia en el tiempo ha seguido una tendencia expansiva sumando por decreto una “profesión tras otra, y a veces hasta una rama de actividad”<sup>2</sup> hasta alcanzar un buen número de sectores y categorías profesionales.

En síntesis, podemos decir que desde el punto de vista económico y de Seguridad Social la combinación de dos tendencias: disminución de la natalidad y disminución de la mortalidad que originan un envejecimiento de la población calificada como “inevitable” y de “proceso característico de los países avanzados” dan como resultado el consiguiente cambió en la proporción entre el número de trabajadores activos y perceptores de pensión de jubilación. Desproporción que se acentúa en situaciones permanentes de alto nivel de desempleo. Fenómenos que proyectan y tensionan el sistema de protección de la vejez. Sin

<sup>1</sup> En adelante las referencias a los reales decretos legislativos por los que se aprueban los textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social 1/1995, de 20 de junio y el 8/2015 de 30 de octubre serán: LGSS 1995 y LGSS 2015, respectivamente.

<sup>2</sup> Vid OJEDA AVILÉS, A. y MARÍN ALONSO, I., en José Luis Monereo Pérez y M<sup>a</sup>. Nieves Moreno Vida, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, T.II, Ed. Comares, 1999pág. 1483

ánimo de ser exhaustivos son muy diversos los remedios adoptados para corregir toda esa compleja fenomenología (y que aquí solo mencionamos), unos de ellos implantados recientemente y otros con larga trayectoria: Establecimiento de topes máximos de las pensiones, incentivación del retraso en la edad de jubilación, revalorización en porcentaje menor al IPC, jubilación gradual y flexible y jubilación gradual y flexible.

Por lo que aquí interesa decir que todas esta problemática y las soluciones jurídicas que se aportan van a estar en la raíz y en el fondo del supuesto de hecho y de la interpretación de esas normas que se da en la Sentencia que se comenta.

## 1.2. Evolución del marco normativo

La mención en la sentencia objeto de comentario y en las que en ella se hace referencia a la LGSS se refieren al RDL de 1/1994. En la actualidad los principales artículos que se mencionan en la Sentencia, arts. 161 a 163, se numeran ahora en el RDL 8/2015 en los arts. 204 a 210 con un contenido sustancialmente idéntico. En este comentario mantendremos la referencia a la norma vigente y referida en la sentencia. Preceptos que contienen, junto a la normativa de desarrollo, el núcleo normativo que regula los supuestos, circunstancia, y requisitos de fijación de la edad de jubilación así como de los porcentajes a aplicar a la base reguladora en función de que se decida adelantar o retrasar la edad *ordinaria* de jubilación.

Lo primero a destacar que el marco normativo de la jubilación anticipada ha sufrido un intenso proceso en diversos recorridos: proceso de extensión de los supuestos de jubilación anticipada, ampliación de la normativa básica necesitando un nuevo art. 161bis o corrigiendo los términos de referencia a las condiciones del sujeto receptor de la prestación: la discapacidad.

En cuanto a esta última, la *discapacidad*, el Ordenamiento español ha conceptualado al individuo y concretamente el art. 161 de la LGSS hasta la reforma de 2007 como «minusválido» término en progresivo desuso por sus connotaciones despectivas, que debería haber sido corregido con anterioridad puesto que si bien la CE y la Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI) define el término y lo usa con preferencia al de discapacitado. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ya recogió el cambio de denominación en coherencia con la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad. Hoy ambas normas derogadas por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con *discapacidad* y de su inclusión social.

Como hemos dicho, en torno al momento de la jubilación el ordenamiento jurídico refleja la tensión socioeconómica del momento actual que tiene dos manifestaciones interrelacionadas: las *altas tasas de desempleo* y las *altas tasas* de personas con prestaciones contributivas de *jubilación* que ponen contra las cuerdas la sostenibilidad del Sistema. De ahí que se promuevan mecanismos e instrumentos de política de empleo de disminución de las altas tasas de desempleo fomentando la creación de puestos de trabajo o, cuando menos, como es el caso, facilitando su distribución mediante la anticipación de la edad de jubilación, en algunos casos penalizando la cantidad a percibir con coeficientes reductores de la

prestación. Medidas que conviven con otras directamente orientadas a mantener los niveles de financiación del sistema facilitando el retraso de la edad de jubilación estableciendo fórmulas que favorezcan la salida gradual beneficiando al trabajador con un incremento de la prestación.

Un concepto nuclear en esta problemática gira en torno a la *edad ordinaria de jubilación*, viene a ser un “el tope mínimo inicial”. Aunque en realidad son dos: 67 desplazando la anterior que era de 65 años de implantación progresiva o manteniendo la edad de 65 si la persona acredita una larga carrera de cotización que se fija en 38 años.

En función de ese concepto debemos situar e interpretar los supuestos de *jubilación anticipada*, que tiene por finalidad desincentivar esta opción con objeto de retener al trabajador activo y cotizando para paliar los efectos negativos sobre sostenibilidad del sistema que tiene el pago de pensiones a edad temprana. Se permite al trabajador acceder a la jubilación antes de la edad ordinaria de jubilación (67 ó 65 años) imponiendo una penalización mediante la fijación de coeficientes reductores de la cuantía de pensión diferentes en función de que el cese sea voluntario o no (Art. 161 bis2 LGSS).

En cuanto a la vertiente de *fomento de la permanencia* –retraso de la edad de jubilación– en la actividad productiva y fomento de largas carreras de cotización, la legislación básica se contiene en el art. 163 de la LGSS (En la actualidad en el art. 210 de la LGSS, 2015). Norma que ha seguido un proceso expansivo desde su primera versión en 1994 que sólo regulaba la determinación la aplicación progresiva de porcentajes a partir del mínimo a partir de una carrera mínima de 15 años de cotización a los que correspondía el 50 % de la base reguladora. Muy pronto por RD-L 16/2001 de 27 de diciembre se introduce un núm. 2 en el precepto estableciendo el incentivo de 2 % adicional por cada año completo de cotización a partir de los 65 años y una carrera de cotización de 35 años. Las reformas del precepto operada por L 40/2007, de 4 de diciembre el leva al porcentaje al 3 % si el interesado acredita 40 años cotizados, limita el crecimiento de la pensión hasta la cuantía máxima que cada año establece el Gobierno en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pero atribuye el derecho a percibir la cantidad anual que se devengará por meses vencidos. En la reforma de Por ley 27/2011 se mantiene la estructura del precepto variando los porcentajes.

A ello se suman una serie de supuestos casos de anticipación de la edad mínima de jubilación que pueden resumirse en dos supuestos con objetivos y efectos en la percepción económica diametralmente opuestos: *Jubilación anticipada y edad ordinaria especial o rebajada* –se reduce la edad ordinaria de jubilación por aplicación de coeficientes reductores–.

En cuanto a la regulación del adelanto de la *edad ordinaria* común fijando lo que se ha llamado *edad ordinaria especial*<sup>3</sup> solo se aplica a dos de supuestos: *de un lado* a grupos, categorías o ramas de actividad completas determinados por el Gobierno quien mediante Real Decreto regula el procedimiento y los coeficientes de reducción edad donde los trabajos sean de naturaleza de “penosa, toxica, peligrosidad o insalubre”, con índices de “morbilidad

<sup>3</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA: *Manual de Seguridad Social*, 11ª ed. 2015, pág. 359.

o mortalidad”, que los trabajadores acrediten el mínimo de actividad que en cada caso se establezca reglamentariamente y después de realizar los estudio sobre la efectiva siniestralidad y penosidad en las condiciones de trabajo y los requerimientos físicos de los trabajadores y siempre que no haya sido posible la modificación de dichas condiciones (Actual art. 206.1 de la LGSS, 2015 que introduce modificaciones en relación al 161.bis.1 de la LGSS de 1994).

Cabe la jubilación anticipada por esta vía, nunca por debajo de los 52 años aplicable a todos los colectivos a partir de la Ley 40/2007, a favor de los siguientes colectivos. Cada colectivo tiene una norma de desarrollo en la que delimita el colectivo o las actividades, los porcentajes de reducción, la edad mínima e incluso si se requieren algún tipo de cotización adicional. La mayoría en Real Decreto: *personal de vuelo* (Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio); *Bomberos* (RD 283/2008); miembros de la *ertzaintza* (se incorporó este colectivo por DA 47ª en la LGSS Ley 26/2009, de 23 de diciembre); *mineros* (RD 2366/1984, de 26 de diciembre, de reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero, aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre); *ferroviarios* (art. 3 del RD 2621/1986 de 24 diciembre 1986 por el que reduce la edad mínima de jubilación para grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa, mediante la aplicación al período de tiempo efectivamente trabajado de diversos porcentajes); *artistas y taurinos* (arts. 11 y 18 Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social diversos colectivos entre ellos el de toreros y artistas; el límite de 52 años no se aplica a los trabajadores del mar y minería que ya tuvieran reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación).

De otro lado, se aplica también la reducción de edad a los trabajadores con grandes discapacidades. Supuesto introducido por la modificación del contenido del art. 161.2 redacción incorporada por la disposición adicional primera de la Ley 35/2002, de 12 de julio fijando la posibilidad de adelantar la edad de jubilación a personas discapacitadas con un grado de minusvalía superior al 65 % Posteriormente en Ley 40/2007 se desgaja esta materia y se regula a partir de entonces en 161.bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social, ampliando el contenido del anterior núm. 2 para acoger también a los discapacitados con un grado de minusvalía del 45 %. Por RD 1539/2003 de 5 diciembre 2003 se desarrollan los contenidos de la LGSS y se fijan coeficientes reductores del en la edad de los trabajadores con una minusvalía igual superior al 65 %. También en un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida y que podrán dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación regulada (RD 1851/2009 de 4 diciembre).

## **2. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO OBJETO DE LA SENTENCIA ANALIZADA**

### **2.1. Principales datos de la sentencia comentada**

Entrando en el análisis de la sentencia conviene realizar una previa descripción sus datos y parámetros básicos a efectos de acotar los elementos y términos de la misma para la posterior y mejor comprensión crítica de la doctrina que contiene.

Estamos ante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de fecha de fecha 17 de noviembre de 2016 (Rec. num. 3994/2014). Sentencia que anula en unificación de doctrina y resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Andalucía/Granada Sala de lo Social de 2 de octubre de 2014.

Básicamente esta sentencia concluye que no procede aplicar el incremento adicional en la pensión, previsto en art. 163.2 de LGSS, a los grupos o actividades determinados por el Ministerio de Trabajo en desarrollo del art. 161 bis.1 de la LGSS en atención a las condiciones de trabajo o a su grado de discapacidad que accedan a ella por aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación a una edad ficticia superior a la edad real ordinaria o estándar prevista legalmente para acceder a la jubilación. Existe una prohibición legal de que esos coeficientes incidan en los incrementos de la cuantía de la pensión de jubilación que tiene como tope el 100 % de la base reguladora (163.1 de la LGSS). De conformidad con la legislación vigente la edad ordinaria de jubilación es de 65 años con largas carreras de cotización o de 67 de implantación paulatina (D Transt. Séptima LGSS 2015).

En el Fallo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima el recurso de Casación para Unificación de Doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 2 de octubre de de 2014 por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Sede Granada) que resolvió el recurso suplicación interpuesto por el organismo ahora recurrente, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada en fecha 7 de marzo de 2014, en procedimiento nº 178/13, recaída en Autos seguido frente a aquella entidad a instancia de un trabajador de la ONCE con una minusvalía del 85 % en reclamación de Seguridad Social que solicitó en su día una pensión de jubilación equivalente al 126 % de la base reguladora. Estimada la demanda por el Juzgado de lo Social y confirmada por el TSJ de Andalucía (Granada), en esta Sentencia el TS, casa y anula la Sentencia impugnada y resuelve el debate de suplicación confirmando la jurisprudencia anterior de la Sala 4ª que, en síntesis, impide aplicar un porcentajes a la base reguladora superior al 100 % al haberse jubilado el trabajador a la edad de 50 años.

## **2.2. El problema suscitado. Los hechos y la cuestión debatida**

Los antecedentes de hecho de la sentencia objeto de comentario se pueden resumir en los siguientes:

a) El trabajador con una discapacidad reconocida del 85 % (ceguera total) ha prestado servicio en la once desde 19 de mayo de 1972 hasta 1 de junio de 2004 lo que suma un total de 11.801 días cotizados. La Entidad Gestora le reconoce una pensión de jubilación el 31 de mayo de 2004 con efectos de 1 de junio de 2004 que equivale al 102 % de la base reguladora que se le calculó 1384 €, corregida después por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a 1709,40 €. En esa fecha faltaba al trabajador 5360 días para alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

b) El trabajador interpone recurso de revisión del porcentaje ante la entidad gestora que lo desestimó. Contra esta resolución el trabajador interponer reclamación administrativa previa que también es desestimada.

c) El trabajador interpone demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada en reclamación de Seguridad Social quien después de celebrar juicio dicta sentencia en cuya parte dispositiva estima la demanda y declara el derecho del trabajador a percibir la pensión de jubilación en la cuantía mensual que resulte de aplicar sobre su base reguladora el coeficiente de 126 %, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al pago de la prestación en la forma dicha.

d) El INSS formula recurso de suplicación contra la referida sentencia del Juzgado de los Social y, además de solicitar una rectificación por mero error de cálculo el número de días acreditados como cotizados que será de 11700 días, entiende el JS ha infringido los arts. 161 bis en relación con el 163 de la LGSS y art. 5 del RD 1539/2003 de 5 de diciembre que circunscriben la aplicación de coeficientes de reducción al computo de la edad ficticia de jubilación y no a incrementar el porcentaje a aplicar a la base reguladora.

e) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dicta sentencia con fecha 2 de octubre de 2014 en la que estimado el recurso suplicación interpuesto por el INSS, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social.

f) Es precisamente contra esta sentencia dictada en suplicación, el INSS interpone recurso de casación para unificación de doctrina alegando como contradictoria la STS de 19 de diciembre de 2013. Por providencia de la Sala 4ª se admite a trámite el mencionado recurso, considera procedente y una vez instruido se dicta la sentencia que ahora se comenta.

### **2.3. Sentencia de contraste**

En cuanto ahora interesa, el INSS presenta como sentencia contradictoria la dictada por el TS (Sala Social) de fecha 19 de diciembre de 2013 que reitera la doctrina de sentencia anterior del mismo tribunal de 27 de marzo de 2013.

En dicha sentencia dilucida también el derecho de un trabajador del sector de minería con reducción de edad de jubilación previstas en RD 2366/1984 de 26 de diciembre, en RD 3255/1983 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto Minero y en el Decreto 298/1973 de 8 de febrero (actualizado 1995) que solicita el incremento de su pensión al amparo del artículo 163.2 de la L.G.S.S. Pretensión estimada por el Juzgado de los Social y en la que se fija un incremento del 28 % de la pensión máxima de jubilación reconocida. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, por entender que los incrementos porcentuales previstos en el art. 163.2 LGSS pueden aplicar en cuando se tengan cumplidos los 65 años de edad real, y no sobre la edad ficticia que se ha alcanzado por aplicación de los coeficientes reductores previstos en el Régimen Especial de La Minería del Carbón. El TSJ desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia por entender que el art 163.2 es de aplicación a todos los regímenes de seguridad social en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional octava de la LGSS, y como el RD por el que se regula el Régimen de la Minería del Carbón permite la jubilación antes de los 65 años aplicando coeficientes reductores, se alcanza esa edad por ficción legal, se tiene derecho a esos porcentajes adicionales sobre la edad alcanzada de 65 años.

El INSS Plantea como cuestión sustancial si el derecho al incremento porcentual previsto en el art. 163.2 LGSS cuando se alcanza la edad real de 65 años se tiene también

cuando dicha edad es ficticia por aplicación de coeficientes reductores. Después de manifestar que sobre la cuestión ya se ha pronunciado recientemente el TS en Sentencia de 27 de marzo de 2013, y fijarse en las finalidades del precepto: la mayor permanencia en la actividad (y por ende mantener el flujo de cotización) y de otro compensar con el incremento porcentual de la pensión. Inmediatamente concluye que esas finalidades no se conseguirían si, como en los casos de referencia, se aplican esos porcentajes sobre quienes no alcanzado la edad cronológica de 65 años. Se podría añadir, aunque hubiesen permanecido trabajando algunos años sin agotar todas las posibilidades que ofrecen los porcentajes previstos en el respectivo RD de aplicación.

En la respuesta es contundente el argumento de existencia de una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales —el trabajo en el mar, entre otras— puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación y la sentencia recurrida del TSJ no la tiene en cuenta. Literalmente hace lo contrario, aplicarlos.

### 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La STS que nos ocupa versa sobre una problemática que ha sido objeto de diversos pronunciamientos realizados por la Sala 4ª citadas en la sentencia objeto de este comentario como la STS Sala 4ª de 19 de diciembre de misma de 2013, STS Sala 4ª de 27 de marzo de 2013 así como en otras, no citadas como la STS Sala 4ª de 10 de febrero de 2015.

La cuestión central planteada en todos ellos es idéntica, aunque referida a sujetos que han realizado actividades en sectores diferentes (aéreo, el mar, minería o discapacitados) y regulados en normas de desarrollo diferentes como hemos dicho más arriba. Como confirma el párrafo final del f.j segundo de la sentencia comentada, la regulación *ad hoc* para colectivos diferentes no altera la identidad, "... dado que en ambos supuestos [en realidad en todos] se prevé, por una parte, la reducción de la edad mínima de jubilación en función del tiempo trabajado en un determinado empleo o con una capacidad reducida, y por otro lado se establece que el periodo en que resulta rebajada la edad se computará como cotizado al exclusivo efecto...".

Así pues, recordando una vez más que el asunto central que se debate en la sentencia comentada, en las que hace referencia y en otras en las que el TS fija idéntica doctrina como en la Sentencia TS 716/2015 - ECLI: ES:TS:2015:716, la cuestión que plantea consiste en determinar si los incrementos porcentuales de la cuantía de la pensión de jubilación (2 % o 3 %: art. 163.2 LGSS ), aplicables cuando se accede a ella después de los 65 años de edad y con cotizaciones posteriores a dicha edad, pueden afectar también a quienes, como es el caso, el demandante, al tener derecho a jubilarse con anterioridad a esa edad en virtud de los coeficientes reductores, pueden sumar a la cotización real toda la cotización ficticia que se obtenga de la aplicación de los porcentajes previstos en cada caso por aplicación de los coeficientes reductores.

En nuestro caso el trabajador con 50 años de edad real y 11.801 día (32,33 años) en su carrera de cotización real se le aplican los coeficientes reductores previstos en RD 1539/2003, incrementando el periodo de cotización en 5.360 días (14,8 años). Si se suman ambos periodos para calcular el importe de la pensión, tenidos en cuenta para que

efectivamente pueda jubilarse a esa edad y no a la mínima que se requiere en esos momentos de forma general de 65 años, nos da como resultado que el periodo de cotización resultante llegaría a los 47 años cotizados.

De aceptar la tesis del trabajador y sustentada en la Sentencia del TSJ Andalucía Sala de lo Social de 2 de octubre de 2014 que ahora se recurre con apoyo en la doctrina del manifestada por el TS, Sala 4ª de 12 diciembre de 2013, a los 35 años necesarios para aplicar el 100 % de la base reguladora, se añadirían los 12 años más que exceden de esos 35 necesarios. El exceso es resultado de sumar el periodo real de cotización y el periodo bonificado, que equivalen al 24 % de acuerdo con el art. 163.1 LGSS vigente en ese momento. No se cuestiona la sentencia, porque tampoco se hace en el recurso, el porcentaje del 102 % que se reconoció por vía administrativa y las diferencias entre 124 % y 126 % que se pedía puesto que se atribuyen a correcciones contables.

La pretensión del trabajador es acogida en la Sentencia recurrida del TSJ Andalucía apoya en la STS de 12 de diciembre de 2013. El problema que resuelve esta sentencia es diferente puesto que en este caso la jubilación no se ha anticipado o no se ha hecho con el alcance que posibilita la norma, concretamente el trabajador se jubila a la edad de 63 años. Y lo que pretende es que al periodo efectivamente cotizado se añada el periodo ficticiamente cotizado por aplicación del coeficiente reductor del 0,40 % que prevé el art. 2 Real Decreto 1559/1986. Conclusión que se desprende del art. 4 puesto que *“Nada dice el RD en relación a que las bonificaciones deban estar limitadas al tiempo que le resta al solicitante para alcanzar los 65 años de edad reales”, es decir, que la sentencia ahora recurrida considera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del reglamento citado, todo el tiempo teórico de reducción ha de tenerse en cuenta a efectos del porcentaje aplicable a la base reguladora con independencia de cuál haya sido la edad efectiva de jubilación”*.

Sentencia que a su vez menciona otra anterior de 28 de junio de 2013. En el punto 4 del fº segundo de esta última, se acoge que de la interpretación conjunta de los arts. 2.1 y 4 del Real Decreto 1559/1986, no se desprende que se pueda limitar “el cómputo de las bonificaciones de cotización al período de tiempo existente entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad de 65” sino que las “bonificaciones de cotización resultantes del artículo 4 en relación con el artículo 2.1 del repetido Real Decreto deban aplicarse íntegramente [...] sin la limitación temporal” hasta los 65 años que la norma no contempla.

Ahora bien, la literalidad del art. 161 de la LGSS no deja lugar a dudas de que los porcentajes aplicables a la base reguladora no pueden superar en ningún caso el 100 por 100 de la base reguladora. Redacción que se mantiene cuando se incorpora el núm. 2 al citado artículo para premiar con 2 % adicional a quienes accedan a la edad de jubilación con más de 65 años. Por si la redacción del 161 pudiera ofrecer alguna duda el párrafo cuarto del art. 161 bis.1 reitera con toda claridad que “los coeficientes reductores de la edad no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, (...) a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163...”. Existe por tanto un mandato legal expreso y reiterado que impide aplicar los coeficientes reductores que se prevén en determinadas actividades laborales y para sujetos discapacitados a los incrementos de la pensión previstos en el art. 163.2 reservados solamente para los trabajadores en activo más allá de 65 años de edad cronológica.

Lo cierto es que del análisis de los argumentos expuestos en la Sentencia y de las sentencias de los TSJ casadas por el TS, podemos afirmar que nos encontramos ante una *res dubia* que se mantiene controvertida por enfrentarse, a mi entender, la *literalidad* de la norma –que no deja margen de interpretación– y el *espíritu* de la norma contenida en el art. 163 que no puede dejar excluidos a los trabajadores discapacitados.

La solución justa y equitativa que eliminaría buena parte de las controversias en esta materia pasaría por eliminar toda referencia explícita o no a la no afectación de la aplicación de los coeficientes reductores de la edad si el resultado fuese superior a la edad ordinaria estándar de jubilación. Especialmente el último párrafo del art. 161bis.1 LGSS (En la actualidad 206.3). Y, en positivo, el legislador debería hacer un esfuerzo de aclaración fijando una dicción legal en la que se concretara que la utilización de los coeficientes reductores de la edad en los porcentajes que se fijen para cada colectivo o actividad tengan solo efectos hasta alcanzar la edad estándar de jubilación fijada en la LGSS. Y que, una vez alcanzada esa edad y aplicado el 100 % de la base reguladora, al exceso de edad que se hubiera obtenido, se aplicarán también los porcentajes de aumento de la pensión por cada año tenido por cotizado en los mismos términos que se aplica el art. 163.1 (210.2 actual) para el supuesto de acceso a la jubilación a una edad real superior a la ordinaria. Y es que la obtenida a efectos de aplicación de los coeficientes reductores para los colectivos señalados es *su* la edad, la edad de jubilación *ordinaria* para esos colectivos.

Con todo lo anterior considero que estamos ante una cuestión que suscita controversia puesto que la legislación de base y el espíritu que subyace en las posibilidades que ofrece la regulación de la prolongación de la vida activa más allá de “edad ordinaria” de jubilación no se aplique precisamente al colectivo de discapacitados.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

La aplicación de coeficientes reductores a actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio exija unos requerimientos físicos o psíquicos para el ingreso y desarrollo de la actividad por lo que su ejercicio resulta muy dificultoso a determinada edad o que por la excepcional penosidad de la actividad, que provoca un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de tal edad, y la aplicación también a trabajadores con discapacidades, tienen como *objetivo* permitir a esos trabajadores el acceso anticipado a la jubilación, incentivando al trabajador y favoreciendo la decisión sin reducción de la cuantía de la pensión y como *fundamento* en el mayor esfuerzo y la *penosidad que ocasiona para un trabajador la realización de una actividad profesional* en esas condiciones excepcionales del trabajo o con esas condiciones y peculiaridades del trabajador.

Junto estas políticas de anticipación de la edad de jubilación (y otras de jubilación anticipada con penalización) con las consecuencias expuestas, nos encontramos con otra política que se orienta al retraso de la edad de jubilación en sus modalidades de continuidad total y de continuidad parcial de los trabajadores más allá de la edad ordinaria con el objetivo de contribuir a neutralizar el desequilibrio entre trabajadores activos y pensionistas y contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema introduciendo diversas técnicas de retraso con incentivos a la permanencia activa de los trabajadores. Por lo que ahora concierne, sin entrar en más detalles, nos interesa reiterar que el art. 163 de la LGSS reconoce al interesado un “porcentaje adicional por cada año completo cotizado” protegiendo

este incentivo hasta el punto de prever que si la cantidad final fuera superior a la cuantía máxima de pensiones contributivas, el pensionista lo percibirá en forma de cuantía anual.

Pues bien, el núcleo de la problemática suscitada que reiteramos una vez más consiste en dilucidar si los coeficientes reductores de la edad de jubilación pueden tener eficacia también para incrementar los porcentajes la pensión de jubilación cuando se prolonga la actividad productiva más allá de la edad ordinaria de jubilación alcanzada de forma ficticia. Nos encontramos por tanto ante dos supuestos de *edad ordinaria* de jubilación: uno que he llamado *común o estándar* y otros supuestos de *edad ordinaria especial* para determinados colectivos que alcanzan aquella por aplicación de los reiterados coeficientes.

En este sentido, en primer lugar la contundencia de los arts. 161 bis en relación con el art. 163.2 de la LGSS vetan de forma expresa la posibilidad de aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación en el conjunto de supuestos previstos legalmente bien sea por la naturaleza *penosa* (concepto que queremos darle un sentido amplio aglutinador de todos las circunstancia previstas legalmente) o bien que el trabajador acredite discapacidad en los porcentajes establecido en el art. 161 bis.1 LGSS para incrementar la pensión sumando a la cotización real la cotización ficticia. La sentencia concluye que dada la literalidad de las normas en aplicación, con prohibición expresa, otra solución diferente a la dada no podría sustentarse y carecería de anclaje normativo sólido.

La jurisprudencia reiterada del TS, como hemos visto, opta por apreciar que el veto impuesto por el último párrafo del art. 161bis.1 en el que, con claridad literal no deja lugar a dudas que los “coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de [...] acceder] a los beneficios establecidos en el apartado 2 del art. 163” en el que se prevén los incrementos porcentuales de la pensión por permanencia activa más allá de la *edad ordinaria* de jubilación.

Ahora bien, en los supuestos previstos por la norma, aplicados al caso concreto que resuelve esta Sentencia, están confluyendo dos objetivos dispares y motivaciones bien diferentes. Uno de los que tiene una gran relevancia con el objetivo de contribuir a la sostenibilidad del sistema consiste en desincentivar la jubilación anticipada aplicando unos coeficientes reductores de la pensión que corresponda en una proporción inversamente creciente al tiempo de cotización (Art. 161 bis.2 LGSS). Y, por lo que ahora interesa, otro de los instrumentos que persigue la misma finalidad de retener durante más tiempo al trabajador activo, consiste en premiar la prolongación del acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la edad ordinaria de jubilación [art. 161.1.a) LGSS] reconociendo al interesado un *porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión*.

Pues bien, a mi entender el concepto clave sería la de *edad ordinaria* de jubilación. Los supuestos de aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación tienen naturaleza diferente a los supuestos de jubilación anticipada, aunque ambas medias permiten la anticipación unas incentivando y otras penalizando. En síntesis, con ambos supuestos se consigue una jubilación a una edad cronológica anterior a la considerada estándar. Como se ha puesto de relieve en ambos casos el adelanto se hace comparándolo con la edad normal u ordinaria de jubilación. Así la jubilación anticipada se hace por referencia a la prevista en el art. 161.1.a) de la LGSS de forma que “quien se jubila anticipadamente lo hace antes de la

edad que le correspondería hacerlo”<sup>4</sup> y con efecto penalizador en la prestación. Sin embargo, en el supuesto que ahora nos interesa, el adelanto de edad de jubilación en los supuestos que se prevén en el art. 161 bis.1 se puede considerar que es también *ordinaria* puesto que el trabajador *se jubila a su edad*, a la edad que le corresponde (aunque sea previa a la estándar para la generalidad de los trabajadores) puesto que lo relevante son las condiciones excepcionalmente dificultosas que entraña el trabajo desarrollado o las condiciones subjetivas del trabajador. Insisto en que la edad de jubilación sería la *normal*, la que corresponde, la ordinaria en esas condiciones de trabajo o subjetivas (objetivadas en el porcentaje de discapacidad requerido). Las consecuencias serían, entre otras que el menor periodo de cotización se consideraría también el normal para esos supuestos sin que se requiera mayores cotizaciones y la neutralidad de esas circunstancias en el importe de la pensión a percibir sin que quepa penalización alguna.

Al margen de las razones actuales en torno a la necesidad de prolongación de la vida activa con el objetivo de contribuir a resolver la crisis y el déficit del sistema y de la posible obsolescencia de la fijación de edades por no haberse modificado desde sus orígenes cuando asistimos a una prolongación muy significativa de la esperanza de vida de las personas en los países de nuestro entorno, desde la perspectiva del trabajador la fijación de la jubilación ordinaria a determinada edad obedece o se explica en atención a la muy probable quiebra de las facultades para la realización de la generalidad de las operaciones propias de su oficio o actividad, permitir también el relevo por personas más jóvenes y permitir a los trabajadores desprenderse de la carga del trabajo y disfrutar en el último tercio de su existencia de una vida más lúdica. Naturalmente la situación concreta de cada uno tanto en sus condiciones personales como en el tipo de trabajo desarrollado puede ser muy variable. De ahí que el legislador deje a cada trabajador, y premie con una pensión mayor, la prolongación voluntaria de la vida activa más allá de su edad ordinaria de jubilación.

Es decir, la raíz de este tratamiento diferenciado por el que se veta la posibilidad de que el discapacitado pueda acceder a los incrementos de su pensión si no supera la edad cronológica real de 65 ó 67 años (según los casos) como literalmente requiere el art. 163.2 LGSS con su remisión al art. 161.1.a) del mismo cuerpo legal es el entendimiento de que el discapacitado no accede a la jubilación a su edad ordinaria estándar. Como dije más arriba, entiendo que tanto en el supuesto de desarrollo de actividad en determinada *condiciones materiales* de peligrosidad en los términos generales previstos por el Gobierno como de *condiciones personales* del trabajador justificadas por la obtención de un grado de discapacidad del 65 % o incluso del 45 %, nos encontramos ante una edad ordinaria de jubilación para ese tipo de sujetos hasta el punto de considerar que el periodo hasta la edad ordinaria estándar para jubilación se computa como años cotizados sin *ninguna penalización*, por lo tanto habría que entender que la edad de jubilación rebajada por la aplicación de los coeficientes es, sin duda, su *edad de jubilación ordinaria*.

Trasladando esta reflexión a los grupos de actividades a las que se asignan coeficientes de reducción de la edad de jubilación, su edad ordinaria de jubilación será aquella en la que se alcance la edad ordinaria común por el mecanismo de añadir a la edad real el producto resultante de aplicar el coeficiente reductor. Y no más. Es decir, no puede

<sup>4</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de régimen jurídico”, en *Revista doctrinal de Aranzadi Social*, núm 1/2013, pág. 2.

añadir más tiempo de cotización con efectos en la pensión, puesto que, si el trabajador continúa prestando servicios y pueda alcanzar una edad ficticia de jubilación superior a la edad ordinaria a común, no resultará premiado con una mayor pensión. A mi entender un resultado que consagra un tratamiento diferenciado e injustificado pero que viene avalado la literalidad de la norma que aprecia esta sentencia.

En este caso entendemos que la solución jurisprudencial dada en esta sentencia del TS y en las mencionadas en el mismo sentido consagra un tratamiento diferenciado para este colectivo cuando su permanencia en la vida laboral activa se prolonga más allá de su edad de jubilación ordinaria. El trabajador hace un esfuerzo personal de permanencia en el trabajo con equivalentes efectos en materia reducción de gastos de Seguridad Social, sin obtener los beneficios de incremento de la pensión que les son negados por no superar la edad cronológica real de prevista en el 161.1.a). Máxime cuando en el supuesto de requisito de 45 % de discapacidad se aplica porque estadísticamente se prevé una reducción apreciable de la esperanza de vida.

## El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo (Comentario a la STS –sala 4<sup>a</sup>– de 7 de diciembre de 2016)

### Part-time work and the determination of the amount of the unemployment benefit (commentary on the STS –ward 4– 7 December 2016)

JUAN LÓPEZ GANDÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO  
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA

#### Resumen

El trabajo aborda la protección social del trabajo a tiempo parcial en el sistema español de Seguridad Social, trazando su evolución normativa y jurisprudencial a través de la cual, pese a los avances conseguidos, se ponen de manifiesto todavía algunas carencias en diversos aspectos como la integración de lagunas, y especialmente en materia de desempleo, como la determinación de la cuantía de la prestación contributiva, concretamente en la aplicación de los topes máximos y mínimos y la cuantía de los subsidios asistenciales cuando se trata de esta modalidad contractual, lo que se pone de manifiesto en la sentencia que se comenta.

#### Abstract

The paper deals with the social protection of part-time work in the Spanish Social Security system, drawing its normative and jurisprudential evolution through which, despite the advances made, some shortcomings are also manifested in various aspects such as integration especially in the area of unemployment, such as the determination of the amount of contributory benefit in the set of maximum and minimum caps and the amount of welfare subsidies when it comes to this contractual modality, which is evidenced in The sentence that is discussed.

#### Palabras clave

Protección social; trabajo a tiempo parcial; prestaciones de desempleo; pensiones; discriminación indirecta por razón de sexo; mujer; precariedad; periodos de cotización; minijobs; trabajo atípico; seguridad social contributiva; seguridad social asistencial; jornada reducida; Tribunal Constitucional; principio de igualdad; cargas familiares; jurisprudencia comunitaria.

#### Keywords

Social protection; part-time work; unemployment benefits; pensions; indirect discrimination on grounds of sex; women; precariousness; contribution periods; minijobs; atypical work; social security contributions; social security; reduced hours; Constitutional Court; principle of Equality; family responsibilities; Court of Justice of the European Union.

### 1. INTRODUCCIÓN. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL

La aparición y difusión del trabajo a tiempo parcial siempre ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en los sistemas de protección social tanto de tipo contributivo como asistencial. Los contratos a tiempo parcial desde el punto de vista de los requisitos contributivos para acceder a las prestaciones pueden adoptar una regulación similar a la del trabajo a tiempo completo o pueden ser objeto de un tratamiento promocional diferenciado en cuanto a la acción protectora y en consecuencia presentar especialidades a la hora de calcular los periodos de cotización exigidos, el plazo en que hay que reunirlos y las bases reguladoras de las prestaciones. Pero también pueden adoptar criterios de proporcionalidad en algunas prestaciones asistenciales destinadas a garantizar un mínimo de renta ante

situaciones de necesidad, como es el caso de los mínimos y máximos de la cuantía de la prestación básica y la propia cuantía de subsidios por desempleo, en los que aplicar un criterio de parcialidad puede ser cuestionable.

Este tipo de trabajo en otro tiempo llamado “atípico” ha experimentado en nuestro sistema de relaciones laborales un crecimiento importante en estos últimos años como vía de salida de la crisis mediante el fomento de “minijobs” involuntarios y sustitutivos de trabajos dignos<sup>1</sup>.

A ello se añade que esta modalidad de trabajo atípico precario presenta especiales connotaciones de género en razón de que la mayoría de las personas que lo llevan a cabo son mujeres. Por ello, en el estudio de esta institución y en su regulación se dan cita aspectos de discriminación indirecta y la necesidad de medidas específicas de discriminación positiva. Así ha ocurrido en la forma de determinar las bases reguladoras en casos similares como el supuesto de jornada reducida por conciliación de la vida laboral y familiar a efectos de la prestación básica de desempleo contemplada en la ley de igualdad de 2007 que también afectó a la cuantía de los subsidios en caso de trabajo a tiempo parcial.

El modelo diseñado por el ET de 1995 y por la LGSS de 1994 se basaba en no diferenciar entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial sobre la base de que había que alcanzar los periodos mínimos de cotización para acceder a las prestaciones aplicando una misma exigencia, estricta y uniforme, pensando que así se respetaba el principio de igualdad “contributivo”. Sobre esta forma de cómputo de los periodos de carencia y a propósito de la constitucionalidad de la regulación contenida en el art. 12 del ET se pronunciaron las STC 253/2004 de 22 de diciembre y 49/2005 de 14 de marzo que declararon inconstitucional los art. 12.4 y 12.3 respectivamente del ET cuando establecían el cómputo exclusivo sin más de las horas trabajadas.

Las citadas sentencias del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio de igualdad entendido, no como igualdad contributiva, sino desde la discriminación indirecta por razón de género consideraron que era una exigencia desproporcionada computar solo las horas. No es que no jugara el principio de proporcionalidad, sino que tal principio ya se tomaba en cuenta a la hora del cálculo de la prestación, por lo que se trataba de evitar una doble penalización: en la forma de cálculo de la prestación y, además, en los requisitos de acceso a la misma<sup>2</sup>.

La problemática del valor de las cotizaciones a efectos de reunir los periodos de carencia y su constitucionalidad se mantuvo dada la resistencia del ordenamiento y de los tribunales españoles<sup>3</sup> a extenderla más allá de los supuestos abordados por las citadas

<sup>1</sup> Véase LÓPEZ GANDÍA, J., “El trabajo a tiempo parcial entre flexibilidad y precariedad laboral” en AAVV, GOERLICH (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje al prof. SALA FRANCO*, Valencia, Tirant, 2016, pp.281-291.

<sup>2</sup> Idea no compartida por el voto particular de la STC 253/2004 según el cual “la idea de relacionar conceptualmente dos elementos diferentes de la relación de Seguridad Social (“periodo de carencia” y “base reguladora de la prestación”), para enjuiciar desde el prisma constitucional de la igualdad uno de ellos, no me parece adecuada”.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión la doctrina judicial se pronunció en sentido divergente por lo que intervino el Tribunal Supremo en unificación de doctrina desde las sentencias de 10 de julio, 16 de octubre de 2007 sobre IT, 11 de (...)

sentencias, esto es, a otras prestaciones y supuestos, alegando que en ciertos casos ya habría una diferencia de tratamiento en la disposición adicional 7ª de la entonces LGSS y parece que ya bastaba con esa regulación. Pese a lo que afirmaba el Tribunal Supremo lo cierto es que no por ello desaparecía totalmente la discriminación, por lo que la cuestión se encontraba lejos de estar resuelta con carácter general sobre todo en las prestaciones en que no se contemplaba un tratamiento diferenciado y específico para el trabajo a tiempo parcial. Sólo quedaba la vía de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reafirmara lo dicho en las sentencias de 2004 y 2005 o, en última instancia, la intervención del legislador ordinario mejorando la citada regulación. Y así lo hizo la STC 61/2013 de 14 de marzo. Según el criterio del fiscal y de la letrada de la Seguridad Social el precepto abordado era neutro, igual para hombres y mujeres, como beneficiarios de prestaciones, ignorando que existe una figura jurídica, la discriminación indirecta y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2004. El argumento de la “neutralidad” seguía siendo el principio de estricta proporcionalidad.

La STC 61/2013 toma como canon de enjuiciamiento la doctrina sentada por el mismo Tribunal en relación con el art. 14 CE, en la STC 253/2004 en las dos vertientes cuestionadas y además añade precisiones sobre la discriminación indirecta<sup>4</sup>. De otra parte, la STC de 2013 contaba con el precedente cercano de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *asunto Elbal Moreno*, dictada en relación con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo. Toma nota de que la STJUE rebate también el argumento meramente contributivo y el equilibrio financiero del sistema, pues los trabajadores a tiempo parcial han pagado cotizaciones dirigidas a financiar el sistema de pensiones y que, en caso de recibir una pensión, su importe se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas<sup>5</sup>.

Hay que subrayar que el principio de igualdad y el de discriminación indirecta no necesariamente deben aplicarse unidos. Es decir, aun cuando se modificara la composición actual del mercado de trabajo y el trabajo a tiempo parcial fuera realizado en igual proporción por hombres y mujeres, la doble penalización seguiría siendo contraria al principio de igualdad. Mientras la base reguladora tenga en cuenta ya la parcialidad, penalizar el acceso a las mismas con requisitos de carencia más onerosos para los trabajadores a tiempo parcial no sería acorde con el principio de igualdad.

Tras esta sentencia se procedió a dar nueva redacción a la disp. ad. 7ª del TRLGSS por el RDL 11/2013 cuya regulación se ha incorporado al nuevo TRLGSS de 2015 (art. 245-248).

---

junio de 2008 sobre IP (Rec.3743/05,127/07 y 2706/07 respectivamente y posteriormente y sobre jubilación (STS de 23 de octubre de 2008 (Rec.3289/2007) y 23 de febrero de 2009 (Rec.1299/2008).El Tribunal Supremo se inclinó a favor de doctrina judicial que entendía constitucional la regulación contenida en la disp. ad. 7ª frente a la doctrinal judicial que sostenía que la regulación de la disp. ad. 7ª sería inconstitucional como ya lo era el art. 12. 3 y 4 del ET de 1995.

<sup>4</sup> STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6 y STJUE de 20 de octubre de 2011, *asunto Brachner*, STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3; o STC 198/1996, de 3 de diciembre, FJ 2º; STJUE de 13 de abril de 2010, *asunto Bressol y otros*).

<sup>5</sup> Véase LÓPEZ GANDÍA, J. “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (Comentario a la STC 61/2013 de 14 de marzo)” RDS n.61/2013, pp.135-150.

Y de nuevo la regulación no es completa. Y sin embargo, persisten las resistencias del Tribunal Constitucional a llevar su jurisprudencia a nuevas cuestiones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial y las prestaciones de Seguridad Social, que han continuado suscitándose después y no han cubierto ciertas lagunas de la regulación de 2013. Si bien es cierto que parecía resuelta la cuestión de los periodos de carencia y que en consecuencia los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad se trasladarían de acuerdo con la cotización efectuada desde el acceso a la prestación a su cálculo y cuantía, en este terreno siguen dándose tratamientos discriminatorios. Así, por ejemplo, en el mecanismo de integración de lagunas, donde resulta claramente perjudicado un trabajador a tiempo parcial pues los meses parciales se integran de manera proporcional sobre la base mínima, mientras que, si el trabajador en alta o asimilado al alta no reúne cotización alguna, integra la laguna con base mínima completa. La cuestión se refiere al sistema de integración de lagunas en Incapacidad permanente (art.197 TRLGSS) y en Jubilación (art.209 TRLSS). El art.248.2 TRLGSS para trabajo a tiempo parcial establece en este sentido que “a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”. Ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>6</sup> ni la del Constitucional (STC 154/2014 de 25 de septiembre) aplicaron los criterios y principios de discriminación indirecta de las sentencias de 2004 y 2005, ni de la STC 16/2013 haciendo prevalecer de nuevo criterios economicistas y algún peregrino argumento en contra como el hecho de que el solicitante fueraa un hombre (STC 154/2014)<sup>7</sup>. La sentencia, como subraya el voto particular, además, no barajó otras posibilidades interpretativas, más conformes con el principio de igualdad, como la aplicación de la teoría del paréntesis.

En desempleo se siguieron aplicando reglas propias en orden al cómputo de la cotización previa pues estaba excluido de la disp. ad. 7ª del TRLGSS y del RD 1131/2002 y por tanto día cotizado aun a jornada inferior se computa como día cotizados. A esa regulación reglamentaria remite el nuevo art.245 y 269 del TRLGSS de 2015.

Pero no por ello en esta prestación tal sistema de cómputo a efectos de carencia está exento de dudas de constitucionalidad en la medida en que hace de peor condición al trabajador a tiempo parcial vertical, es decir al que trabaja días enteros pero no todos, sino sólo determinadas semanas o meses del año, a jornada completa o reducida, frente al horizontal, esto es el que trabaja todos los días pero menos horas, aunque la tasa de parcialidad sea la misma.

La cuestión no afecta sólo a desempleo sino también a actos de encuadramiento, cotización y prestaciones. Esta regulación beneficia al trabajador a tiempo parcial que

---

<sup>6</sup> TS 23 de marzo de 2006, 31 de octubre de 2007, 30 de enero de 2008, 10 de marzo de 2009 y 26 de enero de 2010

<sup>7</sup> Véase al respecto las valoraciones del Voto particular de Xiol Rius que comparto.

distribuye su tiempo de trabajo todos los días<sup>8</sup> pero perjudica al que los concentra en menos días a lo largo del mes, aunque al final las horas trabajadas sean las mismas.

La jurisprudencia en unificación de doctrina se encontraba con el obstáculo del art. 210 LGSS (actual art. 269 del TRLGSS) y el art.3.4 del RPD y no los equipara. Pese a las claras connotaciones de género de esta modalidad contractual y de sus efectos de Seguridad Social, se ha mantenido este cómputo desde el art. 211. 1 de la LGSS, a la regulación actual. Este cómputo, si bien es “neutro” puede constituir una discriminación indirecta, aunque la doctrina judicial no lo haya admitido<sup>9</sup>, argumentando que prolongar el periodo de cálculo más allá de los seis meses, sería ilegal sin modificar el articulado<sup>10</sup>.

Pero ello puede contravenir la STJUE de 10 de junio de 2010. INPS contra Tiziana Bruno y Massimo Pettini (C-395/08) y Daniela Lotti y Clara Matteucci (C-396/08). Según la Sentencia al excluir del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a pensión los períodos no trabajados, instaura una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico y los trabajadores a tiempo completo, que vulnera el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Otra cuestión que se plantea además en esta modalidad contractual es si la carencia debe interpretarse como días naturales anteriores a la situación legal de desempleo o como días cotizados. Como el art. 269.2. del TRLGSS remite al periodo a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo (“periodos de ocupación cotizada”) y por tanto se trata de periodos naturales cotizados, hay que tomar en cuenta un periodo de 180 días naturales<sup>11</sup>. De optar por la interpretación de adoptar días efectivos de trabajo se percibiría una prestación superior a la de activo<sup>12</sup> al percibirse luego de manera continuada por días naturales.

En relación con la determinación de la base reguladora en desempleo nunca se ha cuestionado lo que establece el art. 270 del TRLGSS, es decir que ha de computarse el promedio de las bases por la que se haya cotizado durante el periodo de 180 días. Es más, como se ha visto más arriba, se utilizaba como argumento para no penalizar la exigencia de los mismos periodos de carencia que a los trabajadores a tiempo completo, para evitar una doble penalización.

<sup>8</sup> STS 26 de mayo de 1993, 3 de noviembre de 1994, 10 de noviembre de 2010. Sobre esta cuestión véase: CABEZA PEREIRO, J. “Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial” *Aranzadi Social*, n. 6/2000, p. 44, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos”, *Albacete, Bomarzo*, 2014, 2<sup>a</sup>, p. 44 y BARCELÓN CABEDO, S., “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”. Valencia, Tirant, 2013, p. 136, RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, RL, n.10/2013, pp. 97-118.

<sup>9</sup> STSJ Madrid 12 de marzo de 2007 (JUR 215374).

<sup>10</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J., “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Granada, 1999, pp. 182 y 183. En sentido contrario, sin embargo, se puede ver, PANIZO ROBLES, J.A., “El trabajo a tiempo parcial y la protección social”, Madrid, 2000, pág. 151, argumentando que podría entenderse que se ha producido una deslegalización de la protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial cuya determinación queda diferida a las normas reglamentarias.

<sup>11</sup> STSJ Castilla-León de 21 de septiembre de 1993, (As.3903).

<sup>12</sup> STSJ Navarra de 10 de abril de 1997 (As.980).

La base reguladora para desempleo en trabajo a tiempo parcial es, por tanto, la base reguladora común propia, sin coeficientes de proporcionalidad o parcialidad añadidos<sup>13</sup>. Es decir, se toma ya sobre unas retribuciones reducidas y, por lo general, proporcionales a la minoración de la jornada<sup>14</sup>.

Pero el carácter problemático de la regulación en relación con los trabajadores a tiempo parcial puede extenderse a otros aspectos de la determinación de la base reguladora, a nuestro juicio controvertidos, y concretamente en relación con el art. 270.3 del TRLGSS, cuando fija cuantías mínimas y máximas, como se verá a continuación.

## 2. LA STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016

Es muy interesante esta sentencia para abordar las reglas especiales que se contemplan por el ordenamiento a efecto de calcular la cuantía final de la prestación de desempleo una vez se ha determinado la base reguladora y aplicado los porcentajes correspondientes. Se trata de la aplicación de un factor de corrección mediante cuantías mínimas y máximas en función de las cargas familiares, contemplado por la LGSS en su momento, modificado por el RDL 20/2012 y que actualmente se regula en el art.270.3 del TRLGSS de 2015.

Se viene así a introducir un nuevo criterio de proporcionalidad que además plantea problemas a la hora de determinar la base reguladora en aquellos casos en que se combina trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial bien a lo largo de la carrera profesional bien en el periodo de los 180 días, lo que ha llevado a plantear y decidir si la ponderación se debía hacer dentro de los 180 días del periodo de cálculo de la base reguladora o se ampliaba al periodo de seis años en el que se reúne la carencia.

La LGSS antes del RDL 20/2012 en su art.211.3 establecía que “en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas”.

La indeterminación o falta de concreción del legislador planteó numerosos problemas interpretativos. Alguna doctrina judicial entendió que en caso de que en trabajo a tiempo parcial en los 180 días hubiera cotizaciones por trabajo a tiempo parcial y por trabajo a tiempo completo para el cálculo de la base reguladora se debía aplicar la del último trabajo, fuera a tiempo completo o a tiempo parcial<sup>15</sup>.

Ante la injusticia de aplicar el régimen de trabajo a tiempo parcial a trabajadores que habían trabajado a tiempo completo, salvo un corto periodo de tiempo de trabajo a tiempo parcial, el último, cuando solicitan la prestación, otra doctrina judicial entendía que no cabía ceñirse a este último, sino que había que tomar en cuenta su vida laboral para no llegar a

<sup>13</sup> SSTSJ Madrid 10 de diciembre de 1998, (As.4383), Navarra 7 de marzo de 1997, (As.969), La Rioja 13 de noviembre de 1997, (As. 3875), País Vasco 2 de junio de 1998, (As.3731), Andalucía 17 de febrero de 2000, (As.1192).

<sup>14</sup> STSJ Navarra 7 de marzo de 1997, (As.969).

<sup>15</sup> STSJ C. Valenciana de 22 de mayo de 2001 (JUR.279173), Sevilla 15 de abril de 1999 (As.3175), Baleares 8 de febrero de 1996 (As.256).

soluciones extremas e injustas, por lo que había que adoptar el promedio correspondiente tomando en cuenta también las que correspondan a trabajo a tiempo completo<sup>16</sup>, pese a que la prestación en tal caso pudiera ser superior a la del último trabajo a tiempo parcial cuya extinción originó la prestación.<sup>17</sup> Y caso de que fuera al revés, de que en un trabajo a tiempo parcial la cotización de los últimos seis meses lo hubiera sido a tiempo completo se aplicaba la parcialidad del contrato, pese a la última cotización total<sup>18</sup>.

En cambio, un grupo de sentencias<sup>19</sup> entendía que si el trabajo perdido lo fue a tiempo completo, no cabía aplicar topes especiales derivados de parcialidad. O al revés, que cuando se ha cotizado a tiempo completo menos el último o, los últimos días, entonces se considera como trabajo a tiempo parcial a efectos de los topes<sup>20</sup>. Y también en un supuesto<sup>21</sup> en que en los 180 días de base reguladora se tomaban en cuenta 88 días a tiempo parcial y 92 a tiempo completo, en el que la parcialidad sólo se aplicó a los topes, pero no en el porcentaje a aplicar a la base reguladora. En un caso similar, en cambio, otra sentencia<sup>22</sup> aplicó la tesis de la proporcionalidad a la base, pero no a los topes.

El Tribunal Supremo<sup>23</sup>, resolviendo sobre el subsidio por desempleo, pero exponiendo criterios y razones que expresamente hacía extensibles a la prestación contributiva por igual contingencia, interpretó la expresión “en proporción a las horas previamente trabajadas” en el sentido de que había que tomar la parte proporcional de la suma tanto de las jornadas a tiempo completo como de la jornada de trabajo a tiempo parcial y para evitar desembocar en situaciones extremas, entendió que para hallar la parcialidad el cómputo se debía ampliar al periodo de ocupación cotizada, los últimos seis años, pues si la protección pública sustituye o suple los ingresos reales del beneficiario, será necesario admitir que esa “realidad” no es la que tiene lugar en el último momento de actividad, cuyo cese lleva a solicitar aquel auxilio estatal, sino que más bien será la totalidad promediada de horas trabajadas en el tiempo previo a la concesión del beneficio.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tomaba en cuenta todos los trabajos desarrollados dentro del periodo de ocupación cotizada para ver cuál predomina, si los de a tiempo completo o los de a tiempo parcial para la aplicación de los topes<sup>24</sup>. En

<sup>16</sup> STSJ Navarra 11 de enero 2007, (JUR 160220), Madrid 20 de marzo de 2003, (As.3029); 13 de septiembre de 2002, (As.3312), Asturias 17 de octubre de 2003 (As.230/2004), Madrid 19 de diciembre de 1996, (As.4689), 10 de diciembre de 1998, (As.4385).

<sup>17</sup> STSJ Castilla –León 13 de marzo de 2000, (As.1440) y Asturias 20 de julio de 2001, (As.1913).

<sup>18</sup> STSJ La Rioja de 8 de julio de 1994, (As.2873); Cataluña 30 de mayo (As.4232) y 5 de diciembre de 1990, (As. 4399), 3 de noviembre de 1992, (As.548), 5 de marzo de 1993, (As.1506), Valladolid 2 de enero de 1991, (As.333), Galicia 23 de enero de 1991, (As.1540).

<sup>19</sup> A título de ejemplo, STSJ País Vasco 6 de abril de 2004, (As.3078).

<sup>20</sup> STSJ Baleares de 8 de febrero y 15 de julio de 1996, (As.256 y 2543); Madrid 5 de febrero, 9 de septiembre, 19 de diciembre de 1996, (As.303, 3519 y 4869), 10 de diciembre de 1998 y 20 de marzo de 2003, STSJ Cataluña de 30 de mayo de 1990, (As.4232).

<sup>21</sup> STSJ Madrid de 13 de septiembre de 2002 (As.3312).

<sup>22</sup> STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2002 (As.2018).

<sup>23</sup> En sentencias de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2469) y 3 de junio de 2003 (RJ 5334) que contemplaba el supuesto de una trabajadora que había causado baja cuando trabajaba a tiempo parcial (50 % de la jornada normal) y que tras su cese percibió prestación contributiva por desempleo de 240 días de duración aplicando a su cuantía máxima el límite del 50 % del salario mínimo interprofesional, habiendo solicitado y obtenido después subsidio por desempleo para mayores de 52 años cuya cuantía se cuestionaba.

<sup>24</sup> STSJ Aragón de 27 de enero de 1993, (As.104).

relación con las cuantías mínima y máxima, en trabajo a tiempo parcial había que hacer un promedio de todo el periodo de ocupación cotizada<sup>25</sup>, cuando el que se pierde es un trabajo a tiempo parcial precedido por un trabajo a tiempo completo.

Todavía la STS 2823/2015 de 20 de mayo, (rec. 2382/2014) se remite a lo sentado en las de 2002 y 2003 citadas, aplicando al supuesto la regulación anterior al RDL 20/2012.

Un giro se produjo tras el RDL 20/2012 en el sentido de que ahora se precisa ya claramente que las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarían teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período. A los efectos de lo previsto en este apartado, se tendrá en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte.

En la exposición de motivos del RDL 20/2012, de 13 de julio, justificando las distintas modificaciones que se abordaban en el mismo, en relación con el desempleo subsiguiente al contrato a tiempo parcial se decía lo siguiente:

*“Adicionalmente, se racionaliza el régimen jurídico aplicable al acceso a prestaciones y subsidios por desempleo desde contratos a tiempo parcial, que ha generado una acumulación de incoherencias que resultan en una normativa vigente poco homogénea y que no respeta el principio de equidad y se refuerza la vinculación entre políticas activas y pasivas de empleo”.*

Según el nuevo redactado, actual art.270.3 del TRLGSS, 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, sin que quepa ya tomar en cuenta los periodos anteriores a los 180 días.

Esta reforma legal se ha aplicado sin cuestionamiento por la sentencia objeto de este comentario. Ya se anticipó esta interpretación por alguna sentencia de la doctrina judicial<sup>26</sup>, pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, entendiendo por horas trabajadas las realizadas en el periodo anteriormente citado (últimos 180 días), por ser tal interpretación conforme con los términos del apartado 1 del mismo precepto que fija tal periodo de tiempo para el cálculo de la base reguladora y cuantía de la prestación, siendo relevante el dato de que una aclaración en tal sentido se contiene en la posterior redacción del precepto introducida por el RDL 20/2012. Para la STS de 20 de mayo de 2015, en cambio, que el legislador haya decidido modificar la norma en cuestión, y que lo haya hecho para indicar que el porcentaje de parcialidad dependerá exclusivamente de lo que haya sucedido en los

<sup>25</sup> STSJ de Madrid de 21 de marzo de 1997, (As.698), Cataluña de 17 de marzo de 1992, (As.1722), Asturias de 17 de octubre de 2003, (As. 2004/230), Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2003 (As. 508) y Aragón de 14 de junio de 2004 (As. 2594), STSJ Andalucía/Sevilla 16 de julio de 2009 (As 1938).

<sup>26</sup> SSJ Murcia de 2T8 de octubre de 2013, rec.227/2013.

últimos 180 días constituyen también una palanca interpretativa no despreciable. Si se lleva una nueva previsión al articulado es porque se ha considerado la misma necesaria, lo que permite suponer que anteriormente las cosas o no eran así, o no estaban claras.

La sentencia del TS de 27 de diciembre de 2016 (rec.3132/2015) acepta sin cuestionamiento la nueva regla introducida por el RDL 20/2012.

El caso partía del recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Manresa, de fecha 8 de abril de 2014, recaída contra el Servicio Público de Empleo de Empleo Estatal y la Compañía Comida Mexicano S.L. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 24 de abril de 2015 lo estimó y declaró el derecho de la recurrente a percibir la prestación de desempleo sin reducción del 60 % en razón a haber trabajado a tiempo parcial.

Contra la sentencia dictada en suplicación se formalizó por el Servicio Público de Empleo Estatal 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 propio TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2014, así como la infracción del art. 211, 3 y 4, en relación con art. 203.2 y 3 de la LGSS entonces vigente, en relación con el art. 4.1 del Código Civil.

La cuestión como ya se ha señalado consiste en determinar el importe de la prestación contributiva de desempleo que haya de percibir el beneficiario cuando ha mediado un trabajo a tiempo parcial como precedente temporal determinante de las cotizaciones efectuadas con arreglo al mismo, y particularmente el modo de determinar el importe de los topes mínimos y máximos previsto en el número 3 del artículo 211 LGSS de 1994.

El caso enjuiciado partió ya de una cierta confusión, pues el Servicio Público de Empleo aplicó la proporcionalidad, pero el trabajador entendió que la aplicaba a la base reguladora, no a los topes, ya que en la resolución impugnada por la beneficiaria no se precisó tal extremo sino que se indicó sin más que *“al haber trabajado en los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo un porcentaje parcial del 60 %, procede la aplicación de ese porcentaje a su prestación por desempleo, en lo referente a la cuantía, según lo establecido en el artículo 211.3 y 211.4 ...”*. Por ello se solicitaba la eliminación del porcentaje reductor por parcialidad aplicado por la Gestora en el 60 %, al entender el beneficiario que se le aplicó a la base reguladora, demanda que fue íntegramente desestimada por el Juzgado de lo Social n.1 de Manresa.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en la sentencia de 24 de abril de 2015 cayó también en la confusión, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia para reconocer el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo sin aplicación del referido porcentaje de reducción sin darse cuenta de que se había aplicado no a la base sino a los topes. Para llegar a tal conclusión la sentencia parte de la literalidad del artículo 211 LGSS, en nueva redacción dada al número 3 por el RDL 20/2012, para afirmar que *“... la prestación contributiva de desempleo está directamente ligada no sólo a un período previo de cotización, sino también a la cuantía de la cotización durante los últimos 180 días, de manera que al realizar el cálculo de la base reguladora y de la prestación ésta ya se ajustará (en proporción al tiempo trabajado) a la cotización real materializada, como ocurre con cualquier otra cotización de quien trabaje a tiempo completo. La ley*

*posteriormente tan sólo establece los límites máximo y mínimo de la prestación, pero no establece norma alguna que implique la reducción de la prestación en función de la proporción del tiempo trabajado respecto a la jornada ordinaria en el sector. En definitiva, al calcularse la base reguladora sobre el promedio de lo cotizado, ya se reflejará en dicha base reguladora la reducción de la cotización por tratarse de trabajo a tiempo parcial (...). Si a quien cotiza en cuantía proporcional al salario percibido, se le aplicase otra reducción, se le estaría penalizando doblemente, y ello es contrario al principio de equidad”.*

Debe decirse que en el caso que resolvió la sentencia de contraste, en el momento en que se causaron por el beneficiario las prestaciones por desempleo –28 de enero de 2012– aún no se había publicado la reforma que del art. 211.3 LGS introdujo el RDL 20/2012, que entró en vigor el día 15 de julio de ese año, y aunque erróneamente se transcribe en la fundamentación jurídica ese nuevo texto, resultaba aplicable la redacción anterior, argumentándose en todo caso y con carácter general que en las prestaciones por desempleo causadas tras la extinción de un contrato de trabajo a tiempo parcial debe aplicarse ese porcentaje de reducción, tal y como ya se había entendido en otras sentencia de la misma Sala de Cataluña.

Pese a la confusión el Tribunal Supremo apreció la contradicción de manera evidente entre las resoluciones porque ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las decisiones fueron contrapuestas, incluso aplicando la sentencia recurrida la nueva redacción del precepto discutido, el art. 211.3 LGSS. Y lo centró en que la discrepancia se planteó en relación con la determinación del importe de la prestación y aquí es donde se halla la discrepancia entre la sentencia recurrida y la de contraste, al no tener en cuenta que para el cálculo del importe en las prestaciones por desempleo contributivo existen unos topes o límites máximos y mínimos, que no pueden ser ignorados o rebasados y que se regulan en el número 3 del art. 211 LGSS. A partir de ahí entra en juego para el cálculo del importe de la prestación en el caso de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, y como novedad, desde la reforma introducida por el RDL 20/2012 también para los contratos a tiempo completo con periodos trabajados a tiempo parcial, la proporcionalidad a efectos de los topes desde el momento en que la norma establece que *“en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinaran teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo”*.

Y casa la sentencia recurrida porque no aplicó adecuadamente este artículo, pues realmente no se produjo esa reducción del 60 %, sino que para el cálculo del IPREM y a efectos del tope máximo de la prestación, sí se tuvo en cuenta esa parcialidad en cumplimiento estricto de lo previsto en el referido número 3 del art. 211 en redacción dada por el RDL 20/2012.

Finalmente, según la sentencia, todo ello no se opone a la cláusula 4 de la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en la que se contiene el principio de no discriminación en las condiciones de empleo de los trabajadores a tiempo parcial, que no podrán ser tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a

tiempo completo comparables, precisamente porque la actividad que llevan a cabo durante un número de horas o de días inferior a un trabajador a tiempo completo. A su juicio no resulta contrario al principio de igualdad de trato el establecimiento de tales topes legales para el percibo de las prestaciones y la consecuencia de que tengan un techo o un suelo diferentes, acordes precisamente con la actividad y en proporción a la misma, opción normativa basada precisamente en esa diferencia, en esa ausencia de elementos comparables que desembocan en un trato diferente a la hora de fijar las condiciones del percibo de las cantidades máximas o mínimas, pero no discriminatorio sino objetivamente justificado, cuando además, la previsión de llevar a cabo el cálculo de referencia en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, se refiere tanto a los supuestos de pérdida de empleo a tiempo parcial como a los de a tiempo completo.

Desde le punto de vista meramente juridico-positivo el razonamiento y la solución interpretativa que defiende la sentencia no va más allá de la aplicación del actual art.270.3 del TRLGSS deshaciendo el entuerto y la confusión creada por la Sentencia del TSJ recurrida, que no interpretó correctamente la resolución del Servicio Público de Empleo. No obstante, no se plantea, como sí lo hizo la STS 2823/2015 de 20 de mayo, (rec. 2382/2014) ya citada –si bien quizás *obiter dicta*–, si esa interpretación es la que más se ajusta a la normativa y jurisprudencia comunitaria, pues la STJUE 14 abril 2015 (C-527/13, Cachaldora Fernández) ha subrayado también la necesidad de proceder a una aplicación de los preceptos sobre derechos de quienes trabajan a tiempo parcial en sintonía con las reglas que disciplinan el sistema nacional de Seguridad Social. Corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de Seguridad Social, aunque con el lógico respeto al Derecho de la Unión. Entiende la sentencia que la interpretación ahora acogida es precisamente, la que corresponde con el Derecho español aplicable al caso, pero también la que mejor garantiza los objetivos constitucionales de no discriminación (art. 14 CE) y protección ante situaciones de desempleo (art. 41 CE), ambos asumidos por el propio ordenamiento europeo, en particular respecto de los trabajadores a tiempo parcial (artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social).

Tampoco se plantea si la existencia de la proporcionalidad de los topes en caso de trabajo a tiempo parcial a aplicar a la base reguladora es conforme, como dice la sentencia, a la cláusula 4 de la Directiva 97/81. Al contrario, cabría más bien alegar que seguimos estando ante una discriminación, al tratarse de un complemento de prestación de tipo asistencial que va más allá de la determinación inicial de la base reguladora. No parece suficiente justificación para proporcionalizar los topes que la cuantía de la prestación pudiera ser superior al salario del empleo a tiempo parcial que viene a suplir, pues de lo que se trata ahora de un incremento que tiene finalidades asistenciales en función de las cargas familiares que no son menores por el hecho de que se haya trabajado a tiempo parcial.

Creemos que ocurre lo mismo que con la propia prestación asistencial de desempleo, en la que en caso de trabajo a tiempo parcial la cuantía es proporcional a las horas previamente trabajadas, lo que no parece coherente con la finalidad asistencial del subsidio. Solo durante la vigencia de la ley de igualdad 3/2007 de 22 de marzo que modificó el art. 217.1 de la LGSS la cuantía fue la misma que en un trabajo a tiempo completo, esto es, el 80 % del IPREM, sin la aplicación, por tanto, de proporcionalidad alguna en función de la

parcialidad. No obstante, tras el RDL 20/2012 se ha vuelto a un criterio de estricta proporcionalidad: la cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas en los supuestos previstos en los apartados 1.a), 1.b), 3 y 4 del artículo 274 de la LGSS (art.278 LGSS). Y lo mismo ocurre con los topes de la prestación básica en caso de trabajo a tiempo parcial tras la citada norma, aunque cabría haberla cuestionada ya en la regulación anterior al RDL 20/2012.

Creemos, por tanto, y a modo de conclusión, que la protección social del trabajo a tiempo parcial todavía presenta varios agujeros negros: la forma de aplicar la integración de lagunas, la diferente forma de computar los periodos de ocupación cotizada entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, el juego de los topes mínimos y máximos de la prestación por desempleo, tal como se acaba de ver en este comentario y la cuantía proporcional del subsidio asistencial. En esos cuatro puntos creemos que cabe discutir si el ordenamiento español respeta la Directiva comunitaria 97/81. A nuestro juicio, no es conforme a la misma, ni tampoco a la propia jurisprudencia constitucional española y a la comunitaria que se ha visto más arriba.

## Determinación del grado de incapacidad permanente y recurso de casación para la unificación de doctrina: Especial referencia a las deficiencias visuales

### Determination of the degree of permanent disability and appeal for the unification of doctrine: Special reference to the visual impairments

YOLANDA CANO GALÁN

LETRADA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA IV)

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### Resumen

La STS 05-04-2016 (Rec. 1986/2014), reconoce el grado de incapacidad permanente parcial a quien teniendo como profesión habitual la de abogado pierde un ojo. A pesar de las dificultades que presenta que el Tribunal Supremo conozca de las cuestiones relativas a la determinación del grado de incapacidad permanente, la existencia de criterios científico-médicos de valoración de las dolencias y su repercusión en el desempeño de la profesión habitual, facilita el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina. Por su parte, la existencia de criterios objetivos de determinación de las exigencias de una profesión, permite que los tribunales, y en particular el Tribunal Supremo, examine cuestiones relativas al reconocimiento o revisión del grado de incapacidad permanente, al facilitar la necesaria labor de interrelación que se exige entre profesión habitual y dolencias para reconocer un determinado grado incapacitante.

#### Abstract

The judgement of the Supreme Court of Spain of April 5th, 2016 (procedure number 1986/2014), recognizes the degree of partially permanent disability to a lawyer who loses an eye. Despite the difficulties of access to appeal for unification of doctrine to the Supreme Court, the existence of scientific and medical criteria to determine the effect of the disability in a particular profession, facilitates the appeal. The determination of the requirements of a profession, also enables the Supreme Court to decide about the recognition or revision of the degree of permanent disability. The reasons for this are that these criteria allow the Supreme Court to adopt a judgement about the determination of the degree of permanent disability, judgement which requires to determine the effects of a particular disability in the development of the profession.

#### Palabras clave

Incapacidad permanente parcial; Deficiencia visual; Profesión habitual; Enfermedades

#### Keywords

Partially permanent disability; Visual impairment; Usual occupation; Diseases

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Afecta igualmente a la capacidad de trabajo que un gruísta o un abogado pierdan la visión de un ojo? No es sencillo responder a la pregunta con la que se inicia el presente estudio, y ello por cuanto siguiendo la máxima tradicional “*más que incapacidades debe hablarse de incapacitados*”<sup>1</sup>, la determinación del grado de incapacidad permanente que

<sup>1</sup> SSTS 24-05-1995 (Rec. 2339/1993), 27-01-1997 (Rec. 1179/1996), 23-06-2005 (Rec. 3304/2004), 23-06-2005 (Rec. 1711/2004), y 27-09-2007 (Rec. 5573/2005), entre otras.

corresponde a un trabajador en atención a las dolencias que presenta, no es materia de fácil unificación doctrinal.

Tradicionalmente, la Sala IV del Tribunal Supremo no entra a conocer sobre cuestiones relativas al reconocimiento en situación de incapacidad permanente, ni de revisión del grado inicialmente reconocido<sup>2</sup>, y ello por tratarse de circunstancias casuísticas. Sin embargo, poco a poco se abre la puerta al análisis de qué grado de incapacidad procede reconocer a los trabajadores que desempeñan profesiones concretas y que padecen lesiones muy identificadas, y ello no en el marco general de aplicación de la Ley General de la Seguridad Social que no contiene criterios objetivos de concreción del grado, sino como consecuencia de la utilización de criterios científico-médicos de determinación de las dolencias y de concreción de los requerimientos de la profesión habitual, que se convierten en métodos orientativo-objetivos de determinación del grado incapacitante.

El objeto de este estudio es examinar los beneficios y las disfuncionalidades que presenta la utilización de dichos métodos de objetivación de dolencias y profesiones a efectos del reconocimiento del grado de incapacidad permanente, en particular, el Reglamento de Accidentes de Trabajo y la Escala de Wecker (respecto de las dolencias), y la existencia de profesiogramas, identificación de requerimientos de la profesión en convenio colectivo o recurso a normativa reguladora de los requisitos de acceso a una determinada profesión (respecto de la profesión habitual), y ello tomando como eje articulador el análisis de la STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014), que reconoce el grado de incapacidad permanente parcial a quien tiene como profesión habitual la de abogado.

## 2. DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El art. 136 LGSS/1994 (art. 193 LGSS/2015)<sup>3</sup>, considera a la incapacidad permanente como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad

---

<sup>2</sup> Vid. AATS 04-05-2016 (Rec. 2375/2015), 18-05-2016 (Rec. 2902/2015), 01-06-2016 (Rec. 2444/2015), 02-06-2016 (Rec. 3943/2015), 16-06-2016 (Rec. 26072016), 07-06-2016 (Rec. 1620/2015), 02-06-2016 (Rec. 350672015), 02-06-2016 (Rec. 3368/2015), 07-06-2016 (Rec. 3563/2015), 18-05-2016 (Rec. 4219/2015), 17-05-2016 (Rec. 1388/2015), 17-05-2016 (Rec. 3414/2015), 05-05-2016 (Rec. 534/2015), 26-05-2016 (Rec. 21231/2015), 05-05-2016 (Rec. 634/2015), 12-05-2016 (Rec. 1891/2015), por poner sólo algunos ejemplos de Autos de inadmisión de recursos de casación para la unificación de doctrina inadmitidos en último cuatrimestre, en los que se considera que “*las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, 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*”.

<sup>3</sup> La referencia en el estudio se realizar tanto al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (derogado tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre a partir del 02-01-2016), y ello en atención a que la sentencia analizada [STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014)] refiere a la LGSS/1994, pudiendo extrapolarse lo en ella expuesto a los supuestos en que sea de aplicación la LGSS/2015

laboral”<sup>4</sup>. Examinando la definición, dos son los elementos que identificarían el grado de incapacidad:

- 1.-Las dolencias que de forma más o menos permanentes padece la persona y
- 2.-El efecto o limitaciones que dichas dolencias presentan en la capacidad laboral de la persona.

Conjugando ambos parámetros, es decir, poniendo en relación dolencias con capacidad laboral residual, es como se determina el grado de incapacidad en atención a los identificados en el art. 137 LGSS/1994 (art. 194 LGSS/2015), labor que inicialmente corresponde al INSS a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (en adelante EVI)<sup>5</sup>, y que podrá ser objeto de revisión judicial.

### 2.1. Grados de incapacidad permanente

Los grados de incapacidad permanente se concretan en el art. 137 LGSS/1994 (art. 194 LGSS/2015). Dicho precepto, en la redacción dada por el art. 8.1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, únicamente identifica los grados sin definirlos (incapacidad permanente parcial, total y absoluta, además de la gran invalidez). De conformidad con lo dispuesto en la DT 5ª bis LGSS/1994 (DT 26ª LGSS/2015), la graduación de la incapacidad permanente se realizará conforme a la redacción original del art. 137 LGSS/1994 (que se reproduce en la DT 26ª LGSS/2015), precepto en el que se reconocen idénticos grados a los que aparecían en el art. 11 de la Orden de 15 de abril de 1969, y en el que se especifica que la incapacidad permanente parcial y la incapacidad permanente total será *“para la profesión habitual”*. Dichos grados de incapacidad son los siguientes:

- 1.-Incapacidad permanente parcial para la *“profesión habitual”*, cuando las dolencias padecidas ocasionan al trabajador *“una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”*,
- 2.-Incapacidad permanente total para la *“profesión habitual”*, cuando las dolencias que aquejan al trabajador le inhabilitan *“para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”*,
- 3.-Incapacidad permanente absoluta, cuando las dolencias que aquejan al trabajador le *“inhabilite por completo para toda profesión u oficio”*,
- 4.-Gran invalidez, cuando *“necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”*.

<sup>4</sup> En idénticos términos el art. 1 de la 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

<sup>5</sup> Conforme al art. 143 LGSS/1994, (art. 200 LGSS/2015) y art. 1 RD 1300/1995, de 21 de julio

## 2.2. Relación entre profesión habitual y dolencias

Examinando la identificación legal de los grados de incapacidad permanente, se detecta que no se concretan parámetros que permitan de manera objetiva determinar el grado de incapacidad permanente a reconocer. Como se ha avanzado, dos son los factores a tener en cuenta a efectos de la determinación del mismo: 1) las dolencias y 2) el efecto que éstas tienen en la capacidad laboral, término éste estrechamente vinculado a la profesión. El art. 137 LGSS/1994 (art. 194 LGSS/2015), simplemente señala, en relación con los grados de incapacidad permanente, que ésta se clasificará *“en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente”*, lo que se reitera en el apartado 2, en que se insiste en que *“la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca”*.

A falta del desarrollo reglamentario<sup>6</sup>, la determinación del grado de incapacidad permanente sigue siendo una labor en la que tanto los EVI dependientes del INSS, como los jueces (en el supuesto de que la determinación del grado sea una cuestión litigiosa), tienen que poner en relación las dolencias padecidas con la actividad profesional desarrollada para determinar el ámbito de afectación de las limitaciones en el desarrollo de las funciones propias de la profesión habitual, función eminentemente casuística y no ajena a cierto nivel de discrecionalidad.

### 2.2.1. Determinación de la profesión habitual

Dejando aparte la gran invalidez (identificada por la necesidad de ayuda de tercera persona), y la incapacidad permanente absoluta *“para todo trabajo”* (en que el peso específico lo tienen las dolencias sin necesidad de conexión con la profesión habitual), el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial o total guarda íntima relación con la *“profesión habitual”* del trabajador.

La versión original del art. 137 LGSS/1994 (que es la que se transcribe, y la que a falta de desarrollo reglamentario sigue siendo aplicable de conformidad con la DT 26ª LGSS/2015), identifica la *“profesión habitual”* distinguiendo entre accidente y enfermedad:

1.-Si las dolencias a efectos de valoración surgen o se agravan como consecuencia de un accidente (sea laboral o no), es decir, como consecuencia de un *“suceso eventual que altera el orden regular de las cosas”*<sup>7</sup>, la profesión habitual se identifica con la *“desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo”*

2.-Si las dolencias a efectos de valoración surgen o se agravan como consecuencia de enfermedades comunes o profesionales, la profesión habitual será *“aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”*.

<sup>6</sup> Ya que en la actualidad sólo se ha aprobado el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, en el que se contempla en su anexo las enfermedades que se consideran profesionales en atención al agente que las ocasiona, y las actividades susceptibles de ocasionar dicha enfermedad.

<sup>7</sup> *Diccionario del Español Jurídico*, Real Academia Española/Consejo General del Poder Judicial. Voz accidente, acepción primera.

Partiendo de dichas definiciones, no es fácil identificar la profesión habitual de un trabajador, y ello por cuanto: 1) En el supuesto de que las dolencias provengan de un accidente se exige concretar cuál es la que se “*desempeña normalmente*” (que podrá ser la única que se ejercía en el momento del accidente, o varias), y 2) En el supuesto de que se trate de enfermedades, deberá igualmente concretarse cuál era la “*actividad fundamental*” desarrollada por el trabajador con anterioridad al reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y durante cuánto tiempo debe desempeñarse ésta para que se entienda que existe la nota de habitualidad.

La dificultosa identificación de la “*profesión habitual*” ha derivado en que el Tribunal Supremo, a través de una sistemática jurisprudencia, fije criterios para la determinación de cuál sea ésta:

1.-La “*actividad fundamental*” (en supuestos de enfermedad) o la “*desempeñada normalmente*” (en supuestos de accidente) por el trabajador, no es la que se realiza durante un corto periodo de tiempo y que puede identificarse con una concreta profesión, cuando se acredita que durante largos años se ha desempeñado otra distinta<sup>8</sup>.

2.-Cuando la contingencia es profesional, la profesión habitual se determina:

A.-En supuestos de accidentes de trabajo, en atención a la profesión ejercida por el trabajador en el momento en que acontece el accidente.

B.-En supuestos de enfermedades profesionales, si bien el art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, identificaba la profesión habitual como “*aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que deriva la incapacidad permanente*”, ésta no será la ejercida en el último año, sino la que era habitual cuando se contrajo la enfermedad profesional de la que trae causa la incapacidad permanente<sup>9</sup>.

3.-La profesión habitual no se equipara al grupo profesional, sino a la categoría profesional en la que quedarían encuadradas, de las identificadas en el grupo, las actividades que el trabajador desempeña en el marco de la relación laboral<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> La STS 07-02-2002 (Rec. 1595/2001), considera como profesión habitual la desempeñada por la trabajadora durante 25 años (dependienta), y no la desempeñada durante tan sólo los 4 meses anteriores al reconocimiento en situación de incapacidad permanente (administrativa).

<sup>9</sup> STS 18-01-2007 (Rec. 2827/2005), en la que se afirma que lo dispuesto en la Orden de 15 de abril de 1969 “*mal podría satisfacer la especial situación de unas enfermedades cuya aparición en el tiempo puede ser muy posterior a la fecha de prestación de los servicios que las originaron (...) la enfermedad profesional y el accidente de trabajo son dos contingencias con una común característica. Proteger al trabajador de dolencias causadas a consecuencia del trabajo, y, en el accidente se toma en consideración la profesión que se ejercía cuando ocurrió y en la enfermedad profesional de muy lenta evolución, como la silicosis o la asbestosis, debe llegarse a la misma conclusión*”.

<sup>10</sup> En STS 28-02-2005 (Rec. 1591/2004), se concreta que la “*profesión habitual ha de entenderse referida no en relación a la categoría o grupo profesional en que dicha categoría se encuadra, sino en atención a la actividad que “el trabajador hubiera venido desempeñando”*” de forma que en un supuesto en que el trabajador estaba integrado en el Grupo Profesional 3 del Convenio Colectivo de las Industrias Químicas, en las que se incluían múltiples actividades, la Sala IV declara al trabajador afecto de incapacidad permanente total para la profesión habitual de operario de fábrica, que eran las funciones desarrolladas por el trabajador, y ello al considerar que no puede atenderse al grupo profesional al que refiere el art.22.2 ET, aunque al trabajador en su contrato de trabajo se le haya encuadrado en el mismo, ya que “*estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de la incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación* (...)”

4.-La profesión habitual tampoco se equipara a la labor específica que se realiza en un determinado puesto de trabajo, sino con la que *“el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarse en movilidad funcional”*<sup>11</sup>, sin que ello suponga que se pueda equiparar la profesión habitual *“con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo”*<sup>12</sup>. Ello supone:

A.-Que hay que estar a efectos de delimitación de la profesión habitual a las actividades que integran objetivamente la profesión aunque éstas no se realicen en su totalidad<sup>13</sup>.

B.-Que puesto que no se pueden tener en cuenta a efectos de identificación de la profesión habitual *“las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar desarrollando después del accidente”*, su delimitación habrá de hacerse en atención a las funciones propias de su categoría profesional o las del grupo profesional en el que se encuadra<sup>14</sup>, sin que ello suponga en ningún caso que pueda equipararse la profesión con las que integran el grupo profesional<sup>15</sup>.

C.-En supuesto de profesiones que permiten el denominado *“pase a segunda actividad”* (bomberos, policía, etc.), la profesión habitual se identifica con el conjunto de actividades que integran aquella profesión habitual y no sólo las que se realizan en dicha segunda actividad<sup>16</sup>.

5.-En el supuesto de desempeño de distintas actividades, la profesión habitual es aquella que se ejerce más prolongadamente en el tiempo, pudiendo ser ésta de naturaleza político-representativa (alcalde, concejal, etc.)<sup>17</sup>.

### 2.2.2. Determinación de las dolencias

El segundo criterio a tener en cuenta a efectos de la concreción del grado de incapacidad permanente, son las dolencias padecidas por los trabajadores, y ello por cuanto el grado se delimitará por el efecto en la reducción de la capacidad de trabajo que producen dichas dolencias.

Las dolencias se identifican con las enfermedades padecidas y constatadas por los servicios médicos, enfermedad entendida en el sentido de *“reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas”*<sup>18</sup>,

---

*específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria”.*

<sup>11</sup> STS 10-10-2011 (Rec. 4611/2010) y STS 16-01-1989.

<sup>12</sup> STS 28-02-2005 (Rec. 1591/2004).

<sup>13</sup> STS 17-02-2015 (Rec. 1796/2014), 04-12-2012 (Rec. 258/2012), 02-11-2012 (Rec. 4074/2011), entre otras muchas.

<sup>14</sup> SSTS 12-02-2003 (Rec. 861/2002) y 27-04-2005 (Rec. 998/2004 y 01-12-2008 (Rec. 4039/2007).

<sup>15</sup> STS 28-02-2005 (Rec. 1591/2004).

<sup>16</sup> SSTS 12-02-2003 (Rec. 861/2002), 28-02-2005 (Rec. 159/2004), 27-04-2005 (Rec. 998/2004, 10-06-2008 (Rec. 256/2007, 23-02-2006 (Rec. 5135/2004 y 25-03-2009 (Rec. 3402/2007), respecto de la profesión de policía local, y SSTS 10-10-2011 (Rec. 4611/2010), 03-05-2012 (Rec. 1809/2011), 22-05-2012 (Rec. 2111/2011), 07-06-2012 (Rec. 1939/2011), 02-07-2012 (Rec. 3256/2011), 04-07-2012 (Rec. 1923/2011), 10-07-2012 (Rec. 2900/2011), 24-07-2012 (Rec. 3240/2011), 16-10-2012 (Rec. 3907/2011), 02-11-2012 (Rec. 4074/2011) y 04-12-2012 (Rec. 258/2012) respecto de la profesión de bombero.

<sup>17</sup> STS 15-03-2011 (Rec. 1048/2010) y 26-03-2012 (Rec. 2322/2011).

<sup>18</sup> Art. 136.1 LGSS/1994 (art. 193.1 LGSS/2015).

o “deficiencias, previsiblemente permanente, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen”<sup>19</sup>.

Las dolencias se valoran por los EVI dependientes del INSS, en atención a los informes médicos que presente el trabajador o que consten en los archivos del Sistema Nacional de Salud, debiéndose fijar en la resolución de denegación o reconocimiento del grado incapacitante, las limitaciones que dichas enfermedades ocasionan, para poder conectarlas con la profesión habitual, lo que determinará la capacidad laboral residual (en caso de que ésta exista), que permitirá el reconocimiento de un determinado grado incapacitante.

La determinación de las dolencias, como la identificación de la profesión habitual, no es tarea fácil, de ahí que la jurisprudencia haya fijado también una serie de criterios a tener en cuenta para concretar el grado de incapacidad permanente a reconocer:

1.-Las dolencias a valorar son las que se padecen en el momento en que se inicia el expediente de invalidez, es decir, las que se constaten según los informes médicos presentados en el momento de reconocimiento por los EVI<sup>20</sup>.

2.-Las dolencias preexistentes a la afiliación del trabajador en la Seguridad Social, y que no impidieron al trabajador desempeñar un trabajo, pueden ser tenidas en cuenta para los efectos de declaración en situación de incapacidad permanente, cuando ha existido agravación de las mismas<sup>21</sup>.

3.-Las patologías que no se alegaron en el expediente administrativo (aquellas de las que no tiene conocimiento el EVI por no presentarse informes), ni en la demanda, pero que se alegan en el acto de juicio, no pueden tenerse en cuenta a efectos de la determinación del grado de incapacidad, ya que no han podido ser objeto de valoración a la hora de dictar la resolución de reconocimiento o denegación del grado incapacitante<sup>22</sup>.

4.-Las dolencias que ya existían durante la tramitación del expediente, pero que no fueron detectadas por los servicios médicos por las causas que sean, sí pueden ser valoradas<sup>23</sup>.

5.-Igualmente pueden valorarse las dolencias que aparecían en el expediente administrativo y que se han agravado hasta el momento de celebración del juicio oral<sup>24</sup>.

Una vez identificadas las dolencias, éstas tendrán que ponerse en relación con la profesión habitual del trabajador, para que proceda, previa valoración por los EVI, y

<sup>19</sup> Art. 136.2 LGSS/1994 (art. 193.2 LGSS/2015).

<sup>20</sup> STS 28-11-2006 (Rec. 4126/2005).

<sup>21</sup> Art. 136.1 LGSS/1994 (Art. 193.1 LGSS/2015 que dispone que “*las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia de nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación*” y STS 28-11-2006 (Rec. 4126/2005).

<sup>22</sup> STS 02-06-2016 (Rec. 452/2015) y STS 05-03-2013 (Rec. 1453/2012), y ello como consecuencia de que puede ocasionar indefensión a la contraparte, puesto que el art. 143.4 LRJS determina que “*no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con posterioridad*”.

<sup>23</sup> STS 30-04-1987, 23-09-1987, STS 07-12-2004 (Rec. 4274/2003).

<sup>24</sup> STS 05-03-2013 (Rec. 1453/2012).

mediante resolución del INSS, el reconocimiento o denegación de un grado de incapacidad permanente.

### **3. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE**

A falta de norma que a modo de baremo concrete cuál es el grado de incapacidad permanente que hay que reconocer al trabajador en atención a la profesión ejercida y las dolencias padecidas, los procedimientos de determinación o revisión del grado de incapacidad permanente se resuelven atendiendo a circunstancias casuísticas y particularizadas en la que se ponen en conexión los dos elementos determinantes del grado de incapacidad a reconocer: la profesión y las dolencias. Ello lleva a que en no pocas ocasiones, ante situaciones muy similares, existan resoluciones judiciales que son en apariencia contradictorias, y respecto de las que la Sala IV del Tribunal Supremo no entra a conocer por tratarse de circunstancias particularizadas que se han considerado tradicionalmente como no susceptibles de casación unificadora<sup>25</sup>. La sensación es que existe amplia discrecionalidad por parte del juzgador en el reconocimiento o denegación del grado incapacitante, discrecionalidad que raramente puede ser paliada por el Tribunal Supremo por ser difícil encontrar resoluciones en que, ante identidad de hechos (dolencias y profesiones), los fallos sean contradictorios (exigencia para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina). Sin embargo, en la actualidad se están explorando nuevas fórmulas que permiten a la Sala IV del Tribunal Supremo entrar a conocer de cuestiones relativas a la determinación del grado de incapacidad permanente, fórmulas que no se basan en valoración de dolencias y su relación con la capacidad de desempeño de la profesión habitual (lo que exigiría valoraciones casuísticas e impediría el acceso a casación unificadora), sino en la determinación del grado en aplicación de criterios orientativo-objetivos de valoración, basados en métodos científico-médicos de concreción de la capacidad de trabajo en atención a las lesiones padecidas y de identificación de los requerimientos de una determinada profesión.

#### **3.1. Criterios orientativo-objetivos de valoración de incapacidades permanentes derivadas de deficiencias visuales**

Como se ha avanzado, a pesar de las dificultades de acceso a casación para la unificación de doctrina de cuestiones relativas a la valoración del grado de incapacidad permanente<sup>26</sup>, dicha labor puede realizarse recurriendo: 1) bien a comprobar la absoluta identidad en las dolencias y profesiones de los actores; 2) bien recurriendo a métodos orientativo-objetivos que permiten concretar el grado de incapacidad permanente (aplicación del Reglamento de Accidentes de Trabajo, existencia de profesiogramas, métodos de evaluación de dolencias creados y aceptados por la comunidad científico-médica, etc.)

---

<sup>25</sup> Por poner sólo dos ejemplos del último año: en STS 29-03-2016 (Rec. 924/2014), no se entra a revisar el grado de incapacidad permanente cuando se pierde la visión de un ojo por no existir identidad en las profesiones de los actores de las sentencias comparadas; en STS 04-07-2016 (Rec. 3819/2014), tampoco se revisa el mismo por no existir identidad en las dolencias.

<sup>26</sup> Puesto que el art. 219 LRJS exige que exista identidad entre hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias objeto de comparación, identidad que no concurre en los supuestos en que hay que realizar una valoración individualizada en atención a factores de repercusión funcional, que son variables en cada caso.

### 3.1.1. Reglamento de Accidentes de Trabajo

El Decreto de 22 de junio de 1956, aprobó el Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo (en adelante LAT/1956) y el Reglamento para su aplicación (en adelante RAT/1956). En el art. 12 LAT/1956, se identifican los grados de incapacidad permanente y en los arts. 14 a 16 LAT/1956 se definen éstos en términos muy parecidos a los contemplados en el art. 137 LGSS/1994 en su versión original (art. 194 LGSS/2015 transcrito en la DA 26<sup>a</sup>) que es la normativa aplicable actualmente. Es el RAT/1956 el que contiene reglas de determinación de los supuestos en que procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente. En relación con la incapacidad permanente parcial, el art. 37 RAT/1956, tras definirla (en términos diversos a la definición actualmente vigente), se señala que *“en la calificación se tendrá en cuenta, además de la lesión, el oficio o profesión del accidentado”*, procediendo a continuación a identificar dolencias constitutivas de incapacidad permanente parcial. Lo mismo ocurre con la incapacidad permanente total (art. 38 RAT/1956) incapacidad permanente absoluta (art. 41 RAT/1956) y gran invalidez (art. 42 RAT/1956).

El RAT/1956, al igual que la LGSS/1994 (LGSS/2015), identifica los grados y los define, y ello en atención a los dos parámetros ya estudiados (relación entre dolencias y capacidad para el ejercicio de las funciones propias de la profesión), existiendo un matiz diferencial respecto de la actual regulación que no identifica dolencias constitutivas de incapacidad permanente, lo que hace que se utilice el RAT/1956 de forma orientativa. El art. 37 b) RAT/1956, considera constitutiva de incapacidad permanente parcial *“la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro”*, lo que en realidad no es más que un elemento objetivo de identificación de la dolencia que en sí misma supone el reconocimiento de dicho grado incapacitante. Ello ha provocado que a falta de desarrollo reglamentario del art. 137 LGSS/1994 (194 LGSS/2015), y a pesar de que salvo lo dispuesto en el Capítulo V RAT/1956 el resto de disposiciones hayan sido sustituidas por las distintas versiones de la LGSS (lo que las hace inaplicables), el RAT/1956 sirva como criterio orientador (objetivo), para el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial cuando el trabajador sufra alguna de las dolencias objetivadas en sus preceptos.

### 3.1.2. Escala de Wecker

En materia de deficiencias visuales, es tradicional que los órganos judiciales recurran a efectos de determinación del grado de incapacidad permanente a la Escala de Wecker. La misma mide la agudeza visual de ambos ojos, coordinando mediante una tabla, el porcentaje de pérdida visual global, identificando los grados de incapacidad permanente en atención al porcentaje obtenido y conforme a la siguiente escala:

- 1.-Entre el 24 y el 36 % de porcentaje de pérdida visual global, procedería el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial, horquilla que en la práctica supone una agudeza visual de entre 0,1 en el peor ojo y el 0,9 en el ojo sano
- 2.-Entre el 37 y el 50 % de porcentaje de pérdida visual global, procedería el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, horquilla que en la práctica supone una agudeza visual de entre el 0,2 en el peor ojo y el 0,3 en el ojo sano

3.-Si el porcentaje de pérdida visual global es superior al 50 %, procedería el reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta, lo que supone una agudeza visual inferior al 0,05 en ambos ojos.

### 3.1.3. Aplicación conjunta de ambos criterios y relación con la profesión habitual

Tanto si se atiende al RAT/1956, como si acudimos a la Escala de Wecker, parece claro que la pérdida de visión de un ojo (a la que se equipara la agudeza visual igual o inferior al 0.01), es constitutiva del reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial. Este criterio objetivo de valoración, sin embargo, se convierte en orientativo en atención a lo dispuesto en el art. 137 LGSS/1994 (art. 194 LGSS/2015), en el que se exige poner en conexión no sólo la dolencia (en el supuesto deficiencia visual), sino también la profesión habitual ejercida. Es por ello que partiendo de que una de los dos elementos exigidos para determinar el grado incapacitante (dolencias), puede fijar el grado de afectación en la capacidad de trabajo, cuando la misma dolencia se presente en trabajadores que tienen la misma profesión habitual, procederá unificar doctrina para evitar pronunciamientos dispares.

Existen supuestos en que la profesión habitual es de fácil determinación práctica, pero otros en los que, como se expuso al comienzo de este estudio, se exige la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos para concretar cuál es ésta. Una vez delimitada, es preciso, además, identificar cuáles son los requerimientos de la misma, es decir, las funciones que integran la "*profesión en su conjunto*"<sup>27</sup>, y que serán determinantes para, una vez puestas en relación con las dolencias, concretar el grado de incapacidad a reconocer.

Existen, al igual que con las dolencias, criterios orientativo-objetivos de determinación de los requerimientos y exigencias de una profesión, entre ellos:

1.-Profesiogramas, o documentos en los que se resumen las aptitudes y capacidades de los puestos de trabajos existentes y de las exigencias requeridas a los trabajadores que los ocupan,

2.-Convenios colectivos, que pueden identificar las profesiones (en ocasiones como categorías profesionales o en relación con el grupo profesional) e identificar los requerimientos de la misma,

3.-Recurso a normativa que regula los condicionantes de acceso a los requerimientos exigidos para dicha profesión (carnés, certificados, etc.)

En la práctica, suele del órgano judicial el que tiene que determinar cuáles son las funciones inherentes a la profesión, lo que se hará, bien haciendo constar en los hechos probados cuáles son los requerimientos para el desempeño de la misma, bien tácitamente por

---

<sup>27</sup> Al que referían las SSTs 12-02-2003 (Rec. 861/2002), 28-02-2005 (Rec. 159/2004), 27-04-2005 (Rec. 998/2004), 10-06-2008 (Rec. 256/2007), 23-02-2006 (Rec. 5135/2004), 25-03-2009 (Rec. 3402/2007), 10-10-2011 (Rec. 4611/2010), 03-05-2012 (Rec. 1809/2011), 22-05-2012 (Rec. 2111/2011), 07-06-2012 (Rec. 1939/2011), 02-07-2012 (Rec. 3256/2011), 04-07-2012 (Rec. 1923/2011), 10-07-2012 (Rec. 2900/2011), 24-07-2012 (Rec. 3240/2011), 16-10-2012 (Rec. 3907/2011), 02-11-2012 (Rec. 4074/2011) y 04-12-2012 (Rec. 258/2012), entre otras muchas, para determinar la capacidad residual del trabajador en relación con las funciones inherentes a dicha profesión.

sobreentenderse que las dolencias padecidas influyen necesariamente en el desempeño de dicha profesión por los requerimientos que ésta exige.

### 3.2. Grados de incapacidad permanente en deficiencias visuales

Como se reiterado, es difícil que la Sala IV del Tribunal Supremo resuelva recursos en los que se cuestiona el reconocimiento de un determinado grado de incapacidad permanente, aun así, en el último año ha conocido en tres ocasiones de dicha materia, todas ellas en supuestos en que la dolencia tenía que ver con deficiencias visuales.

#### 3.2.1. Ceguera y gran invalidez

Aunque la gran invalidez no es en sí misma un grado de incapacidad permanente, el reconocimiento en dicha situación está íntimamente relacionado con la misma, ya que se reconoce cuando la persona en situación de incapacidad permanente *“necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”*<sup>28</sup>. Dada dicha íntima conexión, el tratamiento de la gran invalidez a efectos de casación para la unificación de doctrina ha sido equiparable al del reconocimiento o revisión del grado de incapacidad permanente, es decir, exige valoración de situaciones casuísticas de difícil acceso a casación unificadora. A pesar de ello, la Sala IV ha entrado a conocer, en STS 10-02-2015 (Rec. 1764/2014) –que reitera lo dispuesto en la STS 03-03-2014 (Rec. 1246/2013)– sobre si una persona que puede ser calificada de ciega, puede ser considerada en situación de gran invalidez aunque pueda adquirir las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, pudiendo incluso llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación. La solución alcanzada es que procede el reconocimiento en situación de gran invalidez, conclusión a la que se llega tras una prolija labor de sistematización e interrelación de los criterios orientativo-objetivos de determinación del grado de incapacidad permanente en supuestos de deficiencias visuales (RAT/1956 y Escala de Wecker)<sup>29</sup>.

#### 3.2.2. Visión monocular a incapacidad permanente total para la profesión de gruista

La STS 23-12-2014 (Rec. 360/2014)<sup>30</sup>, puede considerarse precedente de la que es objeto del presente estudio –la STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014)–. En el supuesto examinado, ante la pretensión del trabajador que sufrió un accidente de trabajo a resultas del cual perdió un ojo (teniendo una disminución de la agudeza visual total del 24 %), de ser reconocido en situación de incapacidad permanente total, la Sala IV, reiterando las dificultades para que dicha materia fuera apta para la unificación de doctrina, entiende que existe identidad tanto en las profesiones de los actores de las sentencias comparadas (ambos

<sup>28</sup> Según redacción original del art. 137 LGSS/1994 (mantenida y reproducida en la DT 26ª LGSS/2015).

<sup>29</sup> Para un estudio detallado de dicha sentencia vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Ceguera como situación determinante de gran invalidez”, *Revista de Derecho de Seguridad Social*, Laborum, núm. 1, 4º trimestre 2014, pp. 169-184.

<sup>30</sup> Para un estudio detallado de dicha sentencia vid. MÁRQUEZ PRIETO, A., RUIZ SANTAMARÍA J.L. “Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014”, *Revista de Derecho de Seguridad Social*, Laborum, núm. 1, 2016, pp. 135-141.

gruistas), como en las dolencias padecidas (visión monocular), por lo que procede a realizar una labor de interrelación entre ambos elementos (profesión habitual y dolencias), para concluir que procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total. Parte la Sala IV para alcanzar su conclusión, de los criterios orientativo-objetivos de valoración de las dolencias y la profesión habitual, en particular, de que según lo dispuesto en el art. 37 RAT/1956, la visión monocular es justificativa de una incapacidad permanente total (pérdida de un ojo cuando en el otro ojo existe una disminución en menos del 50 %), y aunque según la Escala de Wecker el actor no se entendería incluido en el mínimo que la misma atribuye a dicho grado incapacitante (37 % teniendo el actor una disminución de la agudeza visual de tan solo el 24 %), pone en relación las mismas con criterios orientativo-objetivos de determinación de los requerimientos de la profesión (en el supuesto Anexo VI del RD 836/2003, de 27 de junio en que se regula el cané de gruista, en relación con el Anexo IV del RD 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de conductores), para concluir que con la visión que padece el actor no podría obtener dicho carné, procediendo el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total.

### **3.2.3. Visión monocular e incapacidad permanente parcial para la profesión de abogado: la STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014)**

La Sala IV del Tribunal Supremo, en reciente STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014) –eje que sirve a la reflexión que pretende ser el presente estudio– ha examinado la cuestión relativa al grado que hay que reconocer a un abogado en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, que sufrió un accidente de tráfico a resultas del cual le quedaron como dolencias: *“contusión ojo derecho, con secuelas de parálisis III par completa con recuperación parcial, precisando oclusión”*, y que solicitó y le fue denegado el reconocimiento en situación de incapacidad permanente. En instancia<sup>31</sup> se denegó el reconocimiento en situación de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, por considerarse que a pesar de las dolencias, no se había producido una merma sustancial y jurídicamente relevante de la capacidad visual, y ello en atención a que no se acreditaba que la pérdida visual afectara al desarrollo de su profesión, pronunciamiento que se compartió por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14-04-2014 (Rec. 5690/2013), que desestimó el recurso de suplicación interpuesto y confirmó la sentencia de instancia, considerando, igualmente, que la utilización un solo ojo no tenía que provocar una mayor fatiga visual con efectos en la profesión del actor.

Disconforme con dicha decisión, el actor presentó recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29-09-2010 (Rec. 2947/2010), en la que igualmente un abogado, que tenía como lesiones *“intervenido de retinosquias inferior OD con secuela de pérdida de visión central de dicho ojo (AV. 0,05 y retinosquias temporal OI fotocoagulada con buen aspecto (AV8,8), que le suponen una pérdida de visión binocular de un 20 % que conlleva fatiga visual para realizar trabajo de cerca”*, fue reconocido en situación de incapacidad permanente parcial.

---

<sup>31</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 14-05-2013 (autos 339/2011).

La pretensión del abogado recurrente en casación para la unificación de doctrina no era simplemente que se pusieran en relación profesiones con dolencias, sino que además se utilizaran criterios orientativo-objetivos de valoración de la incapacidad.

La Sala IV, aun reconociendo como se afirmó en el informe del Ministerio Fiscal, que *“la materia de incapacidad permanente no es apta para la unificación dada la dificultad de establecer la identidad necesaria en temas tan notoriamente casuísticos”*<sup>32</sup>, considera que en el presente supuesto existe una identidad absoluta entre dolencias y profesión (los criterios exigidos por los arts. 136 y 137 LGSS/1994-193 y 194 LGSS/2015 para reconocer o denegar un determinado grado de incapacidad permanente), lo que permite el acceso al recurso de casación unificadora al cumplirse las identidades del art. 219 LRJS.

La propia Sala, aun partiendo del hecho indiscutible y no debatido de que la profesión de los actores de las resoluciones comparadas eran las mismas (abogado), reconoce que las dolencias no son idénticas (puesto que en la sentencia recurrida se trata de la pérdida de la visión del ojo derecho, y en la sentencia de contraste se trata de la pérdida de la visión central del ojo derecho), y a pesar de ello, entiende que puesto que en la sentencia recurrida la dolencia es aún mayor que en la sentencia de contraste, y en dicha sentencia se reconoció el grado de incapacidad permanente parcial denegado en la recurrida, debía unificarse doctrina respecto de dicha cuestión<sup>33</sup>.

La cuestión se resuelve, como se ha avanzado, reconociendo que la visión monocular supone una merma de la capacidad laboral de quien tiene por profesión habitual la de abogado, constitutiva del reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial, y ello aplicando dos criterios:

1.-El primero es la utilización de los criterios orientativo-objetivos de determinación de las dolencias en supuestos de deficiencias visuales, en particular:

A.-La Escala de Wecker, en la que como se avanzó, la limitación de la visión entre el 24 y el 36 % implica el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial,

B.-El RAT/1956, en particular el art. 37, que establece como causa de incapacidad permanente parcial *“la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro”*.

2.-El segundo es la conexión con la profesión habitual; en el supuesto, la de abogado, que entiende exige *“consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.”*.

La sentencia analizada sigue el esquema examinado en el presente trabajo para la determinación del grado de incapacidad permanente, lo que exige, una vez que se desciende

<sup>32</sup> Criterio seguido por numerosas sentencias, entre otras: SSTS 29-03-2016 (Rec. 924/2014), 29-10-2012 (Rec. 1202/2011), 14-02-2012 (Rec. 1535/2011), y en mucho más numerosos Autos de inadmisión, entre otros: AATS 07-06-2016 (Rec. 83/2016), 07-06-2016 (Rec. 3553/2015), 07-06-2016 (Rec. 3463/2015), 02-06-2016 (Rec. 3368/2015), por citar sólo algunos del último año.

<sup>33</sup> Es lo que comúnmente se denomina contradicción “a fortiori”, supuestos en los que “por diversidad de los hechos, no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, pero la sentencia de comparación ha ido “más allá” que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión”, como así se define en las SSTS 20-01-2016 (Rec. 3106/2014), 11-02-2016 (Rec. 2806/2014) y 01-06-2016 (Rec. 609/2015), entre otras muchas.

de lo general (concreción de los criterios de determinación del grado de incapacidad permanente), a lo particular (determinación de si la pérdida de visión de un ojo por un abogado implica el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial) al menos una cierta reflexión:

1.-Como se examinó, conforme al art. 137 LGSS/1994 (ART. 194 LGSS/2015), el reconocimiento en situación de incapacidad permanente exige, en cualquiera de sus grados, poner en relación profesión habitual con dolencias.

A.-Las dolencias se constatan en atención a los informes médicos y se concretan por los EVI (en el supuesto examinado el ICAM) en el informe correspondiente que se incorpora al expediente de reconocimiento del grado de incapacidad (en el supuesto la parte no discrepa de las dolencias constatadas). Como bien se afirma en la sentencia examinada, no existe identidad en las dolencias padecidas por los actores de ambas sentencias, ahora bien, por la facilidad en la objetivación de la misma (la pérdida de un ojo lo es), no impide apreciar contradicción (a fortiori). Difícil parece que en el supuesto de dolencias menos objetivables fuera igualmente fácil apreciar contradicción a fortiori e incluso la propia existencia de identidad en la dolencia que permitiera la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina.

B.-En relación con la profesión habitual, a pesar de que no se discrepe de cuál es ésta, deberían identificarse con claridad las funciones inherentes a las mismas, ya que sólo en atención a ello podrá determinarse el efecto que la dolencia tiene en la capacidad de trabajo para el ejercicio de dicha profesión, afectando al reconocimiento o no en situación de incapacidad permanente parcial. Dicha función se realiza bien por constatarse ante el propio órgano judicial cuáles son las funciones desempeñadas (lo que se fijará como hecho probado que permitirá la puesta en relación entre funciones de la profesión y capacidad residual en atención a las dolencias padecidas), bien recurriendo a la descripción que se realice en el convenio colectivo, bien a través de profesiogramas u otros métodos. En el supuesto examinado, en la sentencia recurrida en casación unificadora no se concretan cuáles son las funciones inherentes a la profesión de abogado, dándose por válidas las que aparecen en la sentencia de contraste, que son las que se constataron en aquél particular supuesto. Ello en sí mismo puede ser válido puesto que la profesión habitual se identifica no con la categoría o el grupo, sino en relación con las funciones inherentes y propias de la misma que no podrán diferir de un supuesto a otro (ya que en caso contrario se estaría en presencia de profesiones distintas), sin embargo, cuando dicho hecho no aparece ni siquiera mencionado en la sentencia recurrida, podría entenderse que no existe una divergencia doctrinal que permita el examen de la contradicción.

2.-En el supuesto de deficiencias visuales, existen criterios orientativo-objetivos de valoración de las dolencias y su repercusión en la capacidad laboral (RAT/1956 o Escala de Wecker). Dichos criterios no existen en el supuesto de otras dolencias, lo que podría dificultar el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina en supuestos en los que también podría existir identidad e incluso contradicción a fortiori.

3.-Existen otras dolencias (hernias, fibromialgia, etc.), que o bien aparecen en el propio RAT/1956 como acreedoras del reconocimiento en situación de incapacidad permanente (hernias), o que siguen criterios científico-médicos para la determinación del grado (en el supuesto de la fibromialgia a través de los denominados “puntos de gatillo”), y que sin embargo no han sido objeto de unificación por considerarse que no es materia susceptible de casación unificadora, por lo que es difícilmente entendible que el filtro de la contradicción sólo se supere en el supuesto de deficiencias visuales.

4.-En el supuesto de que en la sentencia de contraste además de la deficiencia visual el trabajador hubiera tenido otra serie de dolencias adicionales ¿hubiera sido posible acceder a casación unificadora? La respuesta sería probablemente negativa, y ello por cuanto ya no podría apreciarse contradicción a fortiori ni mucho menos identidad en las dolencias, a pesar de que desde una perspectiva objetiva existiría identidad respecto de la dolencia visual, lo que permitiría igualmente la aplicación de criterios orientativo-objetivos de baremación del grado incapacitante (en el supuesto la Escala de Wecker).

En definitiva, a pesar de que la Sala IV del Tribunal Supremo ha entrado a resolver sobre un proceso de reconocimiento del grado de incapacidad permanente, cuestión de difícil acceso a la casación unificadora, el supuesto de la STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014) parece claramente excepcional, y ello por cuanto se estaba valorando una deficiencia visual respecto de la que existen criterios orientativo-objetivos de valoración, no existía concurrencia con otras lesiones y las profesiones de los trabajadores estaban claramente identificadas y eran idénticas, sin que pudiera existir ningún margen de valoración en atención a las funciones inherentes a las mismas, criterios éstos que no concurren en la mayoría de los supuestos que pretenden el acceso a la casación para la unificación de doctrina.

#### 4. CONCLUSIONES

La materia de incapacidad permanente sigue siendo no apta para la unificación de doctrina, por ser difícil encontrar la identidad necesaria para el acceso al recurso, y ello por tratarse de temas casuísticos. En aquellas situaciones en las que existe identidad en los dos elementos determinantes del grado de incapacidad permanente (profesión habitual y dolencias), será posible unificar doctrina sobre la cuestión, lo que en la práctica es difícil.

La existencia de métodos científico-médicos de valoración orientativo-objetiva de la dolencia y la repercusión funcional en el sujeto, permite que la Sala IV realice su labor unificadora, y ello por cuanto no se exige una valoración casuística e individualizada de las circunstancias que impedirían el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina. En el supuesto de deficiencias visuales dichos métodos existen, de ahí que sean precisamente las deficiencias visuales las que son objeto de unificación en detrimento de otras dolencias, quizá igualmente incapacitantes, respecto de las que es difícil determinar la identidad.

Por su parte, la existencia de profesiogramas, normativa que regula las exigencias para la obtención de autorizaciones para el ejercicio de una profesión, especificación de requerimiento de una profesión en convenio colectivo, etc., facilita el acceso a la casación para la unificación de doctrina, al permitir la puesta en relación de las dolencias y la

afectación en la capacidad de trabajo, con los requerimientos y exigencias de dicha profesión, lo que permitirá fijar criterios claros para el reconocimiento de un determinado grado de incapacidad permanente.

Puesto que el RAT/1956 no sólo alude a deficiencias visuales sino a otras (de manera detallada a las hernias), el criterio de comparación seguido en la STS 04-05-2016 (Rec. 1986/2014), podría servir para abrir la puerta de la casación para la unificación de doctrina a otras dolencias y profesiones, ya que el recurso a criterios orientativo-objetivos de valoración de la repercusión funcional de las dolencias en el desempeño de la profesión habitual, facilita la apreciación de la existencia de contradicción, necesaria para la admisión de los recursos de casación para la unificación de doctrina.

El control del gasto de las mutuas según los informes de auditoría,  
una cuestión interpretativa.

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo  
Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>, Sentencia número  
3/2017 de 23 de noviembre)

The control of mutual expenditure according to the audit reports,  
an interpretative question.

Commentary on the national high court's sentence (administrative  
litigation chamber section 4<sup>o</sup>, decision number 3/2017 november  
23rd)

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

*ABOGADO EJERCIENTE*

*DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA*

### Resumen

Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, son sometidas al control que cada año es realizado por la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS). El informe de auditoría, fruto de esta labor, expresa una opinión profesional sobre los estados contables de la Mutua Colaboradora a partir de los datos que ésta ofrece.

Un informe de auditoría sobre FREMAP en el ejercicio de 2008, fue recurrido por esta Mutua Colaboradora ante la Audiencia Nacional. Este documento, exigía una serie de reintegros a la Seguridad Social, por presuntas tarifas indebidamente imputadas como consecuencia de la realización de gastos no asumibles, por diferentes conceptos tales como pagos y retribuciones abonadas indebidamente a colaboradores, empresarios y miembros de la Junta Directiva, así como actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas. Finalmente, la Audiencia concedió parcialmente la pretensión de FREMAP.

### Palabras clave

Gasto; Auditoría; Pagos; Empresas

### Abstract

Spanish Benefit Societies, associated with the Social Security, annually are submitted to the control by General Intervention of the National Health Service (IGSS). As a result of those efforts, the report of audit, clearly expresses a professional opinion about the accounting statements of each Mutual Associated, according the information this one offers.

One of these reports about FREMAP on the exercise of 2008, was appealed to the National High Court by this mutual asociated entity.

This document demanded a series of refunds to the National Health Service for supposed rates, unduly imputed as a consequence of expenses not asumibles for different concepts, for example payments and fee paid unduly to collaborators, businessmen and members of the Board of directors, as well as activities that cannot be included in the collaborating system of the National Health Service developed by these Mutual ones. Finally, the National High Court granted partially the pretension of FREMAP.

### Keywords

Expenditure; Audit; Payments; Societies

## 1. CONTEXTO Y PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA

Esta sentencia, resuelve un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional parcialmente estimado que promovido por FREMAP, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 61, frente a la Administración General del Estado contra la presunta desestimación del recurso de reposición formulado frente a la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 18 de junio de 2013. En la misma, se requirió a la citada Mutua la adopción de medidas y actuaciones derivadas de lo puesto de manifiesto en el informe de auditoría elaborado por la Intervención General de la Seguridad Social sobre el citado ejercicio de 2008.

## 2. OBJETOS PRINCIPALES DEL RECURSO

La citada resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, origen del conflicto jurídico, exige a la Mutua con cargo a su patrimonio histórico, una serie de reintegros a la Seguridad Social, por tarifas que considera indebidamente imputadas como consecuencia de la realización de gastos no asumibles, dichas tarifas vienen dadas por diferentes conceptos:

1) Asistencia sanitaria prestada a colectivo no protegido por la Mutua sin haber sido facturada o por debajo de las tarifas de aplicación, del que se exige un reintegro por aplicación indebida de tarifas correspondiente al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social por importe de 4.835.374,38 euros, junto con otros reintegros de 417.116,74 euros y 1.258.252,25 euros, detallados en los puntos I.1.b) y I.3, del citado informe.

2) Pago al personal de la Mutua de un incentivo a la vinculación para la captación de empresas del que se exige un reintegro derivado de este presunto pago ilegal por importe de 2.929.455,25 euros

3) Retribuciones abonadas indebidamente a colaboradores en la administración complementaria de la directa, del que se exige el reintegro del importe de 2.587.203,85 euros

4) Compensaciones por la asistencia a órganos de gobierno sin cobertura legal, del que se exige el reintegro de la cantidad de 218.371,35 euros abonados por tal concepto, a los miembros de los órganos de gobierno por la asistencia a reuniones; así como, de forma subsidiaria, el reintegro del importe de 47.200 euros, conforme a lo indicado en el Fundamento de Derecho de orden Material III del escrito de demanda presentado por FREMAP.

5) Exceso de compensaciones abonado a los miembros de la Junta Directiva por asistencia a sus reuniones, del que se exige el reintegro acordado de la cantidad de 110.370 euros

6) Actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas, del que se exige un reintegro 48.937,59 euros

### 3. INFRAVALORACIÓN DE LOS INGRESOS POR ASISTENCIA SANITARIA

El primer concepto que se cuestiona en la demanda se refiere al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social gestionado por la Mutua como consecuencia de asistencia sanitaria no facturada.

En el Informe definitivo de auditoría se argumenta que, los ingresos derivados de asistencia sanitaria se encuentran infravalorados como consecuencia de la realización de diferentes actuaciones médicas a colectivo no protegido por la Mutua, sin haber procedido a su facturación durante el ejercicio 2008 o facturándose por debajo del cuadro tarifario general de aplicación, de hecho FREMAP, aplico con carácter general, el Convenio Marco de Asistencias Sanitarias Derivadas de Accidentes de Tráfico para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA), además de realizar facturaciones por asistencias prestadas a trabajadores que no se encuentran en situación de baja por contingencias profesionales, no aportando la Mutua documento que acredite el accidente sin baja médica según establece la Orden TAS/2926/2002 (Expedientes 02-FREMAP). Por último, los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007 se encuentran infravalorados. De esta cuantía, 3.080.275,28 €, figuran incluidos en el Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas Anuales del ejercicio 2007.

El primer concepto objeto de esta controversia, se refiere al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social gestionado por la Mutua como consecuencia de asistencia sanitaria no facturada. El Informe definitivo de auditoría, establece que durante el ejercicio 2008, los ingresos derivados de asistencia sanitaria como consecuencia de la realización de diferentes actuaciones médicas a colectivo no protegido por la Mutua fueron no facturados o bien establecidos por debajo del cuadro tarifario general establecido.

En este sentido, FREMAP, ha venido aplicando con carácter general, el Convenio Marco de Asistencias Sanitarias Derivadas de Accidentes de Tráfico para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA), además de realizar presuntas facturaciones por asistencias prestadas a trabajadores que no se encuentran en situación de baja por contingencias profesionales. Esta última cuestión no ha podido ser probada pues la Mutua para esclarecer esta cuestión no aportó documento alguno que acreditase el accidente sin baja médica, según establece la Orden TAS/2926/2002. Por último, los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007 se encuentran infravalorados. De esta cuantía, 3.080.275,28 €, figuran incluidos en el Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas Anuales del ejercicio 2007.

La Mutua, para eludir el reintegro exigido en el informe de auditoría, alegó que la infravaloración de los ingresos debería recalcularse aplicando las tarifas fijadas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982, actualizadas conforme al IPC, y que no existía obligación legal de aplicar las tarifas contempladas en el Convenio UNESPA como venía realizando con regularidad.

Una cuestión similar, ya fue planteada por la misma Mutua, en relación con la Auditoría correspondiente al ejercicio 2009, y desestimada por la misma Sala en SAN 4ª de fecha 13 de abril de 2016 (rec. 528/2014), concluyendo que era cierto que la aplicación de este Convenio no era obligatoria, pero es el que venía utilizando la propia Mutua, por lo

que... no puede pretender ahora que se tengan en cuenta las tarifas contempladas en la Orden de 4 de enero de 1982.

Siguiendo esta línea, la Abogacía del Estado señaló que la IGSS había aplicado correctamente las tarifas del Convenio UNESPA, porque es el que aplica la Mutua con carácter general, como resulta la propia documentación aportada por la Mutua en el procedimiento de auditoría. Y que, en todo caso, la Mutua no aplicaba en su proceso de facturación las tarifas de la Orden que ahora invoca a ningún colectivo facturable. Por el contrario, la Mutua declaró ante la Intervención que con independencia de la existencia o no de obligación legal, aplicaba la tarifa UNESPA para todas aquellas asistencias sanitarias prestadas y que fueran facturables, siempre que no correspondiera aplicar las detalladas en determinados puntos. A tenor de lo expuesto, la SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 (rec. 450/2013), matizó respecto de la auditoría del ejercicio 2007, que la aplicación de las tarifas del Convenio UNESPA son utilizadas por la Mutua como “un criterio razonable de valoración, sin que quepa oponer las previsiones de la Orden de 4 de enero de 1982 por cuanto no las aplicó la Mutua en el proceso de facturación, (...)”.

En segundo término, en lo referido al importe correspondiente a asistencias sanitarias prestadas a trabajadores protegidos por accidentes de trabajo y facturadas a las aseguradoras responsables, la parte actora pretendía la anulación de la obligación de abonar el reintegro acordado por una supuesta aplicación indebida de tarifas, y por cuanto que la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores debía ser asumida por la Mutua, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, sin perjuicio de que posteriormente, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 127.3 TRLGSS, y en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social, se procediese a facturar a las compañías de seguro correspondiente las asistencias sanitarias prestadas como consecuencia de los accidentes de trabajo causados por sus asegurados.

La Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, estimó en este punto la pretensión de la Mutua, pero en cuanto a tarificación, debía hacerse conforme a las tarifas generales que venían siendo aplicadas por la misma (tarifas UNESPA), no siendo admisible la reclamación de tarifas inferiores, en beneficio de determinadas empresas y en perjuicio del patrimonio de la Seguridad Social.

En tercer lugar, en cuanto al montante correspondiente a asistencias sanitarias no facturadas, y que la intervención regularizó aplicando las tarifas del convenio UNESPA, la Mutua volvió a ver rechazada su pretensión en base a los mismos argumentos expuestos respecto de los ajustes anteriores, pues las tarifas del Convenio UNESPA sean obligatorias legalmente o no, vienen siendo aplicadas ininterrumpidamente por la propia Mutua, con carácter general, sin que se haya dado una explicación razonable de porque se aplican esas tarifas en la mayoría de los casos, mientras que en otros pretende la aplicación de las contenidas en la referida Orden de 4 de enero de 1982.

En cuarto lugar, discute el reintegro de la cantidad correspondiente a asistencias sanitarias de los ejercicios 2006 y 2007, donde entiende improcedente la inclusión en la cuantificación de la infravaloración de ingresos por asistencia sanitaria de un importe distinto a aquel que se fijó en el Informe Definitivo Adicional al de Auditoría de Cuentas del ejercicio 2007, en el que la Intervención reflejaba el importe que, a su entender, alcanzaba la infravaloración, conforme a los datos que sirvieron al equipo auditor para su cálculo.

En efecto, en dicho procedimiento se impugnaba la resolución correspondiente a la auditoría del ejercicio 2007. La parte actora, alegó que en el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2007 se fijó como infravaloración de los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007, un importe de 3.080.275,28 €, y en el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2008 se eleva la infravaloración por este mismo concepto y ejercicios a la cantidad de 4.338.527,53 €, sin que pueda deducirse del informe a qué obedece esa diferencia. Manifiesta la Abogacía del Estado que se trata de asistencias distintas de las anteriores, pero lo cierto es que no concreta ni justifica de qué asistencias se trata, y, como se ha dicho, tampoco esto aparece especificado en el informe. Es cierto que la fijación de esa cuantía en el ejercicio 2007 no impediría que, si con ocasión de la auditoría del ejercicio siguiente se descubren otras asistencias sanitarias infravaloradas en aquellos ejercicios, pudieran regularizarse, pero debe quedar justificado que realmente se trata de asistencias distintas.

En consecuencia, se procedió estimar este motivo anulando el reintegro reclamado por este concepto por importe de 1.258.252,25 €.

#### **4. LOS INCENTIVOS DE VINCULACIÓN PARA LA CAPTACIÓN DE EMPRESAS**

Este aspecto viene referido al reintegro del importe correspondiente al pago efectuado al personal de la Mutua de un incentivo de vinculación para la captación de empresas.

El Informe de Auditoría de las Cuentas Anuales, objeto del conflicto jurídico indicaba por parte de la Mutua un incumpliendo el artículo 5 del Reglamento sobre colaboración imputando indebidamente al Patrimonio de la Seguridad Social, el coste del personal contratado para el desarrollo de actividades comerciales. Dicho personal ascendía a 230 gestores externos a los que se les pagaba un Incentivo de Vinculación. Las funciones de este personal consistían en la mediación y captación de empresas para la asociación a FREMAP incluso para el grupo MAPFRE, así como el mantenimiento de las empresas asociadas y trabajadores autónomos adheridos. Asimismo, FREMAP abonó el mencionado incentivo de vinculación al resto de empleados de plantilla, distintos de los ya mencionados comerciales, que captasen igualmente empresas. El importe en este caso ascendía a 594.953,15 €, siendo el importe no asumible por el Sistema de Seguridad Social de 10.935.181,61 €” Este referido incentivo, denominado “incentivo de vinculación” ascendió en el ejercicio 2008 a 2.929.455,25 €. Siendo un 79,69 % cobrado por los gestores externos”.

La Mutua alegó que el importe abonado por este concepto correspondía a gestiones desarrolladas por el personal de la Mutua distintas a la captación de empresas, lo que no vulneraba el artículo 5 del Reglamento de colaboración, pues éste no impide la realización de actividades de gestión externa tales como la atención personalizada de sus empresas mutualistas. Respecto al “incentivo de vinculación” la Mutua alegó que no retribuía una actividad comercial efectuada por la misma, sino la prestación de un servicio a los asociados y sus trabajadores, generando como valor añadido la inmediatez y prontitud en la solución de problemas.

No obstante, según declaró la Mutua en el trámite de alegaciones, el incentivo de vinculación retribuía la captación y mantenimiento de empresas o trabajadores, pero

justificando que esta actividad se hacía junto con las de asesoramiento a las mismas, y de esta manera beneficiarlas.

Esta declaración se presentaba confusa pues en parte describía una conducta lícita ya que la “labor asesora”, efectivamente no vulneraba el artículo 5 del Reglamento de Colaboración siendo esta hipótesis reforzada más tarde por la SAN 4ª de 13 de abril de 2016 (rec. 528/2014), argumentando que: “...no es óbice el hecho de que de manera adicional realicen actividades de asesoramiento, pues las retribuciones abonadas por estas funciones no han sido consideradas como no asumibles por el patrimonio de la Seguridad Social; únicamente se ha considerado como no imputable el mencionado incentivo de vinculación”.

No obstante, de manera acertada, la STS de 15 de diciembre de 2003 (rec. 2243/2001) daba la razón al informe de auditoría que alegaba que la primera conducta descrita, es decir el pago del incentivo de vinculación del gestor externo si obedecía a la captación y mantenimiento de empresas, una actividad prohibida por el artículo 5 del Reglamento de Colaboración.

Dicha sentencia argumentaba que “(...) se prohíbe la imputación de gasto alguno a la Seguridad Social por las actividades dirigidas a la mediación y captación de empresas para la asociación a las Mutuas, bien se realicen por empleados de la propia entidad o por terceros, incluidos los incentivos que según la recurrente debieran considerarse de mantenimiento y que han de entenderse comprendidos en el indicado concepto de mediación (Cfr. SSTS 8 de marzo, 22 de noviembre de 2000, 2 y 18 de septiembre y 9 de noviembre de 2002 y 2 de julio y 13 de octubre de 2003) “.

## **5. REINTEGROS POR RETRIBUCIONES A LOS COLABORADORES EN LA ADMINISTRACIÓN COMPLEMENTARIA A LA DIRECTA**

Pasamos a analizar cada uno de ellos.

### **5.1. PAGOS A MEDIADORES DE SEGUROS**

En lo referido a los pagos a mediadores de seguros, se alega en la demanda que el artículo 5.1 del Reglamento de colaboración no establece que tipo de profesionales han de desarrollar la actividad de administración complementaria, ni señala ninguna incompatibilidad objetiva, pudiendo la Mutua encomendar la gestión de tareas de índole administrativa a cualquier profesional que se encuentre cualificado para ello

La Sala, ha tratado esta cuestión y tras analizar la normativa aplicable (Orden de 2 de abril de 1984, Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras en resolución de 29 de octubre de 1992, Orden de 18 de enero de 1995 y Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre) llega a la conclusión alcanzada en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, Sección Cuarta, de 13 de noviembre de 2012 (rec. cas. núm. 5749/2011) y de 16 de octubre de 2012 (rec. cas. núm. 4794/2011), en las que, la exclusión que la normativa recoge viene dada por un criterio objetivo, cual es el que los colaboradores realicen actividades dirigidas a la mediación o captación de empresas asociadas o trabajadores adheridos. Puesto que consta que 25 de los colaboradores son agentes de seguros, lo procedente con arreglo a las máximas de la experiencia y salvo prueba en contrario es entender que realizan actividades de mediación. No habiéndose articulado

prueba al efecto por la Mutua, la Audiencia procedió confirmar la decisión de la Administración, y anuló el reintegro de 97.123,26 € correspondiente a los colaboradores que se relacionaban en la demanda, ajustados por tener la condición legal de mediadores de seguros.

## **5.2. EMPRESAS QUE HAN COBRADO A LA MUTUA POR LA GESTIÓN DE SUS PROPIAS CUOTAS O LAS DE SU GRUPO, NO COBRANDO COMO EMPRESAS DE MÁS DE 500 TRABAJADORES**

En segundo término, y en cuanto a las empresas que han cobrado por la gestión de las cuotas de su grupo, no cobrando como empresas de más de 500 trabajadores, el motivo fue desestimado. En principio, la Mutua recurrió también en relación con las cantidades abonadas por devengos de ejercicios anteriores a 2008, estos colaboradores llevaban a cabo la elaboración y transmisión de modelos de cotización de las empresas que gestionaban, así como otros trámites administrativos al margen de las relaciones societarias con dichas empresas, sin que la normativa vigente con anterioridad al año 2008 impidiera su retribución, pues se trataba de asesores con personalidad jurídica independiente de las empresas gestionadas.

El cambio de situación vino dado con la entrada en vigor de la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, modificada por la Orden TAS/401/2008, de 15 de febrero, y posteriormente por la Orden TIN/221/2009, de 10 de febrero, que supuso una nueva regulación de la contraprestación a satisfacer por las Mutuas por los servicios de administración complementaria de la directa. En este sentido y de manera innovadora, la norma efectúa una distinción entre la contraprestación a satisfacer en su artículo 1º a los colaboradores profesionales y en su artículo 2º a las empresas que gestionando sus propias cuotas actúen como colaboradores.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada normativa, el artículo 5 del Reglamento sobre colaboración, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, impedía la retribución por la gestión de las cuotas de su propia empresa, agrupación de empresas o empresa vinculada pues tan solo se podían remunerar los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa distintas de la mediación o captación de empresas, no concurriendo en las propias empresas, agrupaciones o vinculadas dicha consideración de terceros, figura de intermediación que se pretende remunerar .

En contraste con lo afirmado, el artículo 2º de la nueva Orden, si permite que las propias empresas gestionen sus cuotas. Esto es, un colaborador debe ser siempre un tercero ajeno a la empresa cuyas cuotas se gestionan, (la única excepción que realiza la Orden es la incluida en el artículo 2, previo cumplimiento de unos requisitos). Al tratarse de retribuciones devengadas en el ejercicio 2007, el colaborador debe ser ajeno a las empresas cuyas cuotas se gestionen, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Colaboración. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró que no cabía retribuir a las empresas o grupos de empresas que gestionasen sus propias cuotas, (STS de 13 de noviembre de 2012 -rec. 5749/2011) pues “la empresa o grupo de empresas asociado a la Mutua, que percibe de ésta una retribución por la gestión de sus propias cuotas, obtiene así un beneficio económico, consistente en no retribuir con sus propios fondos esa gestión en lo que corresponde a su labor interna, proscrito en el art. 5.2 del Reglamento sobre

colaboración de las Mutuas que aprobó el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. (STS de 16 de abril de 2013 -rec. 1278/2012). El Tribunal Supremo terminó añadiendo en la citada sentencia que ese pronunciamiento estimatorio, no debía ser obstaculizado por la redacción del artículo 2 de la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, modificada por la Orden TIN/221/2009, de 10 de febrero debido a dos razones:

En primer lugar, porque el art 2.1 sólo permite que las empresas asociadas (de más de 250 trabajadores) sean retribuidas por los servicios de gestión administrativa que presten a la Mutua.

En segundo, porque para ello exige su art. 2.2 la concurrencia de determinados requisitos, figurando entre estos la celebración de un contrato escrito con la correspondiente Mutua en el que conste la especificación de los servicios concretos en que se materializa su colaboración. Y, ya, por último, porque aquella Orden de 2007 no estaba vigente en el ejercicio económicos anteriores.

### **5.3. LA NO APORTACIÓN POR PARTE DE LA MUTUA DE UN SOPORTE DOCUMENTAL QUE PERMITA EVIDENCIAR LA EFECTIVA PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

La Mutua justificó que dada la inexistencia de normativa o instrucciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración durante el ejercicio 2008 y anteriores, no tenía establecido un registro unificado de las gestiones encomendadas a sus colaboradores, y consideraba que debía reducirse el importe reclamado, al menos, en lo que respecta a las retribuciones abonadas a ciertos colaboradores de los cuales acompañaba en la demanda copia de los contratos suscritos con los mismos en el año 2008, así como las cotizaciones de las empresas gestionadas por estos colaboradores a través del sistema RED en el año 2008, y un listado de cotizaciones transmitido por el sistema RED del año 2007 del colaborador Gestión Administrativa y Financiera, S.L

El motivo fue desestimado por la Sala, pues siguiendo la línea argumental de la SAN, 4ª de 16 de diciembre de 2015 (rec 568/2014, entre otras), la Mutua además del contrato, debería haber acreditado la efectiva prestación del servicio por parte de estos colaboradores. En este sentido, los pagos cuestionados no podían ser aceptados como tales al no resultar justificada la colaboración realizada en dicho ejercicio, puesto que no se ha aportado la documentación acreditativa de los servicios prestados.

No obstante, en 7 de estos colaboradores que tramitaban servicios a través del sistema Red, si se pudo demostrar que fueron retribuidos sobre el total cartera con el 3 % y el 0,25 % adicional en 2008, y se les ha pagado un total de 115.074,48 euros por el concepto “Colaborador Red para AT”; y considera que al ser realizado a través del sistema red debería ser admitido como gasto. En este punto, la Audiencia si estimó parcialmente este motivo al haber quedado justificada en relación con estos colaboradores, la efectiva prestación de los servicios mediante la tramitación efectiva a través del sistema Red, en las cuantías comprobadas por el perito, y que ascendieron en total a 115.074,48 €.

#### **5.4. DESEMBOLSOS EFECTUADOS A COLABORADORES EN EL EJERCICIO 2008 RELATIVO A GESTIONES DEL EJERCICIO 1996 A 2006, SIN QUE SE HAYA ENTREGADO SOPORTE JUSTIFICATIVO**

De manera similar al caso anterior, el motivo fue desestimado por las mismas razones que el supuesto anterior al no haberse acreditado efectiva prestación del servicio de colaboración para la Mutua en dicho ejercicio, puesto que no se había aportado documentación justificativa de los servicios prestados. En este sentido, la Audiencia anuló parcialmente en el importe de 115.074,48 €, el reintegro que se solicitaba por pagos efectuados a colaboradores respecto de los que la Mutua no había aportado documental que permita evidenciar la efectiva prestación del servicio, correspondiente a los 7 colaboradores que tramitaron a través del sistema Red.

#### **5.5. EMPRESAS QUE SE GESTIONAN A SÍ MISMAS EN 2007**

La Mutua consideró improcedente el ajuste de las retribuciones a los 261 colaboradores relacionados en la demanda y por tanto el reintegro al Patrimonio de la Seguridad Social del importe de 11.580, 04 € reclamado. En relación a los mismos durante el ejercicio de 2008, no se produjo ninguna retribución a los citados, por lo que considera improcedente el ajuste de sus retribuciones.

En la prueba pericial practicada en autos, el perito realizó un muestreo sobre 5 de los 261 colaboradores a que se refiere este ajuste, que manifiesta representa el 55,07 % del “total pagado según la IGSS”, con la conclusión de que, según ha podido comprobar, en el sistema de gestión de FREMAP, “GUÍA contabilidad”, no consta ningún pago realizado a los 5 CIF muestreados. En consecuencia, entiende que al ser esta muestra representativa del 55 %, el resultado se puede extrapolar a la totalidad de la población, y por tanto del ajuste propuesto por la IGSS, 11.580,04 euros no estarían justificados.

Esta pretensión prosperó gracias a la citada técnica del muestreo, una prueba pericial practicada en autos cuya implantación para estos supuestos ha sido admitida por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 13 de noviembre 2012 dictada en el recurso 5749/2011, en la que razona: “...para tener como medio de prueba inadecuado el de los muestreos, en un proceso que versa sólo sobre el reintegro de fondos públicos y que arranca de los resultados de una auditoria, en la que aquellos son técnica apta para, mediante su proyección, basar o sustentar la conclusión, debe, quien lo sostiene, ofrecer un análisis que así lo acredite, en el que no basta la mera cita del número de casos seleccionados (en este caso, más bien, meramente ofrecidos), sino, más allá de ello, la puesta de relieve de una duda fundada de su representatividad, derivada, no tanto de ese número, sino, además, de la utilización de un criterio de selección que estadísticamente haya de tenerse por incorrecto, por no ser, dado el objeto, contenido o naturaleza del todo, el que permita proyectar los resultados de aquellos a éste”.

La SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 (rec. 450/2013), admite que aunque “el muestreo pueda resultar una técnica inadecuada, (...), es preciso que quien mantiene su inaplicabilidad ofrezca un análisis contradictorio que ponga de relieve una duda fundada de su representatividad derivada sobre todo de la utilización de un criterio de selección que estadísticamente haya de tenerse por incorrecto (...)”. Y en este caso, la Abogacía del Estado

no ha cuestionado en el escrito de conclusiones la técnica utilizada por el perito ni el resultado de la prueba pericial.

Por tanto, la Audiencia Nacional procedió a estimar este motivo y anuló el reintegro que se solicita por importe de 11.580,04 € correspondiente a los colaboradores que se relacionan en la demanda, al haber quedado justificado que no recibieron retribuciones en 2008 por parte de la Mutua, en relación con el ajuste relativo a “empresas que se gestionan a sí mismas en 2007”.

## **6. CANTIDADES ABONADAS COMO COMPENSACIONES POR ASISTENCIA A ÓRGANOS DE GOBIERNO SIN COBERTURA LEGAL**

El siguiente ajuste versa sobre la asistencia a la Comisión Directiva, la Comisión de auditoría, la Comisión de nombramientos y retribuciones y las Juntas Asesoras Regionales. En este sentido, como declaraba la Mutua, las compensaciones abonadas por este concepto eran legales, pues cumplían en la redacción de sus estatutos con lo establecido en el artículo 20.1.3º d) del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas, donde se establece efectivamente la prohibición para los asociados que desempeñen cargos directivos, de percibir cualquier clase de retribución por su gestión con excepción de la compensación que por la asistencia a las reuniones de la Junta directiva perciban sus miembros, así como de las compensaciones que correspondan a los miembros de los órganos de participación a que se refiere el artículo 32 del citado Reglamento, contemplando como órganos de participación institucional la Comisión de control y seguimiento y la Comisión de Prestaciones Especiales.

La Audiencia Nacional estimó que la Mutua, podía establecer en sus estatutos los órganos de gobierno y participación que estimase convenientes, pero sólo podría imputar al Patrimonio de la Seguridad social las compensaciones por la asistencia a aquellos a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Colaboración (por todas, SAN, 4ª de 13 de abril de 2016 -rec. 528/2014-). En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 2016 (rec.4043/2014) han considerado que las dietas pagadas por asistencia a órganos consultivos o de participación no contemplados en el referido precepto no pueden imputarse al Patrimonio de la Seguridad Social, señalando que “El pago de dietas por asistencia a Juntas asesoras regional y a la Junta nacional, se trata de órganos consultivos ajenos a lo que se refiere el art. 20.1. 3º RD 1993/1995, de 7 de diciembre”.

En consecuencia, no existiendo derecho al abono de cantidad alguna por la asistencia a otros órganos diferentes, la Audiencia desestimó la pretensión subsidiaria consistente en que se aplique los límites establecidos en la Orden TIN/246/2010.

## **7. IMPORTE DEL PAGO DE COMPENSACIONES A LOS DIRECTIVOS DE LAS MUTUAS, POR ASISTENCIAS A LA JUNTA DIRECTIVA**

La Sala de lo Contencioso reiteradamente declaró en sus SSAN 26 de marzo de 2014 (rec. 96/2013), 7 de octubre de 2015 (rec. 462/2014) y 20 de enero de 2016 (rec. 463/2014), que el reintegro del importe del pago de compensaciones a los directivos de las mutuas, por asistencias a la Junta Directiva a la Seguridad Social tiene como fundamento el artículo 20.1 3 del Reglamento de Colaboración, realizándose el mismo por parte del patrimonio privativo de la entidad, puesto que, de acuerdo con el artículo 20.1 3º del Real Decreto 1993/1995 de 7

de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, la asunción de tal gasto por la Seguridad Social depende de que la previsión del precepto invocado sea desarrollada normativamente, lo que no se había hecho en el ejercicio auditado de 2009. Del artículo 20.1.3º d), antes citado, claramente se desprende que este precepto establece la posibilidad de compensar a los miembros de la Junta Directiva por asistir a sus reuniones y a las de la Comisión de control y Seguimiento, pero “en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, esto es, hace depender su aplicación de un desarrollo normativo.

En año 2009 objeto del periodo auditado, solo había tenido lugar ese desarrollo normativo para las Comisiones de Seguimiento y Control con la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 2 de agosto de 1995 y la Resolución de 14 de noviembre de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social. Un año más tarde, en 2010, y con la Orden TIN 246/2010, de 4 de febrero, se llevó a cabo dicho desarrollo normativo, estableciendo las compensaciones a satisfacer a los miembros de la junta directiva y de la comisión de prestaciones especiales de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, por su asistencia a las reuniones de dichos órganos.

Todo lo acabado de exponer condujo por parte de la Audiencia, a la desestimación del motivo del recurso sin que la circunstancia de que, fijadas las compensaciones a percibir a partir de 2010, la Administración las haya detraído de la cuantía a reintegrar de las satisfechas indebidamente, reste fuerza a lo argumentado hasta ahora por más que evidencie una aplicación comprensiva de la normativa por parte de la Administración, la cual ha venido a aplicar el régimen de compensaciones desarrollado en 2010 a un periodo en el que el derecho a su percepción carecía de la concreción normativa necesaria para hacerla exigible.

## **8. ACTIVIDADES QUE NO PUEDEN INCLUIRSE EN LA GESTIÓN COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESARROLLADA POR LAS MUTUAS**

Se cuestiona el ajuste referente a actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas, y en particular el gasto imputado por compras a Pescaderías Coruñesas y por honorarios profesionales de GMS Management Solution. El motivo de la controversia, viene dado por el ajuste según el Informe de auditoría de “Gastos imputados” por “Compras de productos alimenticios”, por importe de 14.137,59 €, Anexo VII,2, relativos a pescados y mariscos de carácter de lujo en los que no quedó demostrado por la Mutua ni su consumo, ni su suministro a los pacientes del Hospital de Majadahonda.

La intervención señala que “el tipo de producto comprado, así como los precios pagados podían, resultar excesivos y, por tanto, contrarios al uso eficiente de los fondos públicos”, En un principio, Fremap abonó a “Pescaderías Coruñesas” 225.925 euros por el suministro de pescado al hospital de Majadahonda, que según información de la Mutua corresponde tanto a comidas suministradas a los pacientes del hospital como a comidas celebradas por los directivos”. La Entidad colaboradora alegó, que todas y cada una de las facturas que obraban en el expediente administrativo, correspondían a productos alimenticios suministrados al Hospital de FREMAP en Majadahonda, sin que exista base legal para el

ajuste acordado, (ello con independencia de las consideraciones sobre la categoría de los productos vertidas por el equipo auditor).

Ahora bien, tales alegaciones, en cualquier caso, no desvirtuaron el motivo del ajuste, pues no se llega a justificar cual fue el concreto destino de los productos, por más que se facilitaran al Hospital que se indica, pues se obvia el hecho de que se trataba de productos de lujo, siendo difícilmente creíble que se destinaran a los pacientes internados en el mismo. (En este mismo sentido, y ante gasto análogo en el ejercicio 2007, SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 - rec. 450/2013)

En el caso de GMS Management Solution, según el informe de auditoría, este gasto, corresponde por importe de 34.800,00 € a “los honorarios de servicios profesionales prestados para asesoramiento estratégico, cuyo objetivo es concretar el modelo estratégico y funcional de colaboración entre FREMAP y Fraternidad Muprespa, sobre el que no se ha aportado contrato de prestación de servicios”.

En su defensa, la Mutua señaló que se había acreditado la prestación de este servicio aportando junto con el recurso de reposición, tanto el informe sobre el asesoramiento retribuido, realizado por GMS MANAGEMENT SOLUTIONS, S.L, acerca de la sistemática que debían llevar a cabo ambas Mutuas para su colaboración, así como la misma acta de la Junta Directiva de 26 de marzo de 2008 en el que se hacía constar el Acuerdo de colaboración suscrito entre ambas Mutuas. La Mutua, reconoció que no justificó la contratación del servicio en las actuaciones de auditoría, pues no presentó documentación justificativa hasta el recurso de reposición, en el que además sigue sin justificarse la contratación del servicio. No cuestionando este ajuste en fase de alegaciones.

## 9. CONCLUSIONES

Con la ley actual, las Mutuas deben pagar las reclamaciones de Empleo con su patrimonio privativo. En algunos casos, si no se cuestionasen los informes de auditoría, y tuviesen las Mutuas que pagar las reclamaciones completas de la Seguridad Social muchas de estas Entidades Colaboradoras no tendrían fondos suficientes y podría tener que recurrir a una derrama entre sus empresas asociadas.

### **1º- Reclamación por la infravaloración de ingresos por asistencia sanitaria**

El Informe definitivo de auditoría que recurrió la Mutua ante la Audiencia Nacional, argumentaba que los ingresos derivados de asistencia sanitaria se encontraban infravalorados tomando como referencia el cuadro tarifario general de aplicación que venía aplicando FREMAP, para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA). La Mutua mostró desacuerdo con el cuadro tarifario aplicado, aludiendo que debería utilizarse el que más le beneficiaba y nunca utilizaba, es decir, el establecido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982. En definitiva, de la Jurisprudencia vista se desprende que, aunque exista libertad de opción en cuanto a la aplicación de los cuadros tarifarios, la elección de la opción elegida por la propia Mutua, con carácter general convierte por su uso en obligatoria, no pudiéndose aplicar alternativamente se aplican esas tarifas en la mayoría de los casos.

## **2º- Los incentivos de vinculación para la captación de empresas**

Aunque el pago del incentivo de vinculación del gestor externo si obedecía a la captación y mantenimiento de empresas, (siendo una actividad prohibida por el artículo 5 del Reglamento de Colaboración), ello no impide el hecho de que, de manera adicional, la Mutua si contrate gestores para realizar actividades de asesoramiento, siendo finalmente las retribuciones abonadas por estas funciones consideradas como asumibles por el patrimonio de la Seguridad Social.

## **3º- Reintegros por retribuciones a los colaboradores en la administración complementaria a la directa**

A) En lo referido a los pagos a mediadores y no habiéndose articulado prueba al efecto por la Mutua, la Audiencia procedió confirmar la decisión de la Administración, y anuló el reintegro correspondiente a los colaboradores que se relacionaban en la demanda, ajustados por tener la condición legal de mediadores de seguros.

B) Respecto a las empresas que han cobrado a la Mutua por la gestión de sus propias cuotas o las de su grupo, no cabe retribuirlos, pues la empresa o grupo de empresas asociado/s a la Mutua, que percibe/n de ésta una retribución por la gestión de sus propias cuotas, obtiene así un enriquecimiento, consistente en no retribuir con sus propios fondos esa gestión en lo que corresponde a su labor interna, proscrito en el art. 5.2 del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas.

C) Aunque la Mutua al no aportase soporte documental que permitiese evidenciar la efectiva prestación de servicios, la Audiencia si estimó parcialmente este motivo al haber quedado justificada en relación con 7 de estos colaboradores, la efectiva prestación de los servicios mediante la tramitación efectiva a través del sistema Red.

D) Respecto a los pagos efectuados a colaboradores en el ejercicio 2008 relativo a gestiones del ejercicio 1996 a 2006, sin que se haya entregado soporte justificativo, el motivo fue desestimado al no haberse acreditado efectiva prestación del servicio de colaboración para la Mutua en dicho ejercicio, puesto que no se había aportado documentación justificativa de los servicios prestados.

E) En cuanto a las Empresas que se gestionan a sí mismas en 2007, esta pretensión prosperó gracias a la citada técnica del muestreo, que sirvió como prueba al haber quedado justificado que no recibieron los colaboradores que se relacionan en la demanda retribuciones en 2008 por parte de la Mutua, en relación con el ajuste relativo a “empresas que se gestionan a sí mismas en 2007. Por tanto, la Audiencia Nacional procedió a estimar este motivo y anuló el reintegro que se solicita

## **4º- Cantidades abonadas como compensaciones por asistencia a órganos de gobierno sin cobertura legal**

La Audiencia Nacional estimó que la Mutua, podía establecer en sus estatutos los órganos de gobierno y participación que estimase convenientes, pero sólo podría imputar al Patrimonio de la Seguridad social aquellas compensaciones por la asistencia referidas en el artículo 20 del Reglamento de Colaboración. En este sentido, el Tribunal supremo establece

que las dietas pagadas no contempladas en el referido precepto en ningún caso podrán imputarse al Patrimonio de la Seguridad Social

#### **5º- Importe del pago de compensaciones a los directivos de las mutuas, por asistencias a la Junta Directiva**

Aunque la labor de los miembros de la Junta Directiva de esta entidad sin ánimo de lucro carezca de remuneración mensual, sí recibe dietas por asistencia a sus reuniones como compensación. Esta circunstancia está prevista en el art. 20. 13º, apartado d) del Reglamento de Colaboración realizándose el mismo por parte del patrimonio privativo de la entidad. La Audiencia Nacional determinó que, los importes por compensaciones a los miembros de la Junta Directiva por asistir a sus reuniones y a las de la Comisión de control y Seguimiento, deberían de hacerse en los términos que estableciese el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, esto es, hizo en su conclusión final depender su aplicación de un desarrollo normativo, (inexistente durante el ejercicio auditado de 2009). Por esta razón, la Audiencia Nacional entendió que la asunción de tal gasto por la Seguridad Social dependía de una previsión no establecida desestimando el motivo del recurso.

#### **6º- Actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas**

En el ajuste según el Informe de auditoría de “Gastos imputados por “Compras de productos alimenticios”, no se llegó a justificar cual fue el destino hospitalario de los productos, siendo difícilmente creíble por parte de la Audiencia que se destinaran a los pacientes internados en el mismo pues se obviaba el hecho de que se trataba de productos de lujo. En caso de los gastos por el asesoramiento retribuido, realizado por GMS Management Solutions, la Mutua, no presentó documentación justificativa y sigue sin justificarse la contratación del servicio, desestimando la Audiencia la pretensión de la Mutua.

Derecho  
comparado y  
Derecho  
Extranjero en  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

LABORUM



## La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional

### The social protection of long-term care in Portugal. A comparative, european and international law study\*

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS

DOCTOR INTERNACIONAL EN DERECHO

#### Resumen

En materia de protección social de la dependencia, Portugal es un Estado sujeto no sólo al artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también al artículo 23 de la Carta Social Europea. Portugal, sin embargo, sólo cumple aparentemente o formalmente los dos preceptos recién citados, en materia de protección social por dependencia. Ello se debe a que las normas reguladoras del tema en el ordenamiento portugués de seguridad social son, de un lado, una promulgada en 1999, que es simplemente una mera puesta al día del complemento de la pensión por incapacidad permanente que cobran en Europa los grandes inválidos, y de otro, una norma de 2006, que amplía la asistencia sanitaria (materialmente, con prestaciones a largo plazo), para dependientes que se encuentren por debajo de un determinado nivel de rentas, pero no (a diferencia de lo que sucede en otros países europeos, a los que también se refiere este trabajo) una norma orientada a hacer frente al problema del envejecimiento de la población en que se encuentra actualmente inmersa la sociedad portuguesa.

#### Abstract

Regarding the matter of long-term care social protection, Portugal is a State subjected to article 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and to article 23 of the European Social Charter. However, Portugal only complies apparently or formally with the above mentioned two provisions, in the matter of long-term care social protection. This is due to the fact that the provisions that rule such matter in the Portuguese social security legal regime are, from one side, one enacted in 1999, which is only a mere updating of the supplement of the pension for permanent disability earned in Europe by severe handicapped, and from another side, a law enacted in 2006, which expands health care (namely with long-term benefits), to dependents that are found under a certain level of income, and not (in contrast to what happens in a number of European countries, also studied in this work) a provision aimed to face the problem of the old-aging of population that affects the Portuguese society nowadays.

#### Palabras clave

Carta Social Europea; Dependencia; Derecho comparado; Portugal; Unión Europea

#### Keywords

European Social Charter; Long-term care; Comparative Law; Portugal; European Union

## 1. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Este año se cumplen casi diecisiete años desde que se proclamó por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en cuanto que derechos fundamentales de la Unión

\* Traducción al castellano, desde el portugués original («A proteção social por dependência em Portugal. Um estudo de Direito comparado, comunitário europeu e internacional»), realizada por Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, al amparo del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Europea, la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»<sup>1</sup>. La Carta<sup>2</sup>, en su versión original, tuvo que ser adaptada y sustituida siete años después, siendo aprobada por dichos órganos en 2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa<sup>3</sup>. Desde su primera proclamación, en 2000, hasta la integración jurídica en el Tratado de Lisboa, la Carta suscitó controversias sobre su carácter jurídico, cuestión que quedó resuelta con el precepto que consta en el artículo 6, núm. 1, del Tratado UE, que estableció que «La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ... que tienen el mismo valor jurídico que los Tratados». En Portugal, la eficacia y recepción de tal Carta de Direitos fundamentais las confiere la Constitución de la República Portuguesa<sup>4</sup>, que establece que «las disposiciones de los tratados que rigen la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de sus respectivas competencias, son aplicables en el ordenamiento interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, en relación con los principios fundamentales del Estado de Derecho democrático»<sup>5</sup>, norma esta que consagra, a nivel constitucional, un sistema de recepción automática y pleno de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico portugués, así como un reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión Europea<sup>6</sup>.

2. En el Título IV denominado «Solidaridad», la Carta estableció en el núm. 1 del artículo 34, bajo el epígrafe «Seguridad Social y asistencia social», derechos de acceso a prestaciones de Seguridad Social para la protección, entre otros riesgos clásicos de Seguridad Social, de los casos de «dependencia o vejez». Este derecho a prestaciones de Seguridad Social para la protección de la contingencia de la *dependencia*, está estrechamente conectado, por un lado, con los principios de la igualdad y no discriminación<sup>7</sup>, cuando allí se afirma que se prohíbe toda forma de discriminación «por razón de la edad», y además, con el reconocimiento y respeto por la Unión Europea del «derecho de las personas mayores a una existencia digna e independiente»<sup>8</sup>, previstos en el Título III de la Carta, bajo el rótulo «Igualdad». Esta disposición, al igual que los demás derechos reconocidos por la Carta, tiene como destinatarios las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en observancia del principio de subsidiariedad, siendo también aplicable por los Estados Miembros, estos con una limitación importante, esto es, sólo cuando apliquen el Derecho de la Unión<sup>9</sup>. Por eso, no

<sup>1</sup> El texto actual de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede consultarse en el JO C 202, 7.6.2016, pp. 389-405, sustituyendo la versión original publicada en el JO 2000/C 364/01 de 18.12.2000.

<sup>2</sup> Sobre la Carta, en la doctrina portuguesa, véase C.J. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3ª ed., Almedina (Coimbra, 2015), pp. 195 y ss.; M.L. DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias II*, Coimbra Editora (Coimbra, 2006), pp. 255 y ss.; y V. MOREIRA (Coordinador), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora (Coimbra, 2001), pp. 5 y ss.

<sup>3</sup> Señaladamente, con la entrada en vigor del artículo 6, núm. 2, del Tratado de Lisboa.

<sup>4</sup> Constitución de la República Portuguesa, aprobada por el Decreto de 10 de abril de 1976, que puede consultarse, al igual que toda la legislación portuguesa, en el sitio del Diario de la República on-line, en [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>5</sup> Artículo 8, núm. 4, norma equivalente del artículo 96 de la Constitución Española.

<sup>6</sup> Sobre este sistema de recepción automática y plena del Derecho Internacional, en Portugal, véase, entre otros, J. MIRANDA y R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), pp. 86 y ss., así como J.J. GOMES CANOTILHO y V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4ª ed., Coimbra Editora (Coimbra, 2007), pp. 251 y ss.

<sup>7</sup> Artículos 20 y 21 de la Carta.

<sup>8</sup> Artículo 25 de la Carta.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 51, núm. 1 de la Carta. A propósito de este precepto, resaltando que la Carta no constituye todavía un *Bill of Rights* de la Unión, véase FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., p. 212, sosteniendo

(...)

existen dudas hoy sobre que este derecho de acceso a prestaciones en caso de dependencia, tiene fuerza obligatoria, o sea, es vinculante de la misma forma que es obligatorio el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>. Aparte esto, la Carta se cita y es cada vez más aplicada por los diversos Tribunales nacionales de los Estados Miembros, como fuente de derechos fundamentales (incluso a veces fuera del Derecho de la Unión Europea), como se reconoce en diversos informes anuales aprobados por la Comisión<sup>11</sup> y por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>12</sup>, que citan las diversas decisiones judiciales nacionales que hacen referencia a la Carta, incluyéndose, entre estos Tribunales, el propio Tribunal Constitucional portugués, también en materia de seguridad social<sup>13</sup>.

3. La Carta de los derechos fundamentales constituye uno de los documentos más importantes del Derecho Internacional sobre los derechos de la persona, en virtud del cual se reafirmó que la Unión Europea se basa en los «valores indivisibles y universales de la dignidad del ser humano, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad»<sup>14</sup>. Estos derechos fundamentales consagrados en la Carta derivan de las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes a los Estados Miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de las Cartas Sociales aprobadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>. El reconocimiento del derecho de acceso a la prestación de Seguridad Social para la protección de la dependencia y el principio de promoción de la autonomía de las personas mayores y no discriminación por razón de edad, se inspiró –como se reconoce por el *Praesidium* de la Convención que elaboró el proyecto de Carta– en los artículos 19, 153 y 156 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 14 del CEDH, en los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea Revisada y en los puntos 10, 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores<sup>16</sup>. Esta protección frente a la dependencia y el derecho a la no discriminación en función de la edad, se derivan del reconocimiento de estas contingencias realizado por las más altas instancias internacionales, entre otras, por las Naciones Unidas, a través de la aprobación de

---

que, si la Carta tuviese dicha naturaleza de *Bill of Rights*, los derechos allí consagrados «deberían ser invocables en la Unión por todos los ciudadanos de la Unión frente cualquier ofensa que fuese dirigida contra ellos por cualquier autoridad de la Unión o de los Estados miembros», lo que no sucede, por causa de la previsión del referido artículo 51, núm. 1, de la Carta. Véase también M.L. DUARTE, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., pp. 266 y ss.

<sup>10</sup> Artículo 51, núm. 1, de la Carta, y artículo 6 del TUE y TFUE.

<sup>11</sup> Informes anuales aprobados por la Comisión de la UE sobre la aplicación de la Carta, que pueden consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm).

<sup>12</sup> Pueden consultarse las decisiones del TJUE y de Tribunales nacionales que citan diversos preceptos de la Carta, en el sitio de la Agencia, en <http://fra.europa.eu/pt/charterpedia>.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 296/2015, sobre la prestación social de seguridad social RSI (renta social de inserción), disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

<sup>14</sup> Párrafo 2 del Preámbulo de la Carta, reconociéndose que en este Tratado se compilaron en un solo documento derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos.

<sup>15</sup> Cfr. párrafo 5 del Preámbulo, y artículo 52, núms. 3 y 4 de la Carta.

<sup>16</sup> Cfr. Anotaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicadas en JO C 303/17 de 14.12.2007.

los Principios de las Naciones Unidas para las Personas Mayores<sup>17</sup> y la creación del «Open-ended Working Group on Ageing [*Grupo abierto sobre envejecimiento*]», por diversas Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>18</sup>, y por las Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>19</sup>.

## 2. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN ALEMANIA, FRANCIA Y ESPAÑA

4. En Alemania, la realización del derecho de acceso a la prestación por dependencia fue muy pronto regulada por el legislador germano, con la promulgación de la Ley para el Seguro Social del Riesgo de Dependencia de 26 de mayo de 1994 (*Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos des Pflegebedürfnisses*), ley que vino a promulgar el Libro XI del Código de Seguridad Social<sup>20</sup>, correspondiente a lo que la doctrina denomina Quinto Pilar [*fünfte Säule*] de la Seguridad Social contributiva alemana. Esta ley que entró en vigor progresivamente a partir de 1 de enero de 1995, en su redacción vigente y actual<sup>21</sup>, podemos caracterizarla como verdaderamente innovadora, protectora y creadora de un modelo sostenible<sup>22</sup> de protección social de los dependientes y de los mayores. Afirmamos esto, por las siguientes razones, que caracterizan, de manera llamativa, esta ley: en primer lugar, establece una protección social con carácter contributivo, previéndose que los recursos del seguro de dependencia se financiarán a través de cotizaciones [*durch Beiträge*], así como con otros recursos<sup>23</sup>; en segundo lugar, establece la necesidad de creación y definición de cinco grados de dependencia, estableciendo igualmente que la caja gestora de la dependencia deberá, *imperativamente*, decidir la solicitud en el breve plazo de cinco semanas<sup>24</sup>; en tercer

<sup>17</sup> Adoptado por la Resolución núm. 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991, que enuncia como derechos de las personas mayores, entre otros, el derecho a la independencia y asistencia, disponible en [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/46/91](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/91).

<sup>18</sup> Recomendación núm. R(94)9 que se refiere, entre otras medidas, a que los Estados adopten medidas preventivas sobre la dependencia, para proteger el derecho a la autodeterminación y la adopción de sistemas de protección social que eviten la exclusión social de las personas mayores. Recomendación Rec.(2009)6, que se refiere a medidas sobre envejecimiento y deficiencias en el siglo XXI. Y ya, después de la aprobación de la Carta, la Recomendación CM/Rec(2014)2 sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores.

<sup>19</sup> Recomendación 1796 (2007) sobre la situación de las personas mayores en Europa; Recomendación 1749 (2006) y Resolución 1502 (2006) sobre desafíos demográficos para la cohesión social; Recomendación 1591 (2003) sobre los desafíos para las políticas sociales en las Sociedades envejecidas en Europa; y Recomendación 1418 (1999) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y la muerte.

<sup>20</sup> Sobre este seguro social de dependencia en el Derecho alemán, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), pp. 59 y ss. Y sobre la aprobación del Libro XI, regulador del seguro social de dependencia y sus más recientes modificaciones, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa.

<sup>21</sup> En su redacción actual, puede consultarse en Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*), Parte I, de 26 de mayo de 1994, pp. 1014 y ss., disponible en <https://www.bgbl.de>.

<sup>22</sup> Caracterizando este modelo sostenible de protección social, con un análisis comparativo con el modelo español, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 59 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. parágrafo 54, núm. 1. Nótese que actualmente la cotización es un 2,35 % de las rentas del asegurado sujetas a cotización.

<sup>24</sup> Cfr. parágrafo 18.

lugar, la cotización por dependencia es cuasi universal<sup>25</sup>, visto que cotizan para este seguro no sólo los activos vinculados por una relación laboral<sup>26</sup>, sino también los pasivos, entre los cuales se encuentran los pensionistas<sup>27</sup>, beneficiarios del subsidio de desempleo y de la prestación social de desempleo<sup>28</sup>, estableciéndose incluso un complemento de cotización para los mayores de 23 años que no tengan hijos<sup>29</sup>; en cuarto lugar, establece una reglamentación detallada del sistema de copago [*Zuzahlung*] por el beneficiario<sup>30</sup>; por último, la sostenibilidad del sistema se reforzó con la creación en 2014<sup>31</sup> de un fondo especial de reserva (de capitalización) de este seguro social de dependencia<sup>32</sup>, denominado fondo de atención al seguro social de dependencia [*Pflegevorsorgefonds*], para garantizar la sostenibilidad del sistema dentro de veinte años.

5. Siguiendo de cerca iguales preocupaciones que sus vecinos alemanes, Francia aprobó en 1997 la protección social por dependencia, en cuanto que modelo no contributivo, en aquella fecha<sup>33</sup>. Este modelo resultó alterado en 2004<sup>34</sup>, creándose una cotización específica por dependencia, de responsabilidad exclusiva de los empresarios<sup>35</sup>, ampliándose posteriormente dicha obligación a los pensionistas<sup>36</sup>; ley esta que creó la estructura financiera, posibilitante de la reciente aprobación de la Ley núm. 2015-1776 de 28 de diciembre, «relativa a la adaptación de la sociedad al envejecimiento [*relative à l'adaptation de la société au vieillissement*]». Esta última ley ya coloca en su artículo primero, como algo destacado, la siguiente regla general y transversal reveladora de la importancia del tema, de que «la adaptación de la sociedad al envejecimiento es un imperativo y una prioridad del conjunto de las políticas públicas de la Nación [*L'adaptation de la société au vieillissement*

<sup>25</sup> A este respecto, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>26</sup> Cfr. parágrafo 58, núm. 1 do Libro XI. En este caso, el empresario y el trabajador cotizan a partes iguales.

<sup>27</sup> Cfr. parágrafo 59, núm. 1, del Libro XI. En este caso, los pensionistas soportan integralmente las cotizaciones debidas.

<sup>28</sup> Cfr. parágrafo 251 del Libro V. En este caso, la cotización la soporta la entidad gestora de la prestación de desempleo y la Federación Alemana, respectivamente.

<sup>29</sup> Cfr. parágrafo 55, núm. 3, del Libro XI, estableciéndose un complemento de cotización del 0,25 %.

<sup>30</sup> Cfr. Capítulos VII e VIII del Libro XI.

<sup>31</sup> A través de la Primera Ley para el Refuerzo de la atención por dependencia y para la modificación de Diversos Preceptos (*Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften*) de 17 de diciembre de 2014, que añadió el Capítulo Décimocuarto. Sobre esta modificación de la Ley, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>32</sup> Sobre la creación de este Fondo especial de reserva del seguro social de dependencia, para hacer frente al baby-boom de los años 60 del siglo XX, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 75 y ss.; y también, A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>33</sup> Véase Ley 97-60 de 24 de enero, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>34</sup> Por la Ley núm. 2004-626 de 30 de junio, «relativa a la solidaridad para la autonomía de las personas mayores y de las personas incapacitadas [*relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*]».

<sup>35</sup> Cfr. artículo 11 de la Ley núm. 2004-626, que creó una cotización del 0,3 %, a ser gestionada por la también creada Caja Nacional de Solidaridad para la Autonomía [*Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie*], así como el artículo 2, que procedió a una modificación del Código del Trabajo entonces vigente, creándose una «jornada de solidaridad [*journée de solidarité*]», bajo la forma de jornada complementaria de trabajo no remunerada, para financiar las acciones en favor de la autonomía de las personas mayores o incapacitadas.

<sup>36</sup> Ampliación realizada por el artículo 17 de la Ley núm. 2012-1404, de 17 de diciembre, relativa a la «financiación de la seguridad social para 2013 [*financement de la sécurité sociale pour 2013*]».

*est un impératif national et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la Nation*]. Se trata de una ley que la doctrina científica española califica de vanguardista, anti-globalización, rigurosa, sorprendente y transversal<sup>37</sup>. El régimen de la prestación de dependencia, en Francia, se encuentra regulado, en principio, en el Código de Acción Social y de las Familias [*Code de l'action social et des familles*]<sup>38</sup>, caracterizándose, en lo esencial: 1) por prever una prestación de dependencia denominada «subsidio personalizado de autonomía [*allocation personnalisée d'autonomie*]<sup>39</sup>, que consiste en una prestación en especie, destinada a la cobertura de gastos de todo tipo derivados de un plan de ayuda elaborado por un equipo médico-social, pudiendo tener las modalidades de «en el domicilio» o «en establecimiento»<sup>40</sup>; 2) el sistema prevé la clasificación de los dependientes en seis grados, los cuales están indexados a los montantes máximos del subsidio personalizado de autonomía; 3) se establece un sistema de copago por el beneficiario, a través del llamado «ticket moderador [*ticket modérateur*]», de acuerdo con las rentas mensuales de los beneficiarios<sup>41</sup>; 4) se regula que este subsidio sólo puede financiar prestaciones de servicios no benévolas de atención, sean bien de un familiar –distinto del cónyuge o pareja de hecho–, sean bien del servicio oficial de cuidadores a domicilio<sup>42</sup>; 5) en fin, la gestión de esta prestación está centralizada, en los Departamentos administrativos franceses, existiendo una «Caja Nacional de Solidaridad para la Autonomía [*Caisse Nationale de Solidarité pour L'Autonomie*]» creada en 2004<sup>43</sup>.

6. A través de la Ley núm. 39/2006, de 14 de diciembre, España aprobó la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ley ésta que viene siendo objeto de diversas críticas, en especial, por la insostenibilidad del modelo que crea, y además, por la suspensión parcial de su vigencia con las inherentes omisiones sustantivas y procesales<sup>44</sup>. Por medio de dicha ley, se creó el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, inserto en lo que la doctrina científica española denomina seguridad social complementaria<sup>45</sup>. Este sistema responde a una acción coordinada y cooperante de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, siendo gestionado por estas últimas, en especial, por la Administración autónoma del lugar de residencia del beneficiario, en cuanto que entidad responsable del

<sup>37</sup> En este sentido, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016), pp. 1 y ss., llamando especialmente la atención, en la referida ley, el hecho de haber procedido a la modificación –para su adaptación al envejecimiento– de quince códigos franceses distintos, en las más diversas áreas jurídicas.

<sup>38</sup> Consultado a través de [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>39</sup> También conocido por su acrónimo «APA».

<sup>40</sup> Cfr. artículos L 232-2 y L 232-3.

<sup>41</sup> Cfr. artículo L 232-4.

<sup>42</sup> Fomentándose la creación de empleo profesional para la protección social a la dependencia, como pone de relieve J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», cit. pp. 22-23, basándose en la referida Ley y en el Informe anexo a la misma.

<sup>43</sup> Por los artículos 7 a 16 de la referida Ley núm. 2004-626 de 30 de junio.

<sup>44</sup> En especial, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 59 y ss.

<sup>45</sup> Sobre esta calificación, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pp. 283 y ss.

reconocimiento de la situación de dependencia<sup>46</sup>, la cual será clasificada en tres grados de dependencia. A través de este sistema, se crearon tres niveles de protección de la situación de dependencia<sup>47</sup>. Este modelo de atención a la dependencia, en lo esencial, se caracteriza por basarse en un modelo no contributivo, apoyado en presupuestos fijados anualmente, previéndose en términos demasiado genéricos y carentes de reglamentación, la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones, según el tipo y coste del servicio, y su capacidad económica personal<sup>48</sup>. En el capítulo II de esta Ley, titulado «Prestaciones y catálogo de servicios de atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia», se estableció que las prestaciones de atención a la dependencia pueden tener la naturaleza de servicios («servicios del Catálogo») y de prestaciones económicas («prestación económica»), ambas destinadas, por un lado, a la promoción de la autonomía personal y, por otro lado, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria<sup>49</sup>. Nótese que las prestaciones en especie (del catálogo de los servicios) tendrán carácter prioritario, de manera que las prestaciones económicas se otorgarán cuando no sea posible la atención mediante alguno de los servicios, e irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio prevista en el Programa Individual de Atención<sup>50</sup>. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo para ser atendido por cuidadores no profesionales, los cuales tendrán que afiliarse y cotizar en la seguridad social<sup>51</sup>.

### 3. LA COMPARACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

7. Como es fácil suponer, el problema de la protección social de la dependencia no es una cuestión que afecte sólo al continente europeo, cabiendo afirmar que dicho tipo de problemática es característica de las sociedades occidentales en su conjunto, incluidos los Estados Unidos de América<sup>52</sup>, en donde viene discutiéndose últimamente el tema desde la perspectiva de la financiación de los servicios de la allí denominada «*long term care*»<sup>53</sup>, habiéndose revitalizado el debate en dicho país, con ocasión de la discusión de si se deroga o no la «Ley de acceso a la asistencia y protección del paciente [*The Patient Protection and Affordable Care Act*]» de 2010, también conocida por «ObamaCare»<sup>54</sup>. En los Estados

<sup>46</sup> Cfr. artículos 1 y 28, núm. 2.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 7, estableciéndose que la protección de la situación de dependencia se prestará de acuerdo con los siguientes niveles: i) un nivel mínimo garantizado para cada uno de los beneficiarios; ii) un nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas, a través de Acuerdos; y iii) el nivel adicional de protección que podrá establecer cada Comunidad Autónoma.

<sup>48</sup> Cfr. artículo 32.

<sup>49</sup> Cfr. artículos 13 y 14.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 14, núms. 2 y 3, y artículo 17.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 14, núm. 4, y artículo 18.

<sup>52</sup> Sobre el tema, he podido manejar la versión original de J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa, destacando y poniendo de relieve que el tema de la dependencia constituye igualmente un tema de moda en la literatura jurídica de los Estados Unidos, con cita de diversos artículos publicados en revistas jurídicas norteamericanas.

<sup>53</sup> Llamando la atención, con toda propiedad, sobre los errores de traducción frecuentes del término «dependencia», incorrectamente traducido por «dependency», en vez de «long-term care», *ibidem*.

<sup>54</sup> Sobre esta Ley, desde la perspectiva de su constitucionalidad, véase el interesante estudio de A. ARUFE VARELA, El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema e los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 138 y ss.

Unidos, se creó en 2012 una «Comisión sobre Dependencia [*Comission on Long-term Care*]», que se encargó de elaborar recomendaciones o propuestas al Congreso, entre otros extremos, sobre la financiación de un sistema de dependencia<sup>55</sup>. Esta Comisión, con una aproximación privatística a la financiación de un sistema de dependencia<sup>56</sup>, destacó tres problemas principales que justifican dicha visión, o mejor, a través de seguros privados de dependencia, para la protección del riesgo en cuestión: 1) los «Estados se enfrentan a serias dificultades presupuestarias que amenazan los programas existentes de asistencia a la salud, invalidez y pensiones [*Governments are facing serious budget constraints that threaten funding for existing health care, disability, and retirement programs*]»; 2) el «Seguro privado de dependencia podría tener un papel más sustancial en la financiación de un sistema de apoyo a la dependencia, aunque son necesarias modificaciones para aumentar la participación, incluyendo nuevos incentivos, y más flexibilidad para que las aseguradoras ofrezcan mayor variedad en la estructura de las pólizas [*Private long-term insurance could play a more substantial role in LTSS financing, but changes are needed to boost participation, including new incentives, more flexibility so insurers can offer greater variety in the structure of policies*]»; y 3) «Los ahorros privados y una elección diversa de productos son un componente crítico de la solución de la financiación del apoyo a la dependencia [*Private savings and a diverse choice of products are critical components of the LTSS financing solution*]»<sup>57</sup>.

8. Frente a dicha visión privatística, la Comisión de Dependencia presentó también una aproximación publicista, basada en la protección de tal contingencia a través de un seguro social de dependencia. Por su aproximación a los sistemas públicos europeos de seguridad social, interesa resumir los problemas destacados por la Comisión, en esa aproximación publicista. Sostuvo la Comisión que la opción por un seguro social de dependencia encargaría los siguientes problemas: 1) una «crisis en el sistema de dependencia es un problema social que requiere una solución social. La necesidad de apoyo por dependencia es imprevisible y un riesgo catastrófico para las personas con menos o más de 65 años [*The LTSS crisis is a societal problema that requires a societal solution. The need for LTSS is an unpredictable, catastrophic risk for people under and over age 65*]»; 2) «ni el Medicaid<sup>58</sup>, ni un seguro privado, están en condiciones de satisfacer las necesidades

<sup>55</sup> Véase el Informe al Congreso de 30 de septiembre de 2013, disponible en [www.ltcommission.org](http://www.ltcommission.org), Parte III, pp. 60 e ss, con dos perspectivas (una privada y otra pública) sobre la financiación del sistema de servicios de dependencia, por falta de acuerdo entre los miembros de la Comisión. Este Informe, no se limita al análisis de los modelos de financiación, preocupándose también de formular recomendaciones sobre la «prestación del servicio [*service delivery*]», en la Parte I, y sobre los cuidadores, o «Mano de obra [*workforce*]», en la Parte II del propio Informe.

<sup>56</sup> Próxima a los ideales del Partido Republicano, como bien apunta J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

<sup>57</sup> Informe, pp. 63 a 65. En el Informe, a propósito de esta visión privatística, se sugieren diversas propuestas, de las cuales destacamos las siguientes sugerencias: aprobación de incentivos al mercado asegurador para la contratación de pólizas y creación de las mismas por las aseguradoras; permitir formas de asociación entre el sistema de protección de salud (Medicaid) y seguros de dependencia, para evitar que los beneficiarios se deshagan de todos sus bienes antes de poder acceder al sistema público; permitir que los beneficiarios adjudiquen parte de las prestaciones de jubilación para el pago de seguros de dependencia; creación de mecanismos financieros para subsidiar riesgos de dependencia catastróficos por la duración o elevado valor; etc.

<sup>58</sup> Se trata del Programa de Seguridad Social regulado en el subcapítulo XIV del Capítulo 7 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, Secciones 1396 y ss., concebido para proteger, entre otros, a los mayores indigentes o sin recursos de más de 65 años de edad; en este sentido, J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

financieras de apoyo a la dependencia de una persona [*Neither Medicaid nor private insurance is certain to meet an individual's LTSS financing needs*]<sup>59</sup>; 3) «una respuesta por medio del seguro social proporciona un mecanismo de financiación pública que dispersa el riesgo de un modo general, dividiendo los costes entre el gobierno, participantes, y/o empleadores y trabajadores ... La participación obligatoria convierte el riesgo colectivo en viable [*A social insurance approach provides a public financing mechanism that spreads risk broadly, sharing the costs between the government, participants, and/or employers and employees ... Mandatory participation makes the risk pool viable*]; y 4) asegurando una parcela del riesgo para todos, a través de un seguro social, se posibilita que aquellos que tienen recursos asuman responsabilidad en la parcela de los no asegurados a través de ahorros personales, seguros privados u otros mecanismos [*Insuring a portion of the risk for everyone through social insurance allows those who have resources to assume responsibility for the uninsured portion through personal savings, private insurance, or other mechanisms*]<sup>60</sup>.

9. El referido Informe de la Comisión de Dependencia se justificó porque, en los Estados Unidos, la respuesta al riesgo de la dependencia se dio por la «Ley de Apoyo y Servicios Comunitarios de Asistencia Vital [*Community Living Assistance Services and Supports Act*]» de 2010<sup>61</sup>, que pretendía establecer un seguro privado de dependencia de carácter voluntario. Esta ley fue derogada por la «Ley de Compensación del Contribuyente Americano [*American Taxpayer Relief Act*]» de 2012, que igualmente creó la referida Comisión de Dependencia, encargada de elaborar un informe con recomendaciones y propuestas sobre la protección de la dependencia<sup>62</sup>. Precisamente, la derogación de dicha Ley ha resucitado en la doctrina científica norteamericana el debate sobre qué debería hacer o dejar de hacer el legislador federal en materia de protección social de la dependencia. Y no deja de resultar curioso que parte de la doctrina científica norteamericana mire a lo que sucede en el continente europeo, y especialmente en Alemania. A este respecto, se ha puesto de relieve por la doctrina científica española que sigo, que existe un «fenomenal artículo de 2016 del Profesor Lawrence FROLIK, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pittsburgh, sobre las insuficiencias y la inutilidad del seguro privado de dependencia, tanto desde el punto de vista del asegurador como desde la perspectiva del

<sup>59</sup> Analizando por qué razón los seguros de dependencia privados, en los Estados Unidos, no son una solución para la contingencia de dependencia, con datos estadísticos, jurídicos y sociales, por la falta de interés de los asegurados y del mercado asegurador sobre tal producto, véase el interesante estudio de L. A. FROLIK, «Private long-term care insurance: not the solution to the high cost of long-term care for the elderly», *Elder Law Journal*, núm. 23 (2016), pp. 371 y ss.

<sup>60</sup> Informe, pp. 66 a 68, formulando también dos propuestas de modelo de seguro social: una consistiría en la ampliación del programa de Seguridad social Medicare, con la ampliación de los beneficiarios y el aumento de las cotizaciones, siendo los beneficios asistidos esencialmente por prestaciones en especie del sistema; y otro modelo pasaría por la creación de un programa público autónomo de prestaciones de dependencia en que el acceso al sistema de prestaciones dependería de un período de garantía o espera [*waiting period*], el cual se establecería en relación con la edad de la jubilación y las rentas del beneficiario (el período de espera sería mayor o menor, según las rentas) y las prestaciones podrían ser de carácter económico [*dólar amount per day*] o en especie [*full range of LTSS services*].

<sup>61</sup> También conocida por su acrónimo «CLASS Act», que procedía a modificar la «Ley del Servicio Sanitario Público [*Public Health Service Act*]», añadiéndole un nuevo Título XXXII.

<sup>62</sup> Sobre la historia y tramitación parlamentaria de la CLASS Act, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

asegurado»<sup>63</sup>, concluyéndose en este artículo que «“Japón y Alemania tienen ambos un S[eguro de]D[ependencia] imperativo [*mandate*]”; también, que “aunque los detalles de esos planes difieren, el punto importante es que esos países se han dado cuenta de que la D[ependencia] es un riesgo universal [*universal risk*] que es mejor cubrir por medio de un seguro universal [*universal insurance*]”, y que “el S[eguro de]D[ependencia] público [*public*] y obligatorio [*mandatory*] es la respuesta», dado que “a medida que nos hacemos mayores, somos todos usuarios potenciales [*we are all potential users*] del S[eguro de]D[ependencia]; así, podría exigírsenos a todos adquirir un seguro para pagar por esos cuidados, esperándose que nunca necesitaremos echar mano de las prestaciones”»<sup>64</sup>.

#### 4. LA SITUACIÓN DE PORTUGAL EN RELACIÓN CON LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

10. Al contrario que Alemania, Francia, e incluso España, Portugal vive en un aparente sopor sobre la contingencia de la dependencia y adaptación al envejecimiento, confirmando así la ausencia real, aunque no formal, de legislación para la protección social de dicho riesgo. Para comprender la situación existente a día de hoy en Portugal, hay que tener en cuenta que el ordenamiento portugués de seguridad social venía regulando tradicionalmente una prestación por incapacidad, que se corresponde con lo que en España se denomina complemento por gran invalidez<sup>65</sup>, y en Francia «incremento por ayuda de una tercera persona [*majoration pour aide d'une tierce personne*]»<sup>66</sup>, llamada «subsídium por asistencia de tercera persona [*subsídio por assistência de terceira pessoa*]», regulada en diversos Decretos-leyes promulgados en 1980, 1990 y 1993. Ahora bien, en 1999 (sólo dos años después de la primera regulación francesa sobre la dependencia), el Gobierno portugués promulgó el Decreto-ley 265/99, de 14 de julio, por el que se «procede a la creación de una nueva prestación destinada a complementar la protección concedida a los pensionistas de invalidez, vejez y supervivencia de los regímenes de seguridad social en situación de dependencia». Aparentemente (o si se quiere, formalmente), esta norma pretendía poner al día el ordenamiento portugués de seguridad social en materia de dependencia, dado que: 1) «a efectos de la presente norma, se consideran en situación de dependencia los individuos que no puedan practicar con autonomía los actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, careciendo de la ayuda de otro»<sup>67</sup>; 2) «a efectos del otorgamiento de la prestación y de la determinación de la respectiva cuantía, se consideran los siguientes grados de dependencia», que son dos, esto es, el «1º grado» («individuos que no puedan realizar ... señaladamente actos relativos a la alimentación o locomoción, o

<sup>63</sup> Se trata del artículo L.A. FROLIK, «Private long-term care insurance: Not the solution to the high cost of long-term care for the elderly», cit., pp. 371 y ss.

<sup>64</sup> Sobre las citas que acabo de efectuar, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

<sup>65</sup> El tema se encuentra actualmente regulado en el artículo 196, apartado 4, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Sobre la exégesis de este precepto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pág. 148.

<sup>66</sup> Véanse artículo L 341-4 y artículos R 341-4 a R 341-6 del Código francés de la Seguridad Social. Sobre la tradicionalidad de este tema en Francia, véase J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE y R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 15ª ed., Dalloz (París, 2005), pp. 575 y ss.

<sup>67</sup> Artículo 3, apartado 1.

cuidados de higiene personal») y el «2º grado» («individuos que [además]... se encuentren encamados o presenten cuadros de demencia grave»)<sup>68</sup>; y 3) «las cuantías de la prestación están indexadas al valor legalmente fijado para la pensión social de invalidez y vejez del régimen no contributivo», oscilando –para los pensionistas del régimen general– entre un «50 %», para la situación de dependencia de primer grado, y un «90 %», para la situación de dependencia de segundo grado<sup>69</sup>. Todo esto, sin embargo, es pura apariencia o *trompe l'oeil*. En efecto, el Decreto-ley 265/99: 1) procede a derogar parcialmente los citados Decretos-leyes de 1980, 1990 y 1993; 2) afirma que «se consideran convertidos en complementos por dependencia, a partir de la fecha de inicio de la vigencia de la presente norma, los subsidios por asistencia de tercera persona otorgados a pensionistas, al amparo de la legislación anterior»<sup>70</sup>; y 3) restringe el ámbito subjetivo de aplicación de la vieja prestación meramente puesta al día, indicando que «constituye ... condición para el otorgamiento del complemento por dependencia ..., que el pensionista no reciba pensión de cuantía superior a 600 euros»<sup>71</sup>. Por lo demás, nada dice el Decreto-ley 265/99 sobre la existencia de cuidadores profesionales de dependientes, limitándose a indicar que la ayuda puede ser «prestada por cualquier persona que no se encuentre carente de autonomía para la realización de los actos básicos de la vida diaria, incluyendo los familiares del titular de la prestación»<sup>72</sup>, lo que constituye una prueba más de que esta norma absolutamente nada tiene que ver con los modernos sistemas de protección social de la dependencia, restando indicar que para el corriente año 2017 la cuantía de este complemento oscila entre un mínimo de 91,51 € mensuales y un máximo de 183,03 € mensuales<sup>73</sup>.

**11.** En cuanto que forma de protección social, en su vertiente de servicios dirigidos a los dependientes, se creó por el Decreto-ley núm. 101/2006, de 6 de junio (anticipándose unos meses a la norma española reguladora de la dependencia), la «Red Nacional de Cuidados Continuados Integrados» en el ámbito del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Solidaridad y Seguridad Social, organizada en dos niveles territoriales de actuación, el regional y el local, pero con una coordinación nacional definida por los dos Ministerios<sup>74</sup>. Esta Red tiene como objetivo general «la prestación de cuidados continuados integrados a las personas que, con independencia de la edad, se encuentren en situación de dependencia»<sup>75</sup>. Estos cuidados continuados se incluyen en el Servicio Nacional de Salud y en el Sistema de Seguridad Social, sobre la base de los paradigmas de la recuperación global y de la manutención, entendidos como el proceso activo y continuo, por un período que se prolonga más allá del necesario para el tratamiento de la fase aguda de la enfermedad o de la intervención preventiva, comprendiendo: 1) la rehabilitación, la readaptación y la reintegración social; y 2) la provisión y manutención de confort y calidad de vida, incluso en

<sup>68</sup> Sobre todo ello, véase artículo 3.

<sup>69</sup> Sobre todo ello, véase artículo 7.

<sup>70</sup> Cfr. artículo 32, apartado 1.

<sup>71</sup> Cfr. artículo 6, apartado 2.

<sup>72</sup> Cfr. artículo 5, apartado 2.

<sup>73</sup> Al respecto, véase la cuantificación que se efectúa en el sitio oficial del Instituto de Seguridad Social, I.P., ubicado en [www.seg-social.pt](http://www.seg-social.pt).

<sup>74</sup> Cfr. artículos 1, 2, apartado 4, y artículo 9.

<sup>75</sup> Artículo 4, apartado 1, resultando que el acceso a la Red, en los términos del artículo 31, se destina a personas que se encuentren en situaciones de «a) dependencia funcional transitoria derivada de proceso de convalecencia u otro; b) dependencia funcional prolongada; c) mayores con caracteres de fragilidad; d) incapacidad grave, con fuerte impacto psicosocial; e) enfermedad grave, en fase avanzada o terminal».

situaciones irrecuperables. A este efecto, la Red puede prestar diversos tipos de servicios de cuidados continuados integrados, que se aseguran por «unidades de internamiento» (que pueden ser de «convalecencia», de «media duración y rehabilitación» o de «larga duración y manutención»), «unidades de ambulatorio» (que pueden ser «unidades de día y de promoción de la autonomía»), «equipos hospitalarios» y «equipos domiciliarios»<sup>76</sup>, las cuales prestan, entre otros, diversos tipos de servicios médicos, de enfermería, apoyo psicosocial, higiene, alimentación, etc, de conformidad con la naturaleza de la unidad<sup>77</sup>. A pesar de la creación de esta Red, es claro que este modelo de protección de la contingencia de la dependencia sólo protege parte de la población dependiente<sup>78</sup>, confirmándolo el hecho de que: 1) la financiación de la Red se reparte entre los sectores de la Salud y de la Seguridad Social, en función de los cuidados prestados, resultando que, en el caso de la utilización por el beneficiario de las unidades de internamiento de media duración y rehabilitación, de larga duración y manutención, de las unidades de día y de promoción de la autonomía y equipos de cuidados continuados, existe copago por la persona en situación de dependencia en función de sus rentas o de las de su unidad familiar<sup>79</sup>; 2) en el ámbito de los términos y condiciones en que la Seguridad Social establece copago por parte de los usuarios de los gastos derivados de la prestación de cuidados por la Red, el Decreto-ley núm. 70/2010, de 16 de junio, establece las reglas para la determinación de las rentas y composición de la unidad familiar y capitalización de las rentas para la comprobación de las condiciones de recursos a tener en cuenta en el reconocimiento y mantenimiento del derecho al copago de la seguridad social con los usuarios de las unidades en el ámbito de la Red, llamando la atención el hecho de que la norma establece, para que haya derecho al copago de la seguridad social, que el patrimonio mobiliario del solicitante y de su unidad familiar no pueda ser superior, con importes de hoy, a 101.116,80 €, además de englobarse todos los tipos de ingresos de esta unidad familiar, la cual se define en términos amplios, incluyendo todas las personas que vivan con economía común, con relaciones de matrimonio, unión de hecho, parentesco, afinidad o adopción; 3) el legislador, por medio de la Orden Ministerial núm. 1087-A/2007, de 5 de septiembre, fijó los precios de los cuidados de la salud y de apoyo social prestado en las unidades de internamiento y ambulatorio de la Red<sup>80</sup>, determinándose que el copago de la Seguridad Social se determina en función del importe a abonar por el usuario en los términos definidos en una disposición propia<sup>81</sup>, cuando tal importe no asegure la totalidad de los gastos de la prestación de los cuidados, esto es, sólo cuando el importe a pagar por el usuario determinado por la aplicación de un porcentaje de los ingresos *per capita* de su unidad familiar sea inferior al precio fijado por dichos gastos<sup>82</sup>; y 4) por último, las reglas para la

<sup>76</sup> Cfr. artículo 12.

<sup>77</sup> Cfr. artículos 14, 18, 22, 24 y 28.

<sup>78</sup> De acuerdo con el Informe Social Nacional de Portugal, de agosto de 2016, para el Comité de Protección Social, se comprueba que dicha Red sólo cubrirá parte de la población dependiente, reconociéndose que la Red, aunque incrementando el número de lugares de internamiento, alcanzó 7.762 camas en junio de 2016.

<sup>79</sup> Cfr. artículo 47. Nótese que, en caso de internamiento en una unidad de convalecencia no se producirá dicha compartimentación, pues se trata de una unidad de internamiento, integrada en un hospital de enfermos graves o en otra institución, si articulada con un hospital, para prestar tratamiento y supervisión clínica.

<sup>80</sup> Estos precios varían, dependiendo del tipo de unidad y del tipo de servicio prestado, en cuantías totales por día, por usuario, a fecha de hoy, entre 9,58 €/día, en las unidades de día y promoción de autonomía, y 87,56 €/día, en las unidades de media duración y rehabilitación, según las cuantías de precios actualizados en la Orden Ministerial 262/2015, de 28 de agosto.

<sup>81</sup> Cfr. artículo 9, debiendo entenderse esta remisión hecha hoy al Despacho normativo núm. 34/2007, de 19 de septiembre.

<sup>82</sup> Cfr. artículos 3, 7 y 8 del Despacho normativo núm. 34/2007.

admisión a la Red –reguladas actualmente en la Orden Ministerial núm. 50/2017, de 2 de febrero– establecen que, tras la propuesta de referencia de un usuario, la Red determina, en el plazo de un día hábil, el número de puesto del usuario en una unidad o un equipo de la Red, «en la medida de los recursos y de los puestos existentes»<sup>83</sup>, por lo que la Red hará una gestión de las disponibilidades, en función de las necesidades de los usuarios.

12. En tanto no se produzca una verdadera reglamentación legal de la dependencia y del envejecimiento de la población, el riesgo social de la dependencia seguirá creciendo y creciendo en Portugal. El Gobierno portugués debería tener en cuenta que Portugal es el cuarto país de la Unión Europea con la mayor proporción de mayores<sup>84</sup>. En verdad, a semejanza de los restantes países industrializados, y en especial en Europa, por causa de la evolución de la ciencia médica y de la mejoría de las condiciones de vida, Portugal encara un gran desafío de transición demográfica, señaladamente, un crecimiento sustancial de la población mayor, así como un aumento de la esperanza de vida. Así, de acuerdo con los más recientes datos estadísticos, la población mayor –con más de 65 años de edad– pasó de 708.569 mayores en 1960 a 2.010.064 mayores en 2011, lo que significa en la actualidad un porcentaje del 19 % de la población<sup>85</sup> (resultando que la población con más de 75 años de edad es superior a 961.000 mayores, correspondiendo a un porcentaje del 9,1 % de la población total). Paralelamente, en línea con los países industrializados, la esperanza media de vida en el nacimiento, en 1970 era de 67 años, mientras que en 2014 es de 80,4 años<sup>86</sup>. Es decir, también en Portugal comprobamos una convivencia de dos generaciones de mayores, los más viejos y los mucho más viejos<sup>87</sup>. Estos datos demográficos, asociados al hecho de que en Portugal existen cerca de 1.502.290 pensionistas (por vejez e invalidez) del régimen general de seguridad social con pensiones inferiores al salario mínimo nacional<sup>88</sup>, demuestran la existencia de un riesgo social de resolución urgente. Este problema demográfico que impone una respuesta y protección social, advertido por diversas instancias

<sup>83</sup> Artículo 21, apartado 2.

<sup>84</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística, Estimativas Anuais da População Residente e Eurostat. Cfr. Avance del Instituto Nacional de Estadística, IP (INE), «Envelhecimento da população residente em Portugal e na União Europeia», según el cual la proporción de personas con 65 y más años era del 18,5 % en la UE28 y del 19,9 % en Portugal, porcentaje sólo sobrepasado por Grecia (20,5 %), Alemania (20,8 %) e Italia (21,4 %); la proporción más baja se produjo en Irlanda (12,6 %). Texto resumen disponible en [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=224679354&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=224679354&DESTAQUESmodo=2).

<sup>85</sup> Fuente: PORDATA e Instituto Nacional de Estadística (INE), disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+segundo+os+Censos+total+e+por+grandes+grupos+et%C3%AAlrios-512>.

<sup>86</sup> Fuente: PORDATA e INE, disponible en [http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+\(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001\)-418](http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001)-418);

<sup>87</sup> En verdad, la esperanza de vida a los 65 años, o sea, el número de años que una persona con 65 y más años puede esperar vivir, creció de 13,5 años, en 1970, a 19,3 años en 2015. Fuente: PORDATA e INE, disponible en [http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+aos+65+anos+total+e+por+sexo+\(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001\)-419](http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+aos+65+anos+total+e+por+sexo+(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001)-419); resultando igualmente de los datos estadísticos demográficos de Portugal, que el índice de longevidad, o sea, el número de persons con 75 y más años, por cada 100 persons con 65 y más años, pasó del 33,6 % en 1960 al 47,9 % en 2011, o sea, pasamos a casi la mitad. Fuente: PORDATA e INE disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento+segundo+os+Censos+-525>. Paralelamente, la población entre los 15 y 64 años se mantiene estable, prácticamente en los 6 millones de personas, desde 1981.

<sup>88</sup> Según los últimos datos estadísticos de 2013 del Instituto de Seguridad Social, disponibles en [http://www.pordata.pt/Portugal/Pensionistas+de+invalidez+e+velhice+do+regime+geral+da+Seguran%C3%A7a+Social+com+pens%C3%B5es+inferiores+ao+sal%C3%A1rio+m%C3%Adnimo+nacional+\(em+euros\)-2003](http://www.pordata.pt/Portugal/Pensionistas+de+invalidez+e+velhice+do+regime+geral+da+Seguran%C3%A7a+Social+com+pens%C3%B5es+inferiores+ao+sal%C3%A1rio+m%C3%Adnimo+nacional+(em+euros)-2003).

internaciones y ampliamente conocido por el Estado portugués, debería haber justificado una respuesta efectiva a tal desafío; y más, teniendo en cuenta que los seguros privados sobre dependencia tienen una existencia casi anecdótica en Portugal<sup>89</sup>. Esta respuesta, no ha producido hasta el momento presente. En efecto, la Ley 4/2007, de 16 de enero, que aprueba las bases generales del sistema de seguridad social (esto es, la norma portuguesa equivalente de la Ley General española de Seguridad Social o de la parte legislativa del Código francés de la Seguridad Social), sólo contiene tres episódicas referencias al tema de la dependencia<sup>90</sup>. El propio Gobierno portugués ha reconocido, muy recientemente, la necesidad de poner al día el ordenamiento portugués de seguridad social en materia de dependencia, mediante la aprobación de la Resolución del Consejo de Ministros núm. 63/2015, el 25 de agosto de 2015<sup>91</sup>, con la «Estrategia de Protección del Mayor», aunque sin consecuencias, pues ninguna de las medidas allí previstas ha sido hasta ahora desarrollada. Esta última se divide en una primera parte, con el «encuadramiento» de la estrategia, en la cual, por encima de todo, se fundamenta dicho documento en las normas y recomendaciones de Derecho Internacional que imponen una protección de las personas mayores<sup>92</sup>, y una segunda parte, con cuatro «Medidas»<sup>93</sup>, destacándose, por su interés para este artículo, la «medida 1 – reforzar los derechos de los mayores», señaladamente, «en las áreas de la salud y de la seguridad social»<sup>94</sup>, resultando que las acciones a desarrollar, allí enunciadas, no son más que normas programáticas, carentes de concreción, y de una visión modernizadora y transversal. Por otro lado, también destaca, de manera omisiva, la falta de referencia a toda reglamentación legal de los cuidadores profesionales o benévolos, creación de prestaciones en especie, creación de formas de sostenibilidad financiera de un sistema de protección

<sup>89</sup> Lo que resulta confirmado por los datos estadísticos de la Autoridad de Supervisión de Seguros y Pensiones, entidad que en Portugal supervisa los regímenes complementarios de seguridad social de iniciativa individual y colectiva, según los cuales, no se hace ninguna referencia a la existencia de un verdadero seguro de dependencia, resultando que dentro del mercado del seguro de vida (en especial, de supervivencia, que es el que podrá permitir recibir una renta al mayor que sobrevive a la fecha del término del seguro, y que por eso más se asemeja a aquel seguro), se constata la existencia de sólo 308 pólizas y 314 personas aseguradas, en el año 2015, según estadísticas disponibles en [http://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas\\_anuais/historico/ES2015/C4.pdf](http://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas_anuais/historico/ES2015/C4.pdf), lo que demuestra su pequeña relevancia y adhesión. Por lo demás, no pueden cubrir este vacío las Instituciones Particulares de Solidaridad social y otras sin ánimo de lucro, que se orientan a la actividad de solidaridad social, las cuales cuentan con una previsión expresa en el artículo 63, núm. 5, de la Constitución, así como en los artículos 31 y 32 de la Ley de Bases de Seguridad Social, en cuanto que entidades que se encargan del subsistema de acción social, juntamente con el Estado y las Entidades Locales.

<sup>90</sup> Cfr. artículo 26, apartado 2, letra d); artículo 29, apartado 1; y artículo 46, letra c).

<sup>91</sup> Resolución del Consejo de Ministros núm. 63/2015, de 25 de agosto, disponible en [www.dre.pt](http://www.dre.pt). Se trata de un acto administrativo aprobado por el Consejo de Ministros, en el ejercicio de las competencias administrativas y de definición de las líneas generales de las políticas gubernamentales.

<sup>92</sup> Véanse parágrafos primero a octavo del preámbulo, así como «Parte I – Encuadramiento», punto 1 de la Resolución, en especial, por la gravedad de la omisión legislativa puesta de relieve en materia de protección por la seguridad social de los riesgos de envejecimiento y dependencia, importa citar el siguiente reconocimiento hecho por el Gobierno: «El marco de los derechos fundamentales de los mayores constituye, de este modo, un lastre para la futura concreción y desarrollo de todos los aspectos en que se desdobra la protección de los mayores, especialmente, en las áreas de la salud y de la seguridad social».

<sup>93</sup> En realidad, son seis Medidas, porque la Medida dos se subdivide en tres Medidas, 2.1, 2.2 y 2.3.

<sup>94</sup> Las demás «Medidas», éstas más concretas, aunque todavía no llevadas a cabo hasta hoy, son «Medida 2.1 – Modificar el Código Civil, en sede de régimen de incapacidades y su supresión; Objetivo: reforzar la autonomía y la dignidad de las personas con capacidad disminuída»; «Medida 2.2. – Adecuar el Código Civil al nuevo régimen de las incapacidades y su supresión»; «Medida 2.3. (...) objetivo: adecuar la legislación afectada al nuevo régimen de las incapacidades y su supresión»; «Medida 3 – Reforzar la protección de los derechos de los mayores, en materia de Derecho sucesorio»; y «Medida 4 – Reforzar la protección de los derechos de los mayores, a través de la tutela penal».

social de los mayores, creación de sistemas de control de calidad de equipos, instalaciones y de los profesionales, los cuales son todos ellos temas regulados en legislaciones extranjeras, y especialmente, el régimen de los cuidadores profesionales de dependientes. En relación con esto último, baste indicar que sigue todavía vigente en Portugal el Decreto-ley núm. 235/92, de 24 de octubre, relativo al servicio doméstico, según el cual quedan comprendidas en su ámbito de aplicación las «actividades destinadas a la satisfacción de las necesidades propias o específicas de una unidad familiar, o equiparado, y de los miembros respectivos, principalmente ... vigilancia y asistencia de los niños, personas mayores y enfermos»<sup>95</sup>, con una reglamentación nada adaptada a la figura de un cuidador profesional.

## 5. EL CUMPLIMIENTO POR PORTUGAL DEL ARTÍCULO 23 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

13. La norma esencial de la Carta Social Europea<sup>96</sup>, sobre la protección de los mayores y de la dependencia, es el artículo 23, bajo el rótulo «Derecho de las personas mayores a una protección social», que constituye la primera previsión en un tratado internacional de los derechos de los mayores<sup>97</sup>. Esta norma comienza con una afirmación

<sup>95</sup> Cfr. artículo 2, apartado 1, letra d).

<sup>96</sup> Nos referimos aquí a la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, suscrita por Portugal en esa fecha, aprobada para ratificación por Resolución de la Asamblea de la República núm. 64-A/2011, de 17 de octubre (en la cual consta la versión original en lengua francesa y la traducción oficial al portugués), ratificada por Portugal por Decreto del Presidente de la República (PR) núm. 54-A/2001, de 17 de octubre, recibida en el ordenamiento jurídico nacional por el artículo 8 de la Constitución. Nótese que Portugal ratificó igualmente la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por Decreto del Presidente de la República núm. 38/91, de 6 de agosto, así como el Protocolo de Modificaciones a la Carta Social Europea de 21 de octubre de 1991, ratificado por el Decreto del Presidente de la República núm. 61/92, de 30 de diciembre, y el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, de 9 de noviembre de 1995, ratificado por el Decreto del Presidente de la República núm. 72/97, de 6 de diciembre, todos disponibles en [www.dre.pt](http://www.dre.pt), no habiendo suscrito, ni ratificado, el Protocolo Adicional de 1988. Sobre la Carta Social Europea, desde la perspectiva de su cumplimiento en materia de salarios, véase el interesante estudio de L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 15 y ss., que se refiere a las diversas versiones y protocolos de la Carta, subrayando que este Tratado constituye la declaración de derechos sociales más completa, en el ámbito europeo. Véase también X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Argumentos de derecho internacional justificadores de que la legislación española tenga que adaptarse al envejecimiento de la población para proteger a las personas mayores con un sistema de atención (o de cuidados) a largo plazo», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa.

<sup>97</sup> Esta norma, que consta en el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada, se correspondía con el artículo 4 del Protocolo Adicional de 1988. En su redacción oficial en inglés, el artículo 23 tiene el siguiente tenor: «*The right of elderly persons to social protection. With a view to ensuring the effective exercise of the right of elderly persons to social protection, the Parties undertake to adopt or encourage, either directly or in co-operation with public or private organisations, appropriate measures designed in particular:*

*–to enable elderly persons to remain full members of society for as long as possible, by means of: a) adequate resources enabling them to lead a decent life and play an active part in public, social and cultural life; b) provision of information about services and facilities available for elderly persons and their opportunities to make use of them;*

*–to enable elderly persons to choose their life-style freely and to lead independent lives in their familiar surroundings for as long as they wish and are able, by means of: a) provision of housing suited to their needs and their state of health or of adequate support for adapting their housing; b) the health care and the services necessitated by their state;*

*–to guarantee elderly persons living in institutions appropriate support, while respecting their privacy, and participation in decisions concerning living conditions in the institution».* La lectura de esta norma –a los efectos específicos de este artículo– debe conjugarse con el artículo 15 de la misma Carta, bajo el rótulo

(...)

introdutoria, de compromiso de los Estados, con el siguiente tenor: «Con vistas a asegurar el ejercicio efectivo del derecho de las personas mayores a una protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover ..., medidas apropiadas que se dirijan, señaladamente», indicando, inmediatamente a continuación, un conjunto de objetivos a alcanzar por los Estados. Esta afirmación introductoria se concreta en tres objetivos, a saber: 1) «permitir a las personas mayores permanecer el mayor período de tiempo posible como miembros de pleno derecho de la sociedad»<sup>98</sup>, objetivo éste que se desarrolla, a su vez, en dos compromisos (esto es, de un lado, «la atribución de recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decente y participar activamente en la vida pública, social y cultural»<sup>99</sup>; de otro lado, «la difusión de las informaciones relativas a los servicios e instalaciones al alcance de las personas mayores y la posibilidad de estas a recurrir a ellos»<sup>100</sup>); 2) «permitir a las personas mayores escoger libremente su modo de vida y llevar una existencia independiente en su ambiente habitual, si lo desean y fuese posible», concretándose también este objetivo en dos compromisos (a saber, de un lado, «la disponibilidad de viviendas apropiadas a sus necesidades y estado de salud o de ayudas adecuadas en relación con la

---

«Derecho de las personas con deficiencia a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad», el cual consagra tal derecho, «independientemente de su edad, de la naturaleza y del origen de la deficiencia», fijando como compromiso de los Estados –aquí sólo nos interesa el tercero de estos compromisos, pues los dos primeros se refieren, esencialmente, a las personas con deficiencia también en la vida activa– «a favorecer su plena integración y participación en la vida social, señaladamente a través de medidas, incluidos los apoyos técnicos, que se orienten a superar los obstáculos a la comunicación y a la movilidad y permitirles el acceso a los transportes, a la vivienda, a las actividades culturales y al tiempo libre». Tanto el artículo 15 como el artículo 23 de la Carta Social Europea constituyen el desarrollo de dos principios reconocidos en la Parte I de dicho Tratado internacional, según el cual «Las Partes reconocen como objetivo de una política que perseguirán con todos los medios útiles, en los planos nacional e internacional, la realización de condiciones específicas para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y principios siguientes: ... 15) todas las personas con deficiencia tienen derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad; ... 23) toda persona mayor tiene derecho a la protección social [The Parties accept as the aim of their policy, to be pursued by all appropriate means both national and international in character, the attainment of conditions in which the following rights and principles may be effectively realized: ... 15) Disabled persons have the right to independence, social integration and participation in the life of the community; ... 23) Every elderly person has the right to social protection]».

<sup>98</sup> Nótese que la propia Carta Social Europea, en su anexo, nos ofrece como elemento interpretativo auténtico de este objetivo que consta en el párrafo primero del artículo 23, en lo que dice respecto a la expresión «por el mayor período de tiempo posible», que se refiere a las capacidades físicas, psicológicas e intelectuales de la persona mayor. De la misma forma, es extremadamente importante el documento denominado «Digest of case law of the European Committee of social Rights», de 1 de septiembre de 2008, que contiene la interpretación hecha por el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>, según el cual la expresión «miembros de pleno derecho» significa «que las personas mayores no deben padecer ostracismo basado en su edad [*“full members” means that elderly persons must suffer no ostracismo on account of their age*]», anotando el artículo 23 de la Carta.

<sup>99</sup> Letra a). Según el Digesto, el «foco principal en el derecho a recursos suficientes está en las pensiones [*the primary focus of the right to adequate resources is on pensions*]» (anotación al artículo 23).

<sup>100</sup> Letra b). De conformidad con el Digesto, el Comité examina no sólo la «difusión de información relativa a los servicios e instalaciones, sino también a los propios servicios e instalaciones [*provision of information about these services and facilities but also these services and facilities themselves*]», teniendo en cuenta que «en especial, se solicita información sobre la existencia, extensión y costes de los servicios de apoyo domiciliario, servicios comunitarios, apoyo especializado para personas con demencia y enfermedades relacionadas, y servicios de información, formación y apoyo de descanso para familiares cuidadores de personas mayores, en especial, personas altamente dependientes [*in particular, information is required on the existence, extent and cost of home help services, community based services, specialized day care provision for persons with dementia and related illnesses and services such as information, training and respite care for families caring for elderly persons, in particular, highly dependent persons*]».

adaptación de la vivienda»<sup>101</sup>; y de otro lado, «a los cuidados de salud y los servicios que exija su estado»<sup>102</sup>; y 3) «garantizar a las personas mayores que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en la determinación de las condiciones de vida de la institución»<sup>103</sup>.

14. El procedimiento de control del cumplimiento (o incumplimiento) de la Carta Social Europea, como se sabe, es doble<sup>104</sup>. Por un lado, se lleva a cabo por el «procedimiento de examen de informes [*procedure for examination of reports*]»<sup>105</sup> –que constituye el procedimiento tradicional del control del cumplimiento– y, por otro lado, el efectuado a través del «sistema de quejas colectivas [*system of collective complaints*]»<sup>106</sup>. El procedimiento de examen de informes previsto en los artículos 21 a 30 de la Carta Social Europea<sup>107</sup> aparece mejor regulado en las «Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales [*European Committee of Social Rights Rules*]» de 29 de marzo de 2004<sup>108</sup>, y establece –en lo que aquí nos interesa– que cada disposición de la Carta Social Europea es objeto de examen una vez cada cuatro años, tomando como base los Informes de los Estados sobre las normas de la Carta, que aparecen divididas en cuatro grupos temáticos, teniendo a la vista la «adopción de conclusiones [*adoption of conclusions*]» del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>109</sup>. Nótese que el grupo que más nos interesa es el Grupo 2, con el rótulo «Salud, seguridad social y protección social», que comprende el artículo 23 de la Carta arriba referido<sup>110</sup>. Frente a él, el procedimiento de control por la vía de quejas colectivas, regulado inicialmente por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 9 de noviembre de

<sup>101</sup> Letra a). De conformidad con el Digesto, «el derecho y políticas de vivienda deben tomar en consideración las necesidades especiales de este grupo [*housing law and policy must take account of the special needs of this group*]», teniendo en cuenta que «las políticas deben ayudar a las personas mayores a permanecer en sus viviendas mientras sea posible a través de la previsión de protección/apoyos y ayudas para la adaptación de las viviendas [*policies should help elderly persons to remain in their own homes for as long as possible through the provision of sheltered/supported housing and assistance for the adaptation of homes*]».

<sup>102</sup> Letra b). Según el Digesto, «los programas y servicios de cuidados de la salud específicamente dirigidos a los mayores deben existir conjuntamente con directrices sobre cuidados de la salud para personas mayores [*health care programmes and services specifically aimed at the elderly must exist together with guidelines on healthcare for elderly persons*]».

<sup>103</sup> En fin, en cuanto a este último objetivo, como se afirma en el Digesto, el Comité comprueba que «debe existir una oferta suficiente de instalaciones institucionales para personas mayores (públicas y privadas)... Todas las instituciones deben estar autorizadas, sujetas a un régimen de declaración, a inspección o a cualquier otro mecanismo que asegure, en especial, que la calidad de los cuidados prestados es la adecuada [*there should be a sufficient supply of institutional facilities for elderly persons (public or private)... All institutions should be licensed, subject to a declaration regime, to a inspection or to any mechanism which ensures, in particular, that the quality of care delivered is adequate*]».

<sup>104</sup> Cfr. artículos C y D de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>105</sup> Sobre este procedimiento de cumplimiento, véase L. TEIXEIRA ALVES, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de saláridos. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano, cit., pp. 69 y ss.

<sup>106</sup> También, L. TEIXEIRA ALVES, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de saláridos. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano, cit., pp. 115 y ss.

<sup>107</sup> En la versión originaria de la Carta, según las modificaciones que constan en el Protocolo de Modificaciones de 1991, acogidas por el artículo C de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>108</sup> Reglas que pueden consultarse, en su redacción actual, en <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/rules>.

<sup>109</sup> Cfr. artículos 19 a 23 de las Reglas.

<sup>110</sup> Con base en el Calendario del Sistema de Informes [*Calendar of the Reporting System*], fijado por Decisión del Comité de Ministros de 2006, disponible en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7f05](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7f05).

1995<sup>111</sup>, y regulado por las mismas Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>112</sup>, otorgó legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales, asociaciones sindicales y empresariales representativas de intereses colectivos encuadradas en la Carta<sup>113</sup>, las cuales podrán someter a la apreciación del Comité Europeo de Derechos Sociales reclamaciones alegando una aplicación no satisfactoria de la Carta, para obtener una «Resolución del Comité de Ministros [*Resolution of the Committee of Ministers*]», que en el caso de que concluya que hay un incumplimiento de la Carta (aplicación no satisfactoria), puede conducir a la adopción de una «Recomendación dirigida a la Parte Contratante [*Recommendation addressed to the Contracting Party*]»<sup>114</sup>, debiendo notarse que no existe doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales relativa al artículo 23 de la Carta Social Europea, por esta vía.

15. Partiendo de que el artículo 23 de la Carta Social Europea se refiere al derecho a la protección social de las personas mayores, las últimas «conclusiones» del Comité Europeo de Derechos Sociales relativas al cumplimiento por Portugal de este artículo, se hicieron públicas el 6 de diciembre de 2013<sup>115</sup>. En las conclusiones de 2013, tras analizarse el Informe de Portugal sobre siete medidas de la política social para los mayores<sup>116</sup>, se afirma, de manera directa, que la situación en Portugal es de no conformidad con el artículo 23 de la Carta<sup>117</sup>. Esta conclusión, reiterando la conclusión de 2009, se basa en que en Portugal –en lo que concierne al sistema legislativo [*legislative framework*]– no existía legislación

<sup>111</sup> Recogido por el artículo D de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>112</sup> Cfr. artículos 23 a 38 de las Reglas.

<sup>113</sup> De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Adicional, se reconoció el «derecho de presentar reclamaciones alegando una aplicación no satisfactoria de la Carta a las siguientes organizaciones: a) Organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que alude el párrafo 2 del artículo 27 de la Carta; b) Otras organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas del estatuto consultivo ante el Consejo de Europa e inscritas en la lista elaborada a este efecto por el Comité gubernamental; c) Organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sujetas a la jurisdicción de la Parte Contratante puesta en causa por la reclamación. En la versión oficial en inglés, «*The Contracting Parties to this Protocol recognise the right of the following organisations to submit complaints alleging unsatisfactory application of the Charter: a) international organisations of employers and trade unions referred to in paragraph 2 of Article 27 of the Charter; b) other international non-governmental organisations which have consultative status with the Council of Europe and have been put on a list established for this purpose by the Governmental Committee; c) representative national organisations of employers and trade unions within the jurisdiction of the Contracting Party against which they have lodged a complaint*».

<sup>114</sup> Cfr. artículos 8 y 9 del Protocolo Adicional. Téngase en cuenta, desde luego, que en lo que se refiere a las «decisiones» del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas al procedimiento de control a partir de quejas colectivas, no existen decisiones de tal órgano sobre la aplicación de los artículos 15 y 23 de la Carta Social Europea.

<sup>115</sup> Refiriéndose al período de 1 de enero 2008 a 31 de diciembre de 2011. Las conclusiones anteriores sobre este mismo artículo se publicaron el 2 de enero de 2010 y se referían al período de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2007. Todas pueden consultarse, en sus versiones oficiales en francés e inglés, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCArticle":\["23-00-000"\],"ESCStateParty":\["PRT"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{).

<sup>116</sup> Las Conclusiones sobre el artículo 23 constituyen un documento dividido en siete subtítulos, casi todos directamente relacionados con las medidas de política nacional que deben adoptarse por los Estados, de acuerdo con el tenor de dicho artículo de la Carta, señaladamente «sistema legislativo [*legislative framework*]», «recursos suficientes [*adequate resources*]», «prevención del abuso sobre mayores [*prevention of elder abuse*]», «servicios e instalaciones [*services and facilities*]», «vivienda [*housing*]», «cuidados de la salud [*health care*]» y «cuidados institucionalizados [*institutional care*]».

<sup>117</sup> Literalmente, «el Comité concluye que la situación en Portugal es de no conformidad con el artículo 23 de la Carta ... [*the Committee concludes that the situation in Portugal is not in conformity with Article 23 of the Charter ...*]» (Conclusiones 2013).

anti-discriminación que protegiese a las personas mayores, fuera del área del empleo<sup>118</sup> –lo que es cierto, incluso en el plano constitucional, pues la Constitución portuguesa, al establecer el principio de igualdad, omite la referencia a la «edad» como uno de los factores discriminatorios<sup>119</sup>, lo que, según el Tribunal Constitucional portugués, no es grave<sup>120</sup>, aunque no deja de resultar significativo, sobre todo teniendo en cuenta que el precepto constitucional anti-discriminatorio fue reformado en 2004, al efecto de incluir expresamente entre las causas prohibidas la «orientación sexual»<sup>121</sup>; por lo demás, la Constitución portuguesa menciona, a propósito de la seguridad social, la «vejez», pero no la «dependencia»<sup>122</sup>–, recordando que dicha norma exige que las Partes Contratantes combatan la discriminación en función de la edad, en áreas distintas del empleo, señaladamente en el acceso a bienes, instalaciones y servicios<sup>123</sup>. Bajo la temática de las «instalaciones y servicios [*services and facilities*]», el Comité insistió en la petición de información acerca de cómo se controla la calidad de los servicios y qué canales existen para que las personas mayores reclamen a los servicios (supuesto que el contencioso portugués de seguridad social es, como regla general, contencioso administrativo<sup>124</sup>, y supuesta la existencia de una Inspección portuguesa específica en material de seguridad social<sup>125</sup>, quizá esta directriz del Comité apunte a la creación de un defensor u *Ombudsman*), solicitando, igualmente, información sobre instalaciones y servicios (como medidas de reposo) para familiares que cuiden de sus mayores (esto es, los cuidadores), en especial, de aquellos altamente dependientes. A pesar de que alguna de estas peticiones de información y conclusiones son reiteración de las conclusiones de 2009, permanecemos adormecidos en la resolución social de esta contingencia.

<sup>118</sup> Literalmente, «... con base en que no existe legislación anti-discriminatoria que proteja a las personas mayores frente a la discriminación por causa de edad, fuera de la esfera del empleo [... *on the grounds that no anti discrimination legislation exists protecting elderly persons against discrimination on grounds of age outsider the employment sphere*]» (Conclusiones 2013).

<sup>119</sup> Cfr. artículo 13 de la Constitución de la República Portuguesa, que establece que «nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o exento de algún deber por razón de origen, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica, condición social u orientación sexual».

<sup>120</sup> Dado que, según jurisprudencia constante y reiteradísima de dicho Tribunal, la relación de causas discriminatorias mencionadas por la Constitución no tiene carácter exhaustivo; por cierto, al igual que sucede en España. Respecto de esto último, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2013), pp. 2 y ss.

<sup>121</sup> Cfr. Ley Constitucional núm. 1/2004, de 24 de julio.

<sup>122</sup> Cfr. artículo 63, núms. 1 y 3; y artículo 72, núm. 1.

<sup>123</sup> En realidad, esta Conclusión del Comité se deriva de la constatación de que Portugal no respondió a lo preguntado en las Conclusiones de 2009, relativas al período de 01/01/2005 a 31/12/2007, sobre la existencia de legislación anti-discriminatoria, lo que determinó la reiteración de la conclusión en 2013, lo que todavía hoy es un asunto no resuelto.

<sup>124</sup> Véase M. SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), pág. 137.

<sup>125</sup> Véase Ley 107/2009, de 14 de septiembre, aprobando el régimen procedimental aplicable a las infracciones administrativas laborales y de seguridad social [más en concreto, su artículo 2, apartado 1, letra b)].



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



**-Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (DOUE L 113, 29-4-17)**

Entre otras consideraciones, esta Recomendación parte de los siguientes presupuestos: Por una parte, el Parlamento Europeo hizo un llamamiento en favor de un pilar europeo de derechos sociales sólido a fin de reforzar los derechos sociales, ejercer un efecto positivo en la vida de las personas a corto y medio plazo y apoyar la construcción europea en el siglo XXI, propuesta a partir de la cual los dirigentes de 27 Estados miembros y del Consejo Europeo, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea se comprometieron en el Programa de Roma a trabajar en pro de una Europa social. Este compromiso se basa en los principios del crecimiento sostenible y la promoción del progreso económico y social, así como la cohesión y la convergencia, a la vez que se preserva la integridad del mercado interior.

El objetivo del pilar europeo de derechos sociales es servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales (Considerando 12). Este pilar europeo de derechos sociales expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI; reafirma algunos de los derechos del acervo de la Unión y añade nuevos principios que abordan los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales (Considerando 14).

En la Recomendación se establece que el pilar europeo de derechos sociales no debe impedir que los Estados miembros o sus interlocutores sociales establezcan normas sociales más ambiciosas, ni, en particular, ninguna de las disposiciones del pilar europeo de derechos sociales debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión o por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (Considerando 16).

Asimismo, se deja claro que, a nivel de la Unión, el pilar europeo de derechos sociales no implica una ampliación de las competencias de la Unión definidas por los Tratados y que deba aplicarse de conformidad con el principio de subsidiariedad (Considerando 18). A nivel de los Estados miembros, el establecimiento del pilar no afecta al derecho de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y no debe afectar al equilibrio financiero de este (Considerando 19).

Por último, se recalca el papel fundamental que debe desempeñar el diálogo social en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo (Considerando 20).

El contenido de esta Recomendación sobre el pilar europeo de derechos sociales es el siguiente:

1. El Capítulo I se refiere a la “Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo” y se articula sobre 4 aspectos: 1- Educación, formación y aprendizaje permanente. 2- Igualdad de género. 3- Igualdad de oportunidades. 4- Apoyo activo para el empleo.

2. El Capítulo II recoge “Condiciones de trabajo justas”, entre las cuales se reconocen:

-Empleo seguro y adaptable.

-Derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno, garantizando un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Deberá evitarse la pobreza de los ocupados.

-Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales.

-Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido.

-Diálogo social y participación de los trabajadores.

-Equilibrio entre vida profesional y vida privada.

-Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos.

3. En el Capítulo III se reconocen derechos y principios de “Protección e inclusión social”; entre otros:

-Asistencia y apoyo a los niños.

-Protección social adecuada de los trabajadores por cuenta ajena, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia.

-Prestaciones por desempleo: Los desempleados tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo.

-Renta mínima adecuada para toda persona que carezca de recursos suficientes, que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral.

-Pensiones y prestaciones de vejez: Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada, debiendo garantizarse las mismas oportunidades para adquirir

derechos de pensión a mujeres y hombres. Toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna.

-Sanidad: Toda persona tiene derecho a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad.

-Inclusión de las personas con discapacidad.

-Cuidados de larga duración.

-Vivienda y asistencia para las personas sin hogar.

-Acceso a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios.

**-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe de 2016 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [COM 239, 18-5-17]**

En esta Comunicación, la Comisión Europea reitera su compromiso, frente a las amenazas para los derechos fundamentales que en los últimos años se han producido fuera y dentro de la UE, para aplicar un alto nivel de protección de los derechos humanos en la UE y para intensificar su actuación dirigida a garantizar que todas las propuestas y acciones legislativas de la UE son plenamente compatibles con la Carta. Asimismo, resalta su intención de garantizar que todos los organismos obligados a cumplir la Carta la sigan respetando, y destaca, dentro del sistema de contrapoderes institucionales en las sociedades democráticas, en particular, el papel fundamental de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en la defensa de los valores comunes de la UE; función que debe apoyarse, respetando plenamente la independencia del poder judicial.

Por otro lado, la Comisión Europea informa sobre las iniciativas emprendidas en 2016 por la UE para dar contenido a los derechos de la Carta en beneficio de las personas de la UE: entre otras, consulta pública para el desarrollo de un «pilar europeo de derechos sociales» para garantizar el respeto del derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31 de la Carta); medidas para promover el derecho a la vida familiar (artículo 7 de la Carta); adopción de un conjunto de directivas que concretan el “derecho a un juicio justo” (artículos 47 y 48 de la Carta); adopción de normas relativas a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 de la Carta); la nueva Directiva sobre la lucha contra el terrorismo, que incluye una cláusula explícita sobre derechos fundamentales; el asistente de derechos fundamentales (fundamental rights wizard en inglés) puesto en marcha por la Comisión como herramienta importante en este ámbito. La Comisión reconoce que sigue siendo una prioridad la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se destaca también el papel del TJUE (dentro del sistema de remisiones de cuestiones prejudiciales) orientando a los jueces nacionales sobre la aplicabilidad e interpretación de la Carta; y asimismo el papel fundamental que siguen desempeñando los jueces nacionales en la defensa de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho.

**-Resolución de 7 de abril de 2017, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se aprueba el modelo de solicitud de prestaciones, establecidas en el art. 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 21 de abril de 2017)**

El art. 22.4 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial establece que cuando el procedimiento se inicie a instancia de los interesados la solicitud de prestaciones deberá formalizarse en el modelo aprobado por la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial y publicado en el BOE. Hasta ahora se trataba del modelo aprobado por Resolución de 3 de abril de 2008.

Posteriormente se aprobó el formulario normalizado de solicitud de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial para su presentación electrónica por Orden TIN/2942/2008, de 7 de octubre.

Con esta Resolución de 7 de abril de 2017 se trata de unificar dicha solicitud en un solo modelo, que no dependa de la forma de solicitud, electrónica o no electrónica. Además, se trata también de incluir los requerimientos contenidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

**-RD 396/2017, de 21 de abril, por el que se modifica el RD 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social (BOE 22 de abril de 2017)**

Esta norma es consecuencia de diversas reformas legislativas llevadas a cabo por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno; el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por RDLeg. 3/2011; y la Ley 59/2003, de firma electrónica.

A través de este Real Decreto se establecen las condiciones que han de reunir los documentos electrónicos a efectos del ejercicio de la función interventora; se prevén los efectos que la incorporación de estos documentos producirán sobre el momento y plazo para el ejercicio de esta función; se regula el sistema de información y comunicación a través de la cual se deberá poner el expediente a disposición de la Intervención para su fiscalización o intervención previa; y se regula la fiscalización de las órdenes de pago a justificar y la intervención de las cuentas justificativas.

Todas las modificaciones siguen la senda marcada por el RD 109/2015, de 20 de febrero, que modifica el RD 2188/1995 por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

**-RD Ley 7/2017, de 28 de abril, por el que se prorroga y modifica el Programa de Activación para el Empleo (BOE de 29 de abril de 2017). Resolución de 11 de mayo por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación de este RD Ley (BOE 19 de mayo de 2017).**

Ante la finalización del plazo para acceder al Programa de Activación para el empleo el 15 de abril de 2017, el Gobierno y los interlocutores sociales han procedido a evaluar el

vigente programa y a debatir propuestas de mejora, acordando la necesidad de mantener el Programa un año más.

A través de este RD Ley se procede a ampliar un año más la duración de esta medida, introduciendo en el Programa una serie de modificaciones con el objetivo de ampliar el colectivo de personas que pueden beneficiarse de este Programa y de agilizar y facilitar el acceso al Programa de los posibles beneficiarios. El fin último de este Programa, como declara la Exposición de Motivos, es la mejora de la empleabilidad de las personas desempleadas y simultáneamente la cobertura de la situación de necesidad provocada por la insuficiencia de recursos económicos.

-Se permite el acceso al Programa a cualquier desempleado que haya agotado cualquier prestación por desempleo, tanto una prestación contributiva como un subsidio por desempleo, y no únicamente tras haber agotado el Programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación por desempleo, el Programa temporal de protección e inserción, o una Renta Activa de Inserción (como se establecía en la anterior regulación).

-Se reduce el plazo de espera para solicitarlo desde que se haya agotado cualquier prestación por desempleo, pasando de 6 meses a 1 mes.

-Se reduce el plazo de inscripción como demandante de empleo, que pasa de 360 días a 270 días dentro de los 18 meses anteriores a la solicitud.

-Estas modificaciones se aplican también a los desempleados que cumplan los nuevos requisitos y que, no habiendo estado inscritos a la fecha de entrada en vigor de esta norma, lo hubieran estado el 1 de diciembre de 2014 ó el 1 de abril de 2016, dando cabida de esta manera a potenciales beneficiarios a los que la regulación inicial no permitió el acceso.

**-RD Ley 8/2017, e 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la STJUE de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (BOE 13 de mayo de 2017). Resolución de 18 de mayo de 2017, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD Ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 19 de mayo de 2017)**

Ya se dio cuenta en esta Sección de la aprobación del anterior RDL4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores portuarios, que sin embargo no fue posteriormente convalidado por el Congreso de los Diputados. Tras un nuevo e infructuoso proceso de negociación y tras el proceso de mediación que dio lugar a la “Propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías”, emitido por D. Marcos Peña, en su condición de Mediación, que se adjunta como Anexo I, se aprueba esta norma, que ha sido posteriormente convalidada por el Congreso de los Diputados. La Disposic. Final 3ª, remite realmente el régimen jurídico de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías a un posterior desarrollo reglamentario por el Gobierno, mediante real decreto, que recoja la propuesta de mediación de fecha 30 de marzo de 2017, por la que se pone fin a la mediación tripartita entre las organizaciones sindicales, la asociación empresarial y el Gobierno.

La norma consagra el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, estableciendo un período transitorio de 3 años que permita un tránsito ordenado, con el objetivo de facilitar que los trabajadores de las SAGEP conserven sus derechos laborales preexistentes en este nuevo escenario de libertad competitiva. Para ello, la norma asegura el respaldo financiero de la Administración portuaria a las operaciones que se lleven a cabo para la nueva configuración de este sector.

El RDL asegura el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, de modo que los operadores no estén obligados a participar en ninguna empresa de puesta a disposición de trabajadores portuarios, pudiendo contratar con plena libertad, siempre que se cumplan los requisitos orientados a asegurar su capacitación profesional previstos en el art. 3 del RDL.

Se contempla, además, la creación de los centros portuarios de empleo (CPE) en el art. 4 del RDL, cuyo objeto será 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 portuarios. Estos centros operarán como empresas de trabajo temporal específicas para el sector, requiriendo la autorización de la Administración laboral exigida para las ETT según la normativa vigente.

Las empresas estibadoras no tendrán obligación de participar en los centros que se creen, ni tampoco la obligación de contratar a los trabajadores puestos a disposición por ellos de forma prioritaria.

La Disp. Adic. 1ª establece un plazo máximo de 1 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 aquéllas. Además, como la modificación de la normativa convencional aplicable puede suponer una alteración sustancial de las condiciones 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.

En este RDL las previsiones de derecho transitorio cobran una especial relevancia. Se establece (Disp. Transit. 1ª) un período transitorio durante 3 años durante el cual podrán subsistir las SAGEP y los trabajadores que tengan con ellas un contrato vigente conservarán su régimen jurídico. En el plazo máximo de los primeros 6 meses de dicho período los accionistas de las SAGEP deberán decidir individualmente si desean continuar o separarse de las mismas, en cuyo caso sus acciones serán adquiridas por los accionistas que permanezcan o serán amortizadas con la consiguiente reducción de capital; si ningún accionista quisiera permanecer en la SAGEP se disolverá.

La Administración portuaria asumirá obligatoriamente los pasivos laborales generados con anterioridad al 11 de diciembre de 2014, fecha de la STJUE, puesto que se han generado de un sistema legal obligatorio, y con el propósito de igualar la situación competitiva de los operadores privados ya establecidos con los que se incorporen *ex novo* a

la prestación de este servicio. A tal efecto, la extinción, a partir de la entrada en vigor de este RDL, de los contratos laborales de trabajadores portuarios –excepto los que alcancen la edad de jubilación durante los tres años subsiguientes a la extinción– vigentes en esa fecha con la SAGEP, o de los suscritos en régimen laboral común por las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías con trabajadores procedentes de las SAGEP por imperativo legal con anterioridad a dicha fecha, por cualquiera de las causas previstas en los arts. 51 y 52 ET, dará derecho a una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para la extinción del derecho por causas objetivas, que será asumida como obligación *ex lege* por la Autoridad Portuaria competente en el ámbito geográfico de la SAGEP de que se trate.

Por otro lado, la Disp. Transit. 2ª, partiendo de la evidencia de que las SAGEP que subsistan necesitarán mantener un cierto grado de actividad para financiarse durante el período transitorio, establece 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 las SAGEP en un porcentaje que irá decreciendo con el tiempo, comenzando con un 75 %, para las actividades que hasta este momento se venían realizando con dicho personal.

La Propuesta de Mediación que se recogerá por el Gobierno en un futuro real decreto se centra en 3 grandes bloques: A) Continuidad en el empleo; B) Mejoras organizativas; y C) Ayudas a los trabajadores portuarios.

En el primer aspecto, la Propuesta de Mediación reconoce que la nueva normativa configurará una situación de continuidad en la actividad empresarial de puesta a disposición de trabajadores portuarios. A esta situación les serán de aplicación la normativa sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas. La reorganización de la actividad empresarial como consecuencia de la aplicación del STJUE es de magnitud suficiente para constituir causa organizativa a los distintos efectos previstos en el ET. Se prevé que, en consecuencia, la aplicación de las reglas del art. 44 ET en materia de transmisión de empresas, se podrá adaptar en función de la necesidad de adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores, correspondiendo a la negociación colectiva la ordenación de estas medidas, de tal modo que la formulación legal del principio de subrogación empresarial se complementará y articulará con fórmulas de subrogación convencional.

En cuanto a las Mejoras organizativas y productivas, se pone el acento en el ejercicio de las facultades directivas por parte de la empresa titular de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, tanto en su condición de empleador directo como en el caso en que la actividad se realice por medio de los Centros Portuarios de Empleo. El ejercicio de dicha facultad exige la negociación en cada puerto de las medidas de flexibilidad para mejorar la productividad. También como instrumento de mejora de la competitividad de los puertos afectados por el Convenio Colectivo estatal de ámbito sectorial, con carácter adicional a otras medidas, se acuerda la reducción del 10 % de las retribuciones de los trabajadores de los puertos afectados por el convenio colectivo estatal sectorial.

Por último, se recogen un conjunto de ayudas a los trabajadores portuarios previstas por el Gobierno y que se incorporan como parte de la Propuesta de Mediación. Se trata de

ayudas públicas a los trabajadores que voluntariamente rescindan su contrato, ya sea por razón de su edad o de los perjuicios que se deriven en su caso de la adaptación del Derecho interno a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**-Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE 27 de mayo de 2017)**

Se explica en la Exposición de Motivos la finalidad de esta norma, que no es otra que la rápida transposición a nuestro ordenamiento interno de varias directivas de la Unión Europea, dado el carácter prioritario que actualmente atribuye el Consejo Europeo a la transposición en plazo de las directivas. Este objetivo resulta aún hoy más prioritario dado que, desde el Tratado de Lisboa, para los incumplimientos de transposición en plazo, la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la imposición de importantes sanciones económicas de manera acelerada (art. 260.3 TFUE).

Ante la gravedad para nuestro país de las consecuencias de seguir acumulando

Retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas, se aprueba este Real Decreto-ley para proceder a su transposición, de forma que se puedan cerrar los procedimientos de infracción abiertos y con ello evitar la imposición de sanciones económicas a España.

-En el Título I se contienen las modificaciones normativas que trasponen directivas relacionadas con el sistema financiero: adaptación de nuestro ordenamiento al Reglamento (UE) N° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 e incorporación de la Directiva 2013/50/UE, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado; la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores; y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación a determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE, cuyo plazo de transposición venció el 26 de noviembre de 2015.

-El Título II contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

-Por su parte, el Título III contiene las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno directivas de la Unión Europea en el ámbito sanitario: la directiva (UE) 2015/565 de la Comisión, de 8 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 2006/86/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la codificación de células y tejidos humanos; y, por otro lado, de la Directiva 2015/566 de la Comisión, de 8 de abril de 2015, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE en lo que se refiere a los procedimientos

de verificación de la equivalencia de las normas de calidad y seguridad de las células y los tejidos importados.

-El Título IV contiene las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno una directiva de la Unión Europea sobre el desplazamiento de trabajadores: la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI), establece un marco común de disposiciones, medidas y mecanismos de control necesarios para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, incluyendo medidas para prevenir y sancionar cualquier abuso y elusión de las normas aplicables.

Si bien la regulación establecida en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, y otras disposiciones legales, anticipa ya en gran medida el contenido de la Directiva 2014/67/UE (a la que hay que añadir la aprobación del Criterio técnico núm. 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entre otras medidas), la trasposición de algunos aspectos de la citada Directiva requieren la aprobación de una norma con rango legal: Así, la trasposición del art. 9 de la Directiva sobre “Requisitos administrativos y medidas de control”; la tipificación como infracciones administrativas de los incumplimientos de estas nuevas obligaciones, que requiere la modificación del TRLISOS; y la trasposición del Capítulo VI de la Directiva sobre “Ejecución transfronteriza de las sanciones y multas administrativas”.

-Finalmente, mediante la Dispos. Final 1ª se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, para adecuarla a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores y, de esa forma, responder al Proyecto Piloto 8007/15/JUST abierto al Reino de España a consecuencia de una incorrecta transposición de la Directiva 2011/83/UE y evitar la imposición de posibles sanciones económicas.

### **-Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE 8 de junio de 2017)**

Como indica expresamente la Exposición de Motivos de esta Ley, estos Presupuestos Generales del Estado para 2017 “persisten en el objetivo de conseguir una mayor racionalización del proceso presupuestario a través de la confluencia de las mejoras introducidas a nivel de sistematización, en tanto que se procede a la ordenación económica y financiera del sector público estatal, así como a definir sus normas de contabilidad y control, y a nivel de eficacia y eficiencia”. El objetivo prioritario en última instancia es “seguir reduciendo el déficit público y cumplir los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea”.

La parte esencial de la Ley de Presupuestos se recoge en el título I, «De la aprobación de los Presupuestos y de sus modificaciones», y en su Capítulo I, «Créditos iniciales y financiación de los mismos», donde se aprueban la totalidad de los estados de ingresos y gastos del sector público estatal y se consigna el importe de los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado.

Centrándonos en las materias relativas a la gestión de personal y a la Seguridad Social, los aspectos más destacables son los siguientes:

1. Dentro del Título I, el capítulo III, «De la Seguridad Social», regula la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y de las aportaciones del Estado al Instituto de Mayores y Servicios Sociales y al Instituto Social de la Marina, así como aquellas que se destinen a la Seguridad Social para atender la financiación de los complementos por mínimos de pensiones (art. 12).

2. El título II de la Ley de Presupuestos, relativo a la «Gestión Presupuestaria», se estructura en tres capítulos. En el capítulo II relativo a la «Gestión presupuestaria de la Sanidad y de los Servicios Sociales», se recogen competencias específicas en materia de modificaciones presupuestarias en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se incluyen normas sobre la aplicación de remanentes de tesorería en el presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

3. El título III, se dedica a la regulación «De los gastos de personal».

-En el Capítulo I, relativo a los «Gastos del personal al servicio del sector público», tras definir lo que constituye «sector público» a estos efectos, se establece que, con carácter general, en el año 2017, las retribuciones de este personal no podrán experimentar un incremento global superior al 1 % respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2016.

Se mantiene que las Administraciones, entidades y sociedades del sector público no podrán realizar aportaciones a planes de empleo ni contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con las excepciones que se prevén: podrán realizar, siempre que no se produzca incremento de la masa salarial, contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación, o realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, siempre que los citados planes o contratos de seguro hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011.

Se determina que la masa salarial del personal laboral, que se incrementará en el porcentaje máximo del 1 %, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en el año anterior, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación (exceptuando, en todo caso, a las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social; las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador; las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos; y las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador. Los gastos de acción social, en términos globales, no podrán experimentar ningún incremento en 2017 respecto a los del año 2016.

La Disp. Adic. trigésimo primera establece las retribuciones de los cargos directivos y restante personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de sus centros mancomunados.

-Especialmente interesante en este Proyecto de Ley es la regulación de la provisión de necesidades de personal al servicio del sector público, que se contiene básicamente en el art. 19 de esta Ley y en algunas otras disposiciones:

Por una parte, el artículo 19 regula la Oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal, estableciendo los límites y requisitos para la incorporación de nuevo personal en el sector público.

En el apartado 2 se prevé una tasa de reposición del 100 % respecto de determinados ámbitos y sectores del sector público que se consideran prioritarios, como es el caso, entre otros, de las administraciones públicas con competencias educativas y sanitarias, o respecto del control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y en materia de Seguridad Social, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas, plazas de personal que presta asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales, de personal que realiza la gestión de prestaciones y políticas activas en materia de empleo, o personal de atención a los ciudadanos en los servicios públicos...

Respecto al personal no incluido en el apartado 2, el apartado 3 prevé una tasa de reposición del 50 %.

Sin embargo, no computarán dentro del límite de plazas derivado de la tasa de reposición las plazas convocadas para su provisión mediante procesos de promoción interna ni las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial.

Se acomete el proceso de estabilización de empleo temporal en el sector público, de tal forma que determinadas administraciones públicas y sectores, personal del Servicio Público de Empleo Estatal y de entidades autónomas equivalentes y escala de médicos-inspectores del Cuerpo de inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social del INSS, tendrán una tasa adicional para estabilización del empleo temporal hasta el 90 % de las plazas dotadas presupuestariamente que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2016. Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019.

La LPGE establece que la tasa de cobertura temporal en cada ámbito deberá quedar al final del período por debajo del 8 %.

Además, en los ejercicios de 2017 a 2019 las Administraciones Públicas tendrán una tasa adicional para estabilización de empleo siempre que estén dotadas presupuestariamente y que hayan venido siendo ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal desde fecha anterior a 1 de enero de 2005.

Se mantiene la prohibición de contratación de personal temporal, incluida la celebración de contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal, así como de nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto

en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables (previa autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública).

La contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público, se regirá por lo dispuesto en las Disp. Adicionales décima quinta, décima sexta y décima séptima respectivamente. En ellas se establece la prohibición de contratación de personal temporal excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en cuyo caso se podrá proceder a la contratación bajo la modalidad de obra o servicio, que no podrá ser superior a 3 años y sin que puedan encadenarse sucesivos contratos con la misma persona por un período superior a 3 años (salvo algunas excepciones).

Se incluye como novedad el establecimiento para las sociedades que gestionen servicios públicos o realicen actividades integradas en los sectores declarados prioritarios tendrán la misma tasa de reposición que corresponda al sector prioritario de que se trate, con independencia del resultado de su actividad. Las sociedades que gestionen servicios o realicen actividades en sectores no declarados prioritarios tendrán una tasa de reposición del 100 % si han obtenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios y del 60 % en caso contrario.

El número de puestos de personal directivo existentes en el ámbito del sector público estatal no podrá incrementarse respecto al año anterior, si bien se prevé que las sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales que presenten beneficios en dos de los últimos tres ejercicios y se encuentren en un proceso de expansión podrán incrementar el número de directivos previa autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Por otra parte, la Disp. Adicional vigésimo sexta recoge expresamente limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público: a partir de la entrada en vigor de esta Ley y con vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del art. 2 del EBEP no podrán considerar como empleados públicos de su art. 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas (conforme al art. 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

A todos ellos le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral; y, en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal de los

contratistas sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, dichas incorporaciones no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Al mismo tiempo se establece, en la Disp. Adicional trigésima cuarta, la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas (respecto a los titulares de los órganos competentes en materia de personal) por la utilización de la contratación laboral que deberá seguir las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral. Así mismo, los órganos de personal no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

4. El título IV de la LPGE, bajo la rúbrica «De las pensiones públicas», establece que las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas, se revalorizarán en 2017, con carácter general, un 0,25 por ciento. El capítulo II está dedicado a regular la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y especiales de guerra; y el capítulo III contiene las limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones públicas, instrumentando un sistema de doble limitación al fijar un máximo a la cuantía íntegra mensual y un máximo a la cuantía íntegra anual.

Por su parte, el capítulo IV regula la «Revalorización y modificación de los valores de las pensiones públicas», estableciendo que las pensiones contributivas abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como las de Clases Pasivas se revalorizarán en el año 2017 un 0,25 por ciento. Asimismo, se determinan las pensiones que no se revalorizan y la limitación del importe de la revalorización de las pensiones públicas.

Finalmente, el capítulo V recoge el sistema de complementos por mínimos; y el capítulo VI contiene, de una parte, la determinación inicial y revalorización de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social y, de otra, la fijación de la cuantía de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

5. En el Título VIII se regulan las «Cotizaciones Sociales», estableciendo la normativa relativa a las bases y tipos de cotización de los distintos regímenes de la Seguridad Social, procediendo a su actualización.

6. Dentro de las Disposiciones Adicionales, además de las ya mencionadas, se regulan los siguientes aspectos:

-Se regula la financiación de las actuaciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a través del oportuno convenio de colaboración para el control y seguimiento de la incapacidad temporal (Disp. Adic. Octava); se amplía el plazo para la cancelación de préstamos otorgados a la Seguridad Social (Disp. Adic. Sexta); se regula el pago de deudas con la Seguridad Social de instituciones sanitarias cuya titularidad ostenten las Administraciones Públicas o instituciones sin ánimo de lucro, que podrán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la ampliación de la carencia concedida en los términos que se establecen (Disp. Adic. Séptima); y se prevé que

el Estado conceda un préstamo a la TGSS al objeto de proporcionar cobertura adecuada a las obligaciones de la Seguridad Social y posibilitar el equilibrio presupuestario de la misma, cuya cancelación se producirá en un plazo máximo de diez años a partir de 2018 (Disp. Adic. Novena).

-Se establece que las retribuciones de los empleados públicos y demás representantes del sector público estatal en los consejos de administración de sociedades mercantiles privadas, dentro de los límites establecidos en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, no podrán superar las cuantías aprobadas por el Ministro de Hacienda y Función Pública por asistencia a los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales del grupo I (Disp. Adic. vigésima séptima). También se actualizan las retribuciones a los cargos directivos y demás personal de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de sus centros mancomunados (Disp. Adic. trigésima primera).

-En relación con las pensiones públicas y prestaciones asistenciales, se establecen las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (Disp. Adic. trigésima octava), de los subsidios económicos contemplados en el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre) y de las pensiones asistenciales (Disp. Adic. cuadragésima) y se fija la actualización de las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, a las personas de origen español desplazadas al extranjero durante la guerra civil (Disp. Adic. cuadragésima primera).

-Se aplaza la aplicación de la Disp. Adic. vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, relativa al cómputo, a efectos de Seguridad Social, del periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria mediante la regulación de un proyecto de ley que deberá presentar el Gobierno (Disp. Adic. trigésimo novena de la LPGE).

-Asimismo, en la Disp. Adic. cuadragésima tercera, se introducen normas relativas al incremento de las prestaciones por gran invalidez del Régimen especial de las Fuerzas Armadas y se fija la cuantía para el año 2017 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

-La Disp. Adic. nonagésima primera vuelve a suspender nuevamente durante 2017 la aplicación de los arts. 7.2; 8.2.a); 10 y 32.3, párrafo primero, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es decir, el nivel acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

-En cuanto a las normas relativas a las cotizaciones sociales, se determina el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2017, que se actualiza al uno por ciento (Disp. Adic. centésima primera). Por otro lado, se mantiene, en los mismos términos previstos en ejercicios anteriores, la bonificación del 50 por ciento en la cotización empresarial en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional (Disp. Adic. centésima octava).

-Por lo que respecta al Servicio Público de Empleo Estatal, se contemplan las reglas relativas a la gestión por parte de éste de los servicios y programas previstos en la letra h) del artículo 18 del TR de la Ley de Empleo de 2015. De otra parte, se prevé la aplicación de los fondos provenientes de la cuota de formación profesional a la financiación de la formación profesional para el empleo, en términos similares a los recogidos para el ejercicio 2016 (Disps. Adics. centésima novena y centésima décima).

-La Disp. Adic. centésima décima segunda establece el régimen excepcional de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, en términos similares a la LPGE para 2016.

7. Dentro de las disposiciones finales se recogen las modificaciones realizadas a varias normas legales:

-Modificación de los arts. 33 y 43 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en relación con las incompatibilidades de la pensión de jubilación o retiro y de orfandad (Disp. Final primera).

-Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en sus arts. 7 y 8 y Disp. Adic. primera, respecto a las altas y bajas como mutualistas (Disp. Final sexta).

-Modificación del art. 3 (condición de asegurado) la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en relación con el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (Disp. Final octava).

-Modificación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadiéndose un nuevo apartado 5 bis al art. 4. “Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” para establecer incentivos fiscales en el supuesto de contrataciones que bajo esta modalidad se realicen con trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo para prestar servicios en centros de trabajo ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias (Disp. final vigésima tercera).

-Modificación de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, dando nueva redacción al apartado 5 de su art. 98, en relación con la inscripción en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (Disp. final vigésima octava).

-La Disp. final trigésima primera modifica el texto refundido de la LGSS, dando nueva redacción al apartado 1 del art. 71 (en relación con el suministro de información a las Entidades Gestoras); introduciendo un nuevo art. 74 bis (sobre la Gerencia de Informática de la Seguridad Social); y dando también nueva redacción al apartado 2 del art. 170 (competencias sobre los procesos de incapacidad temporal) y apartado 3 del art. 237 (prestación familiar en su modalidad contributiva).

-La Disp. final trigésima segunda modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero, introduciendo un nuevo apartado 5 en el art. 34 en relación con la prestación por cese de actividad.

-Por último, la Disp. final décima séptima suspende nuevamente, hasta el 1 de enero de 2019, la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.1, primer párrafo; 24, segundo párrafo; y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y además modifica el art. 25.4 de dicha Ley, en todo lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial.

Crónica de  
Doctrina  
Judicial y  
Novedades  
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA  
*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA –ACREDITADA A CONTRATADA 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**

#### **STJUE de 27 de abril de 2017, Asunto C-620/15. A-Rosa Flussschiff (JUR 2017\123756)**

Procedimiento prejudicial – Trabajadores migrantes – Seguridad social – Legislación aplicable – Reglamento (CEE) n.º 1408/71 – Artículo 14, apartado 2, letra a) – Reglamento (CEE) n.º 574/72 – Artículo 12 bis, punto 1 bis – Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza – Personal navegante – Trabajadores desplazados a otro Estado miembro – Sucursal suiza – Certificado E 101 – Fuerza probatoria

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 12 *bis*, punto 1 *bis*, del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación 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 modificada por el Reglamento (CE) n.º 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, debe interpretarse en el sentido de que el certificado E 101 expedido por la institución designada por la autoridad competente de un Estado miembro, con arreglo al artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificada por el Reglamento (CE) n.º 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, vincula tanto a las instituciones de seguridad social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, aun cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabajador de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de dicha disposición del Reglamento n.º 1408/71.

### **3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **STS de 22 de diciembre de 2016, número 2767/2016 (RJ 2017\124)**

SEGURIDAD SOCIAL: Recaudación: medida cautelar: embargo preventivo de bienes inmuebles: procedencia.

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

**STS de 15 de diciembre de 2016, número 2644/2016 (RJ 2016\6595)**

**SEGURIDAD SOCIAL:** Trabajadores autónomos: alta de oficio: acreditación del ejercicio de actividad por cuenta propia como astróloga sin haber solicitado alta en el RETA: hechos constatados por la Inspección de Trabajo por el examen de los documentos tributarios presentados: presunción de veracidad: alta procedente.

En relación a la veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sala entiende (Fundamento de Derecho Tercero):

“a) Las actas de los Controladores laborales son instrumentos válidos y adecuados para completar y facilitar la labor inspectora y alcanzan valor probatorio por el hecho de su aceptación por el Inspector (Sentencias de esta Sala de 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 6523), recurso 6340/1993; 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2298) y 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2450) ).

b) El valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, con el alcance que le otorga la jurisprudencia, puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia, pues no debe confundirse la presunción de validez de los actos administrativos con aquella, siempre que la actuación administrativa pueda ser revisada por los órganos jurisdiccionales. La traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Lo que exige el respeto a los derechos que declara el art. 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990 (RTC 1990, 76) , 23/1995 (RTC 1995, 23) y 169/1998 (RTC 1998, 169) ).

c) Las actas de la Inspección de Trabajo pueden constituir un medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente, pudiendo serlo (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9307), 16 de enero de 1998, 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2617), 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 4550) y 5 de diciembre de 1998).

d) Ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias (sentencia del Tribunal Constitucional 76/1980 (RTC 1980, 76), en consonancia con reiterada jurisprudencia de esta Sala).

e) A su vez, las infracciones pueden deducirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27), cuando entre un hecho o hechos demostrados y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Dada la realidad imperante en el área social del trabajo resultaría prácticamente imposible la prueba de la existencia de una relación laboral encubierta si no se apreciara en virtud de unos hechos que inequívocamente acreditan su existencia (sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1995 (RJ 1995, 3346), recurso número 5903/1990).

f) En el ámbito de la actividad sancionadora, desde la perspectiva constitucional, el precepto del art. 38 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio (RCL 1975, 1615 y 1938), sobre procedimiento administrativo para imposición de sanciones por infracción de leyes sociales, así como el art. 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril (RCL 1988, 780), no otorgaba a las actas de la Inspección de Trabajo una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que el valor probatorio que de ellas se deduzca puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos (sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1998 (RJ 1998, 5035), recurso 4717/1992 y 27 de abril de 1998).

g) Así entendidos aquellos preceptos, la presunción de veracidad de las actas no supone, estrictamente, que se invierta la carga de la prueba, sino la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración (sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1998, recurso 4717/1992 y 27 de abril de 1998)”.’

#### **STS de 18 de enero de 2017, número 47/2017 (RJ 2017\265)**

RECURSO DE CASACIÓN (LJCA/1998): Causas de inadmisión: carencia manifiesta de fundamento: existencia: inadmisión procedente. SEGURIDAD SOCIAL: Régimen especial de trabajadores autónomos: alta de oficio: administrador único y socio de la cuarta parte del capital social: alta en el IAE y declaración de IVA para renovar licencia de transportes de camión: presunción de trabajador autónomo: afiliación y cotización: obligatoriedad: existencia.

#### **STS de 6 de marzo de 2017, número 381/2017 (RJ 2017\859)**

Se trata de un recurso de casación (LJCA/1998): Motivos: impugnación de la valoración de la prueba: falta de valoración arbitraria o ilógica; infracción de la jurisprudencia: inexistencia: cita de jurisprudencia que no guarda relación con la cuestión debatida; infracción del ordenamiento jurídico: inexistencia de infracción: interpretación correcta de normativa aplicada: casación improcedente.

Trabajadores autónomos: alta oficio: consejero delegado único con control mayoritario del capital social: ejercicio efectivo de las funciones de dirección y gerencia a

título lucrativo: falta de concurrencia de las infracciones legales y jurisprudenciales alegadas: alta procedente: no ha lugar al recurso.

### **STS de 7 de marzo de 2016, número 187/2017 (2017\1166)**

Alta y cotización de trabajadores españoles embarcados por empresa española en buques de bandera de Marruecos, propiedad de sociedad marroquí. Cesión ilegal. Falta de contradicción. Costas procesales: estimación parcial del recurso de suplicación. No cabe imposición de costas.

### **STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-690/15. Lobkowicz (JUR 2017\113133)**

Procedimiento prejudicial – Funcionario de la Unión Europea – Estatuto – Afiliación obligatoria al régimen de seguridad social de las instituciones de la Unión Europea – Rendimientos inmobiliarios percibidos en un Estado miembro – Sujeción a la contribución social generalizada, al gravamen social y a sus contribuciones adicionales con arreglo al Derecho de un Estado miembro – Participación en la financiación de la seguridad social de ese Estado miembro.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 14 del Protocolo (n.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, anejo a los Tratados UE, FUE y CEEA, y las disposiciones del Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea relativas al régimen de seguridad social común a las instituciones de la Unión deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual los rendimientos inmobiliarios percibidos en un Estado miembro por un funcionario de la Unión Europea que tiene su domicilio fiscal en ese Estado miembro estén sujetos a unas contribuciones y a unos gravámenes sociales destinados a la financiación del régimen de seguridad social de ese mismo Estado miembro.

### **STS de 4 de abril de 2017, número 589/2017 (RJ 2017\1362)**

SEGURIDAD SOCIAL: Vida laboral: informe: solicitud de rectificación para la inclusión en su vida laboral de determinados periodos de alta: denegación: en base a unos actos, no impugnados y basados en actas de la Inspección: presunción de veracidad: falta de prueba en contrario: rectificación improcedente.

## **5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN**

### **STS de 28 de febrero de 2017, número 169/2017 (RJ 2017\1317)**

Responsabilidad empresarial en caso de infra cotización. Inexistencia de caducidad, pero retroacción efectos económicos a tres meses antes de la solicitud. Falta de contradicción. Incongruencia extra petita de la sentencia de suplicación. Deficiencias de fundamentación de infracción legal o procedimental que, al tratarse de la protección de un derecho fundamental, no tienen entidad para la inadmisión del motivo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al apreciarse incongruencia extra petita de la sentencia recurrida.

**STS de 7 de marzo de 2017, número 189/2017 (RJ 2017\973)**

Cesión ilegal de trabajadores. Responsabilidad solidaria de las empresas demandadas respecto de la obligación de cotización a la Seguridad Social española en un supuesto en el que el trabajador prestaba servicios en un buque de bandera marroquí. Resulta de aplicación el sistema español de Seguridad Social ya que el trabajador fue cedido por una empresa española a una empresa extranjera. Falta de contradicción pues la sentencia de contraste contempla un supuesto en el que no existe cesión ilegal sino trabajo para una empresa hispano-marroquí en un buque abanderado en Marruecos. Reitera solución de los rcuds. 1353/2015 y 2893/2015 deliberados en la misma fecha. Falta de legitimación del ISM y TGSS para recurrir puesto que no recurrieron la sentencia de instancia que fue confirmada íntegramente por la de suplicación aquí recurrida.

**STS de 23 de marzo de 2017, número 509/2017 (RJ 2017\1281)**

Cotización: responsables del pago: solidarios: grupo de empresas: existencia: requisitos: estructura societaria coincidente: confusión de plantillas y patrimonios: apariencia externa de grupo empresarial: cumplimiento: responsabilidad solidaria procedente.

**STS de 5 de abril de 2017, número 619/2017 (RJ 2017\1680)**

Cotizaciones: cuotas debidas: derivación de responsabilidad solidaria: grupo de empresas: carácter solidario de la responsabilidad de la mercantiles pertenecientes: previsión legal: existencia.

**6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL****6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente****STS de 23 de febrero de 2017, número 161/2017 (RJ 2017\954)**

PENSION DE INCAPACIDAD PERMANENTE: requisito de estar en alta o en situación asimilada: interpretación flexible y finalista; se considera en situación de asimilada al alta al causante que sufre un accidente no laboral a los pocos días de causar baja voluntaria en su última ocupación con la intención de iniciar una nueva relación laboral con otra empresa en fechas próximas, sin haberse inscrito como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente.

**STS de 21 de marzo de 2017, número 230/2017 (RJ 2017\1951)**

Gran Invalidez. Trabajador al que se le reconoce afecto de Gran Invalidez con derecho a prestaciones. Posteriormente, tras su ingreso en un centro para personas con discapacidad, el INSS le suprime el complemento del 50 % con motivo de su ingreso en el citado centro.

Tres años después se producen sendas resoluciones del INSS y del IMSERSO por las que, en la primera, se repone el complemento del 50 % de la base reguladora y se ordena la devolución de las cantidades no cobradas; y, en la segunda, se le practica liquidación de

estancia en centro residencial para persona con discapacidad exigiéndole el abono de las cantidades pendientes.

El beneficiario impugna ambas resoluciones por entender que implican una revisión de actos declarativos de derechos prohibida por el artículo 146 LRJS.

El Juzgado de lo Social, en decisión ratificada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, estima la pretensión.

Recurre el INSS y el IMSERSO. Falta de contradicción.

### **STS de 30 de marzo de 2017, número 272/2017 (RJ 2017\1954)**

Efectos temporales de la IPT reconocida por la STSJ sin que el INSS haya alegado previamente realización de trabajo incompatible. FALTA DE CONTRADICCIÓN.-

El tenor de la parte dispositiva de las sentencias ejecutadas en los asuntos contrastados posee diferencias significativas.

- 1) El dato fáctico que se pretende introducir en el respectivo proceso (desempeño de la actividad para la que se declara la IPT; percepción de prestación por desempleo) posee naturaleza, regulación y significado bien diverso.

### **STS de 20 de abril de 2017, número 325/2017 (RJ 2017\2154)**

Incapacidad Permanente absoluta. Demanda de reconocimiento de una base reguladora y de una pensión superiores a las calculadas por el ente gestor. El beneficiario tiene reconocido en toda su carrera de seguro un breve período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial, habiendo estado desde entonces sin cotizar varios años hasta que se volvió a hacerlo. Determinación de si las lagunas cotizatorias deben integrarse con las bases mínimas a tiempo completo por ser el período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial breve en relación con el total: ha de seguirse el criterio establecido, en la Disposición Adicional Séptima 1.Tercera.b) de la LGS, conforme se desprende de lo resuelto por el TC y el TJUE. Votos Particulares.

## **6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**

### **STS de 24 de enero de 2017, número 43/2017 (RJ 2017\1615)**

Riesgo durante el embarazo y lactancia. Médicos Residentes. Guardias de atención continuada. Adaptación del puesto con eliminación de la prestación de servicios en régimen de guardias. Mantenimiento del derecho a percibir guardias no realizadas por tal causa. Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sexo.

### **6.3. Jubilación**

#### **STS de 8 de marzo de 2017, número 193/2017 (RJ 2017\1452)**

Jubilación. Base reguladora. Responsabilidad por infra cotización. Personal dependiente del Insalud hasta el traspaso de competencias a la Junta de Castilla y León. Responsabilidad del INGESA por la infra cotización habida durante la dependencia del INSALUD al no haber repuesto la entidad gestora el tipo de cotización al adecuado cuando cesó la situación de pluriempleo del interesado debido a la incompatibilidad entre la actividad por cuenta del INSALUD y la realizada para otra Administración.

### **6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

#### **STS de 8 de febrero de 2017, número 205/2017**

SEGURIDAD SOCIAL AGRARIA: trabajadores por cuenta propia: nivel de protección: interpretación y alcance: prestaciones por muerte y supervivencia: concesión a pesar de no estar el causante al corriente en el pago de cuotas en el momento del fallecimiento: eficacia de las ingresadas con posterioridad por sus causahabientes aun siendo el período de descubierto superior al reglamentario; discriminación respecto del RETA.

#### **STS de 9 de febrero de 2017, número 115/2017 (RJ 2017\855)**

Pensión de viudedad. Fecha de efectos: se ha de tener en cuenta la solicitud tras la reforma normativa que permite acceder a la prestación y no la fecha de la primera petición denegada por no cumplirse los requisitos legales.

#### **STS de 22 de febrero de 2017, número 154/2017 (RJ 2017\709)**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina. Pensión de orfandad. Requisito de alta o situación asimilada al alta en el causante. Interpretación flexibilizadora de tal exigencia. Reitera doctrina. Se estima el recurso.

#### **STS de 23 de febrero de 2017, número 156/2017 (RJ 2017\1780)**

Pensión de viudedad. Parejas de hecho. Disposición adicional tercera Ley 40/2007. La pensión de viudedad de parejas de hecho en el supuesto especial que regula la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, exige que el beneficiario no sea titular de otra pensión contributiva de seguridad social. Su naturaleza excepcional conlleva que este requisito se mantenga durante todo el tiempo de percepción de la pensión, lo que la hace incompatible con la prestación de incapacidad permanente total posteriormente reconocida a favor del mismo beneficiario. Voto particular.

#### **STS de 2 de marzo de 2017, número 178/2017 (RJ 2017\1460)**

Pensión viudedad. Uniones de hecho. Para causarla no basta la inscripción en Registro Parejas de Hecho. Es preciso que los convivientes no tengan vínculo matrimonial con otra persona y que no estén impedidos para contraer matrimonio. Sigue doctrina sentada

para otros supuestos de hecho distintos en sentencias que se citan. En este sentido: *"Entrando en el fondo del asunto, hay que decir que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida. La sentencia de contraste basa su decisión contraria en dos argumentos hermenéuticos. El primero es el de la literalidad del precepto en cuestión. Pero sucede que dicho criterio conduce al resultado opuesto. El artículo 174.3, párrafo cuarto, primer inciso, se ocupa de decir cuando, a efectos de lo establecido en este apartado (es decir, para poder lucrar pensión de viudedad "se considerará" que hay pareja de hecho y va desgranando una serie de requisitos: el primero de ellos, es el más obvio de todos, el mismo que existe para poder contraer matrimonio, a saber, no hallarse impedido para contraer matrimonio; y el segundo, igualmente obvio, es el requisito "antibigamia": no tener vínculo matrimonial con otra persona. Es claro que ambos requisitos deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes; momento que, en el caso especial que nos ocupa, no puede ya ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido).*

### **STS de 21 de marzo de 2017, número 228/2017 (RJ 2017\1469)**

Pensión de viudedad: cónyuges separados con convenio regulador en que no se fija pensión de ningún tipo a favor de la esposa –ahora demandante–.

La pensión de alimentos de los hijos no permite la confusión. Carencia del requisito de ser acreedor de pensión compensatoria. Recuerda doctrina STS/4ª/Pleno de 29 enero 2014 y siguientes.

### **STS de 29 de marzo de 2017, número 264/2017 (RJ 2017\1829)**

*Ejercicio por el INSS de la acción de revisión del contenido económico de la prestación de viudedad ya reconocida. Prescripción: no existe. Errores materiales, de hecho o aritméticos. Reitera jurisprudencia.*

Se plantea por el INSS en el presente recurso de casación unificadora si, en interpretación del art. 43.1 LGSS/1994, la fecha a la que se han de retrotraer los efectos económicos de una resolución del INSS que revisa la cuantía de una pensión de viudedad reconocida en el año 2006, se vería afectada por el plazo de prescripción de cuatro años aplicable, como regla general, al ejercicio de la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones económicas de Seguridad Social y también al ejercicio de la acción de revisión del contenido económico de las prestaciones ya reconocidas. Reitera la Sala IV el criterio sentado en anteriores resoluciones, en las que se establece que el plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita, a partir del 1-enero-2007 (Ley 42/2006), como regla general, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, salvo que se trate de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS. Y en el caso enjuiciado el reconocimiento de la prestación con una revalorización de la base reguladora desde 1975, es decir, más de 21 años antes de la fecha en que se produjo el hecho causante de la propia prestación (2006), constituye un error material, por lo que la acción revisoria no estaría prescrita, al ser aplicable la excepción mencionada en la norma. Se estima el recurso del INSS.

**STS de 5 de abril de 2017, número 289/2017 (RJ 2017\2249)**

Pensión de orfandad en favor de hijos discapacitados. Fecha de efectos. Artículo 43.1 LGSS. La presentación de la solicitud no está supeditada a la resolución de una reclamación sobre declaración de grado de minusvalía. Voto particular.

**6.5. Prestaciones familiares**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**6.6. Desempleo****STS de 10 de enero de 2017, número 9/2017 (RJ 2017\224)**

*Competencia funcional. Nulidad de actuaciones. Frente a la sentencia de instancia no cabía recurso de suplicación. Base reguladora de prestación por desempleo, cálculo conforme a los 6 meses anteriores o 180 días.*

El actor, a quien le fue reconocida prestación por desempleo conforme a una base reguladora de 106,51 euros, reclama que la base reguladora sea de 107,67 euros, por cuanto se calculó la base reguladora atendiendo a los últimos 6 meses y entiende que debe calcularse conforme a los 180 días, pretensión que fue estimada en instancia y suplicación. La Sala IV declara la nulidad de actuaciones, tras examinar la competencia funcional y entender que no procedía recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia puesto que la cantidad reclamada no asciende a los 3000 euros a que refiere el art. 191.2 g) LRJS, sin que tampoco se aprecie afectación general.

**STS de 31 de enero de 2017, número 76/2017 (RJ 2017\1209)**

*RCUD. Prestación de desempleo. El extranjero en situación irregular (sin permiso de residencia ni de trabajo) que ha trabajado por cuenta ajena sin contar con autorización para trabajar carece de derecho a desempleo. Reitera doctrina. Voto particular.*

La cuestión debatida consiste en determinar si tiene derecho a percibir las correspondientes prestaciones de desempleo, por el período trabajado para una empresa, que le despidió improcedentemente, un extranjero, que carecía tanto de la autorización para residir como de la autorización previa para trabajar, y que no había sido dado de alta en la SS. La Sala IV, reiterando doctrina, señala que no puede obtener prestación por desempleo ni cualquier otra prestación de SS el extranjero que se encuentra en España en situación irregular, careciendo de autorización para trabajar y de autorización de residencia. En ese caso, tan sólo tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, entre las que no se encontraría la prestación por desempleo, puesto que la LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes queriendo y pudiendo trabajar, pierden el empleo, y los extranjeros no residentes, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente. Dicha conclusión se ve reforzada por la regulación contenida en la Ley 2/2009 y en la Ley 4/2000, que establecen que sólo los extranjeros en situación regular –con permiso de trabajo y residencia– pueden acceder al sistema de seguridad social y obtener prestaciones por desempleo. Voto particular.

**STS de 31 de enero de 2017, número 78/2017 (RJ 2017\648)**

Desempleo. Denegación administrativa de la prestación contributiva por no haber tenido el trabajador autorización para trabajar ni hallarse en alta en la SS cuando desempeñó la actividad anterior a la que da origen, a su extinción, a su situación de desempleo, habiendo cotizado en total 129 días, por no ser computables los trabajados en la anterior empresa en función de la ausencia de autorización de residencia y de trabajo: debe confirmarse con revocación de la sentencia recurrida, puesto que sólo es computable el período en que el trabajador tenía regularizada su situación y éste y la cotización subsiguiente no alcanzan el mínimo legal para causar el derecho. VOTO PARTICULAR.

**STS de 15 de febrero de 2017, número 130/2017 (RJ 2017\664)**

TEMA.- Subsidio por desempleo suspendido por contratación laboral que finaliza con pronta dimisión. PUNTOS ABORDADOS.- 1) La reanudación del subsidio por desempleo suspendido no es automática e incondicionada. Aplica doctrina de la Sala. 2) Para que el subsidio se reanude cuando el contrato de trabajo (que provoca su suspensión) finaliza es preciso que lo haga por motivo constitutivo de situación legal de desempleo. 3) No tiene derecho a reanudar la percepción de subsidio por desempleo quien desiste del periodo de prueba, por motivos privados y el primer día de trabajo. FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, estima recurso frente a STSJ Murcia 906/2014. VOTO PARTICULAR.

**STS de 9 de marzo de 2017, número 207/2017 (RJ 2017\1459)**

Subsidio desempleo por cargas familiares. El esposo de la beneficiaria percibe durante ocho meses un salario en promedio cercano a 2.000 euros mensuales. La falta de comunicación de esos ingresos determina la aplicación de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS que tipifican la ausencia de información sobre datos relevantes en el ámbito del percibo de la prestación como falta grave, a la que anuda la sanción de pérdida del derecho al subsidio. Reitera doctrina del Pleno, STS 19/2/2016, rcud.3035/2014.

**STS de 14 de marzo de 2017, número 218/2017 (RJ 2017\1330)**

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y, no conlleva la extinción de la prestación sino la suspensión de la misma, sin que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE, siempre que se refieran a hechos causantes anteriores a la fecha de entrada en vigor del RDley 11/2013, pueda conllevar la extinción de la prestación.

**STS de 24 de marzo de 2017, número 255/2017 (RJ 2017\1532)**

Prestación de desempleo. Demandante, de nacionalidad peruana, Residente de Farmacología Clínica, que ha prestado servicios en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid desde el 20 de mayo de 2010 al 19 de mayo de 2014, habiendo cotizado por la contingencia de desempleo.

El SPEE le niega la prestación alegando que no se encuentra entre las personas comprendidas en la prestación por desempleo que determina el artículo 205 de la LGSS, ni

entre los que deben cotizar por dicha contingencia ya que la autorización por estudios que le fue expedida en su día únicamente le habilitaba para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación de especialista en Ciencias de la Salud y además durante la misma no procedía su cotización por la contingencia de desempleo.

La sentencia de instancia, confirmada por la sentencia de suplicación, concede la prestación. Recurre el SPEE. Se desestima el recurso. El actor está comprendido en el ámbito del artículo 205 de la LGSS. Su relación es laboral de carácter especial y está comprendido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Hay obligación de cotizar por desempleo ya que así está establecido en la LGSS, sin que esté establecida exclusión alguna ni en la citada norma ni en la LOEX.

No es aplicable a esta relación lo dispuesto en la DA 16 del Reglamento de Extranjería, RD 557/ 2011, de 20 de abril, que establece que no se cotizará por desempleo en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada, ya que el actor no es titular de autorización de trabajo pues no se le exige, a tenor del artículo 43 del Reglamento de Extranjería.

Es residente comunitario en España con permiso por cinco años, por familiar ciudadano de la Unión Europea desde el 12 de enero de 2015 hasta el 11 de enero de 2020. Voto particular.

#### **STS de 5 de abril de 2017, número 302/2017 (JUR 2017\99911)**

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina. Desempleo contributivo. Pago único de la prestación. Desde la perspectiva finalista del estímulo al autoempleo, la denegación no está justificada cuando la beneficiaria había sido despedida, estaba realmente desempleada, tenía reconocida la prestación en pago periódico y trataba de continuar, como trabajadora autónoma, la misma actividad y en el mismo local de la empresa que la despidió. En sentido similar, alguna de ellas con distinta normativa, SSTS4ª 25-5-2000 (R. 2947/99), 30-5-2000 (R. 2721/99), 20-9-2004 (R. 3216/03), 7-11-2005 (R. 4697/04), 11-7-2006 (R. 2317/05), 15-10-2009 (R. 3279/08), 29-9-2011 (R. 4213/10) y 21-6-2016 (R. 3805/16).

#### **STS de 5 de abril de 2017, número 304/2017 (RJ 2017\2264)**

La absoluta incompatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta propia que establece el art. 221.1 LGSS, no alcanza a la aislada y puntual realización de una actividad marginal de mediación comercial que ni siquiera puede calificarse con propiedad como "trabajo por cuenta ajena", en cuanto ha generado un rendimiento neto de tan solo 64,35 euros. Aplica el mismo criterio seguido en SSTS 274/2015, reud.1881/2014;12/5/2015, reud.2683/2014 y 14/5/2015, reud.1588/2014.

#### **STS de 5 de abril de 2017, número 305/2017 (RJ 2017\2003)**

Desempleo. Resolución administrativa declarando extinguido el derecho a prestaciones de desempleo y percepción indebida de las mismas desde inicio de estancia no autorizada en el extranjero hasta la finalización de las prestaciones. La inexistencia de reclamación previa en tiempo determina la firmeza de la resolución administrativa. Inaplicación de la doctrina sobre caducidad en la instancia –art. 71 LJS– exclusivamente al

reconocimiento/denegación de prestaciones. Reitera doctrina, STS 21-3-17, RCU. 3810/2015.

### **6.7. Prestaciones Sanitarias**

#### **STC de 1 de marzo de 2017, número 33/2017 (BOE núm. 83 de 07 de abril de 2017)**

Recurso de inconstitucionalidad 4585-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 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.

Límites de los decretos-leyes, derecho a la protección de la salud y competencias sobre sanidad: constitucionalidad de los preceptos legales estatales que modifican la regulación jurídica de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, el régimen de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, y la acción social destinada al personal estatutario de los servicios públicos de salud. Votos particulares.

### **7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

#### **STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15. Chávez Vilchez (JUR 2017\113134)**

Procedimiento prejudicial – Ciudadanía de la Unión – Artículo 20 TFUE – Acceso a las prestaciones de asistencia social y a las prestaciones familiares supeditado al derecho de residencia en un Estado miembro – Nacional de un país tercero que asume el cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad, nacional de dicho Estado miembro – Obligación del nacional de un país tercero de demostrar la incapacidad del otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, para hacerse cargo del menor – Denegación de la residencia que puede obligar al menor a abandonar el territorio del Estado miembro, o incluso el territorio de la Unión.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión Europea, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en caso de que se produjese esa denegación. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de

la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño.

- 2) El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un niño menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias.

## **8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

### **9.1. Mejoras Voluntarias**

#### **STS de 15 de marzo de 2017, número 220/2017 (RJ 2017\1290)**

Tema.- Conflicto colectivo en IBERMUTUAMUR, sobre complemento de incapacidad temporal. Puntos abordados.

1) Sujeción de los convenios colectivos para sector público a lo previsto en la LPGE y otras disposiciones. Recuerda doctrina.

2) Pertenencia de la Mutua al sector público estatal de carácter administrativo. Recuerda doctrina.

3) Aplicación directa de las previsiones legales, sin necesidad de descuelgue o de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Recuerda doctrina.

4) Previsiones del RDL 20/2012 sobre complemento de incapacidad temporal: solo afecta a Administraciones Públicas, no a las Mutuas. Fallo.- Coincidiendo con Informe del Ministerio Fiscal, confirma la SAN 46/2016.

### **9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social**

#### **STS de 25 de abril de 2017, número 348/2017 (RJ 2017\2008)**

Accidente de trabajo. Responsabilidad Civil. Indemnización de daños y perjuicios. Comunicación del siniestro fuera del plazo establecido en la cláusula del contrato de seguro. Naturaleza y legalidad de la cláusula. No existe responsabilidad de la aseguradora cuando se

comunica el siniestro en plazo superior al que aparece como configurador del riesgo protegido en el contrato de seguro. Reitera doctrina STS 18 de febrero de 2016 (Rcud. 3136/2014).

### 9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

#### STS de 30 de enero de 2017, número 60/2017 (RJ 2017\372)

Prescripción de acciones: Procedencia: solicitud a Mutualidad para que traspasara al fondo de pensiones de la UE el equivalente actuarial de las aportaciones que habían realizado a la Mutualidad para su jubilación: si los demandantes presentaron su demanda sin tener la documentación, es porque podían haberla presentado a partir de enero de 2001, puesto que la situación no cambió en todo este tiempo en lo que se refiere a contar con los documentos a que hacen referencia: ausencia de interrupción de la prescripción: aplicación del plazo del art. 23 LCS.

## Novedades Bibliográficas

### 1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

AGÍS DASILVA, M., BLASCO LAHOZ, J.F. (Eds.): *Legislación básica de Seguridad Social*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 995 páginas.

BENAVIDES VICO, A.: *Guía del experto en Seguridad Social (I)*, Navarra, Aranzadi, 2017, 858 páginas.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: *Ley General de la Seguridad Social. Comentada con jurisprudencia sistematizada y concordada*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 549 páginas.

LOPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, 261 pp.

LLORENTE ÁLVAREZ, A., DEL VALLE DE JOZ, J. I.: *Cotización a la Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2017, 188 páginas.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2017, 420 páginas.

RUANO DE LA FUENTE, S.: *Representantes de comercio: los imprecisos contornos normativos de su regulación laboral especial*, Barcelona, Atelier, 2016, 171 pp. (Especialmente, Capítulo III).

VV.AA.: *Memento Práctico-Seguridad Social 2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2017, 1831 páginas.

## **2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS**

ALBERT EMBUENA, V.L.: *La incapacidad permanente contributiva. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 265 páginas.

BLASCO LAHOZ, J. F.: *La protección por muerte y supervivencia en el sistema Español de seguridad social*, Navarra, Aranzadi, 2017, 242 páginas.

CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, Navarra, Aranzadi, 2017, 565 páginas.

CERVILLA GARZÓN, J. M.: *El derecho la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2017, 110 páginas.

GARCÍA VIÑA, J., GARCÍA NINET, I., BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., BURRIEL, P.: *La incapacidad temporal en el trabajo. Régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*, Barcelona, Atelier, 2016, 211 páginas.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, Navarra, Aranzadi, 2017, 373 páginas.

LÓPEZ INSUA, B. del M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, páginas 261.

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.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2016, 369 páginas.

VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, 945 páginas.

## **3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

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.

## **4. RECENSIONES**

**1ª. Rodríguez-Rico Roldán, V.: El sistema multinivel de asistencia sanitaria: Tensiones y desafíos en su articulación, Granada, Comares, 2017, 293 páginas**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ACREDITADA COMO

PROFESORA CONTRATADA DOCTOR)

UNIVERSIDAD DE GRANADA

El novedoso libro “*El sistema multinivel de asistencia sanitaria: Tensiones y desafíos en su articulación*”, publicado en 2017 por la editorial Comares, con número 99, se

conforma como una monografía de gran envergadura y referente a tener en cuenta para una comprensión sustancial de la materia, ya sea de un modo un tanto general, como de otra mucho más específica y dirigida en base, claro está, a las necesidades del jurista. La obra tiene por autora a la Profesora Ayudante Doctor de la Universidad de Granada, Doña Victoria Rodríguez-Rico Roldán. Se trata de una obra que tiene su base originaria en la Tesis doctoral presentada por la autora para la obtención del Grado de Doctor por la prestigiosa Universidad de Granada. Una Tesis, la cual queda avalada por la dirección maestra del profesor y Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Luis Monereo Pérez, el cual es conocido no sólo por su excelente labor docente, sino también por su reconocida faceta investigadora, de ahí la fructífera y cuantiosa producción ensayística y monográfica que ha visto la luz bajo su dirección en numerosas editoriales. Estamos ante una monografía encuadrable dentro de la rama del ordenamiento jurídico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que al igual que otras del mismo campo de conocimiento se encuadra dentro de la "Colección Trabajo y Seguridad Social" que dirige el profesor José Luis Monereo Pérez.

La preocupación social por la protección de la salud de los trabajadores en los distintos lugares de trabajo se ha configurado como una pieza fundamental y básica para alcanzar un eficaz desarrollo del sistema de relaciones laborales. Precisamente, ya desde la misma Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, se hizo patente esa necesidad de protección de los riesgos derivados del trabajo. Esta normativa, con el paso del tiempo, no sólo ha ido creciendo, sino también evolucionando y transformándose, hasta el punto de que están apareciendo nuevas enfermedades o situaciones de riesgos, hasta ahora desconocidas, que han propiciado el afloramiento de una legislación más acorde al momento presente.

Actualmente se considera la salud como un bien de primordial importancia al que todos los ciudadanos, cualesquiera que sean sus condiciones, deben tener derecho. Así pues, se trata de un hecho tan relevante en nuestra sociedad, que ya en su día se plasmó como un mandato público constitucional a tutelar por los poderes públicos (art. 43 de la Constitución Española de 1978). Por tanto, como un derecho constitucional, queda recogido dentro del conjunto de los principios rectores que deben presidir en nuestro país la política social y económica.

De una forma coherente y equilibrada se analizan en esta excelente y completa obra, a lo largo de tres grandes partes, toda la problemática relativa a la salud y su protección desde una perspectiva de Seguridad Social. La estructuración general de la monografía es la siguiente: Primera Parte "Evolución histórica de la protección de la salud", que se divide en dos capítulos, un primero titulado "Antecedentes de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social" y un segundo relativo a la "Significación político-jurídica actual de la asistencia sanitaria". La segunda parte de la obra se refiere, a lo largo de otros dos capítulos, al "Derecho Social fundamental a la asistencia sanitaria". Y, finalmente, la tercera parte (estructurada también en dos capítulos) hace referencia a "La protección de la salud en el marco internacional y de la Unión Europea".

**2º. VV.AA.: “La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España”, Murcia, laborum, 2017**

EDUARDO ROJO TORRECILLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

El libro *“La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España”* elaborado por los profesores Camós Victoria, Ignacio; Suárez Corujo, Borja y García de Cortázar, Carlos, editado por ediciones Laborum, aborda, de forma muy precisa y detallada, la evolución de las recientes reformas acometidas en los sistemas de pensiones en siete importantes y significativos países de la UE a partir de un contexto como es del de la austeridad de las finanzas públicas y el de la sostenibilidad y adecuación de las pensiones.

Como no podía ser de otra manera dada la solvencia y experiencia en temas de pensiones de los autores de este libro se efectúa no sólo una aproximación muy bien estructurada a los sistemas de pensiones de estos siete países de la UE partiendo, como marco de referencia, de los cambios impulsados, con carácter general, por la Unión Europea, también un análisis crítico de algunos aspectos clave de las reformas y que afectan a España.

La atenta lectura del libro, por razones intelectuales visto desde la perspectiva académica y jurídica, y por razones personales de índole muy práctica en cuanto que persona de edad avanzada, por utilizar la terminología de la Organización Internacional del Trabajo, preocupada, como la mayor parte de la ciudadanía de mi edad, por saber cuál será el futuro del sistema de pensiones, me anima a realizar unas breves anotaciones sobre su contenido, que ya adelanto que es indudable importancia, no sólo por la calidad de las aportaciones de los tres autores, sino por los intensos debates existentes en el seno de la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea, y desde luego España no es una excepción, sobre cómo abordar el gradual y progresivo envejecimiento de una importante parte de la población trabajadora y su impacto sobre el sistema público de protección social.

Interés por mi parte, incrementado tras la lectura del prólogo del profesor José Luis Monereo, presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, en el que afirma nada más iniciar el mismo, y no le falta razón, que el libro “no es (uno) más sobre el sistema de pensiones”, redactado “con concisión y máximo rigor técnico-jurídico y de política jurídica”, y que concluye con la recomendación, que igualmente efectúo, del estudio, por cuanto que “nos ayudará a meditar sobre los objetivos a alcanzar, las prioridades de política del Derecho Social y los medios más apropiados para la reforma de las pensiones en el sentido social en el marco de una sociedad democrática siempre en continua mutación”.

Prólogo, por otra parte, que es mucho más que una mera presentación, ya que el profesor Monereo Pérez, reconocido especialista en materia de Seguridad Social, expone su parecer, muy crítico, sobre el sistema español y formula propuestas de modificación legislativa que respeten tanto los mandatos constitucionales de los arts. 41 y 50 de la Constitución como la normativa comunitaria, señaladamente la Carta Social Europea y la Carta europea de derechos fundamentales, incluyendo una propuesta que ciertamente es de

gran calado político y social, cual es la modificación del art. 135 CE “para evitar la subordinación del gasto social (garante de los derechos sociales de prestación) al pago de la deuda pública como principio de preferencia absoluta de la constitución económica sobre la constitución social”.

La publicación de este libro se produce, además, en un momento de efervescencia social y política sobre el futuro del sistema público de pensiones, por lo que su lectura, y el análisis crítico de la última reforma en España, alcanza mayor interés.

Baste citar sólo algunos ejemplos significativos: los debates existentes en el seno de la comisión permanente no legislativa sobre seguimiento y evaluación del acuerdo del Pacto de Toledo, existente en el Congreso de los Diputados. Igualmente, y descendiendo a la arena política, hay que citar obligatoriamente el acuerdo aprobado por el Pleno del Congreso el día 14 de marzo de 2017, tras la presentación de una proposición no de ley del grupo socialista, en el que se insta al Gobierno “a adoptar de forma urgente las medidas que permitan alcanzar un acuerdo social y político, en el seno del Pacto de Toledo, sobre un índice de revalorización de las pensiones que garantice su poder adquisitivo, en orden a derogar la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social”, y en el que se recoge que el Gobierno “de forma inmediata y hasta alcanzar dicho consenso social y político, revalorizará las pensiones de acuerdo con la previsión de inflación prevista para 2017, no inferior al 1,2 %, y establecerá una cláusula de desviación de inflación en el supuesto de que la tasa media anual del Índice de Precios al Consumo sea superior al índice previsto, con la adopción de las medidas necesarias para suspender la aplicación de la Ley 23/2013.”.

En el ámbito de la Unión Europea no conviene olvidar una referencia al estudio prospectivo anual sobre crecimiento, y al informe conjunto sobre el empleo 2017, aprobado este mes de marzo de 2017 y que aparece citado en el libro, lo que sin duda demuestra su actualidad, en los que no faltan las llamadas a las reformas de los sistemas de pensiones, que incluyen la tan repetida recomendación de incrementar la edad de jubilación y que permitan flexibilidad (laboral o de protección social) para que las personas jubiladas tengan “el apoyo de otros medios que complementen los ingresos percibidos en la jubilación”.

Por otra parte, en la Resolución aprobada por el Parlamento europeo el 19 de enero de este año sobre el pilar europeo de derechos sociales, una de las cuestiones, jurídicas y sociales, a las que se dedica buena parte del documento es a la protección social y a la necesidad de reforzar los sistemas existentes “a fin de apoyar las transiciones ascendentes hacia y dentro del mercado de trabajo y mantener la seguridad económica a lo largo de la vida de las personas”.

El libro ahora reseñado consta de nueve capítulos, siete de ellos dedicados al estudio monográfico de cada uno de los países cuya legislación ha sido examinada, con una ordenada exposición en cada uno de ellos articulada a través de cinco grandes ámbitos de examen: una panorámica general introductoria sobre cuál es la articulación del modelo; sus principales rasgos paramétricos; la sostenibilidad del sistema; la adecuación de las pensiones; y las trayectorias de reforma, con inclusión en este último bloque de aquello que al parecer de los autores son sus fortalezas y debilidades.

Previamente, en el primer capítulo se aborda de manera más general el proceso de reforma de los sistemas de pensiones en la UE, prestando atención al envejecimiento demográfico y cómo afecta a la viabilidad de los sistemas de pensiones, las propuestas de reformas impulsadas desde la UE en el marco del método abierto de coordinación, con especial atención al libro blanco de 2012, y con dedicación preferente a cuáles son, y como han ido evolucionando las edades de acceso a la jubilación, y cómo ha ido igualmente modificándose el factor de sostenibilidad.

Por último, y no menos importante, se efectúa un cuidado análisis global de las reformas operadas en los países europeos seleccionados con una visión española, analizando cuáles son los desafíos que en el marco de una UE donde no hay “un modelo europeo de pensiones”, pero sí unos rasgos comunes, se plantean para el ordenamiento jurídico español.

De forma sucinta, destaco algunos de los contenidos más relevantes de ese decálogo.

En primer lugar, aquello que acabo justamente de poner de manifiesto. El examen de la normativa de varios países europeos realizado en el estudio, unido al marco jurídico de la UE en el que son los Estados los competentes en esta materia, aunque sin duda el proceso de gobernanza europea ha llevado a un paulatino acercamiento entre los distintos Estados, pone de manifiesto que “no existe, un (único) modelo europeo de pensiones, sino diversos modelos que responden a tradiciones jurídico-políticas y realidades económico-sociales distintas”, no previéndose un cambio jurídico que camine en una dirección unitaria, lo que no obsta para la identificación de algunos rasgos comunes, siendo uno de ellos, y a mi parecer el más relevante el que los sistemas de pensiones en la UE, y muy especialmente en los de tradición continental, “siguen teniendo una dimensión principalmente pública”, con un modelo financiero preferentemente de reparto basado pues, en la solidaridad intergeneracional “en virtud del cual los trabajadores en activo asumen la financiación de las pensiones”.

Son también rasgos comunes los desafíos generados por el proceso de envejecimiento de la población, es decir el cambio demográfico y cómo debe abordarse desde la perspectiva de garantizar un adecuado y digno sistema público de pensiones ante una crisis económica que ha dejado secuelas importantes para una parte no menospreciable de la población por el deterioro del mercado laboral y de la calidad de trabajo, deterioro puesto recientemente de manifiesto en el estudio económico de este año de la OCDE sobre España. Con razón afirman los autores que aquello que a su parecer es el agujero negro del sistema de pensiones español es “el calamitoso estado de nuestro mercado de trabajo, marcado por el altísimo nivel de desempleo y el agravamiento del endémico problema de precariedad que, de no corregirse, va a afectar, de forma muy significativa, a las futuras generaciones de pensionistas que tendrán niveles de protección social considerablemente inferiores a los de las generaciones actuales”.

Especialmente interesante, en fin, es el análisis crítico de la reforma operada en España en 2013, crítica que también se ha llevado a cabo por buena parte de los expertos que han intervenido en la Comisión del Pacto de Toledo. Los autores destacan que, a pesar de presentarse aparentemente como una continuación de la reforma de la modificación normativa operada en 2011, en la que se produjo un endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión, su contenido es muy agresivo “por cuanto supone un recorte drástico de

la cuantía de las pensiones con el paso del tiempo. Siendo el objetivo el mantenimiento del equilibrio entre ingresos y gastos a través de la reducción de esta segunda variable, no es exagerado afirmar que se trata de una reforma sistémica: de consolidarse los cambios introducidos la adecuación de las pensiones se vería fuertemente resentida ofreciendo como resultado un modelo de pensiones distinto al que actualmente conocemos”.

Tras leer el libro, no cabe más que preguntarse cuáles será las consecuencias a medio plazo de todas las reformas llevadas a cabo en los últimos años, y observo con preocupación la de 2013, cuya derogación es insistentemente solicitada en sede parlamentaria, en un nuevo escenario político que sin duda obligará al gobierno a ser más sensible, aunque no sea partidario, a escuchar el parecer de otras fuerzas políticas y sociales. Sería muy deseable volver a la senda del diálogo social para abordar, con pleno respeto al marco constitucional, cuál ha de ser el futuro del sistema de pensiones. A esta tarea contribuye el libro de los profesores Camós, Suárez y García de Cortázar, por lo que su lectura es sin duda de innegable interés para todas las personas interesadas en las pensiones y en conocer cuáles son los puntos clave de las reformas introducidas en importantes países como son los Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania así como en poder tener una visión crítica de estas reformas y del futuro del sistema de pensiones.

Se trata además de un libro innovador, ambicioso y que, con sumo rigor y precisión nos aproxima al futuro de los sistemas de pensiones con reflexiones críticas sobre aspectos tan relevantes como la suficiencia de las prestaciones, la relevancia de los cambios basados en aspectos paramétricos, el uso de la edad de jubilación como principal mecanismo de ajuste o el endurecimiento de los mecanismos de revalorización de las pensiones, cuestiones todas ellas que deben ser tenidas en cuenta en los debates presentes y futuros sobre el sistema de pensiones en España.

Economía y  
Sociología de  
la Seguridad  
Social y del  
Estado Social

LABORUM



## De cómo erradicar la económica sumergida. Una perspectiva fiscal<sup>1</sup>

### How to eradicate the underground economic. A fiscal perspective

SANTOS M. RUESGA BENITO

CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

#### Resumen

Cuando se habla de economía sumergida, se hace referencia, de forma genérica, al conjunto de actividades productivas “no contabilizadas” en los instrumentos convencionales que se utilizan para medir la producción de bienes y servicios de un determinado territorio y en un periodo de tiempo dado. La Organización Internacional del trabajo, con referencia a su ámbito de competencia, ha definido el “empleo informal” como un concepto en el que se incluyen los siguientes tipos de trabajo: “(i) autoempleados en sus propias empresas del sector informal, (ii) empleadores empleados en sus propias empresas del sector informal, (iii) ayudas familiares en empresas del sector formal o informal, (iv) miembros de cooperativas de productores informales, (v) empleados que tienen empleos informales en empresas del sector formal o informal o como trabajadores domésticos retribuidos en los hogares; (vi) autoempleados enrolados en la producción de bienes exclusivamente para su uso final por sus hogares, si ellos son considerados empleados dado que la producción comprende una contribución importante al total del consumo de los hogares”. Y a estos efectos se considera que los empleados tienen trabajos informales si sus relaciones laborales no están sujetas, legalmente o en la práctica, a la legislación laboral nacional, la fiscalidad de la renta, la protección social o el acceso a ciertos beneficios del empleo (tales como el aviso anticipado del despido, la indemnización por despido, el pago en cómputo anual o la prestación por enfermedad)

#### Palabras clave

Empleo irregular o informal; fraude fiscal y laboral; trabajo decente; Protección Social; Seguridad Social

#### Abstract

When it comes to economy, referred to, generically, to the set of "non-posted" productive activities in the conventional instruments used to measure the production of goods and services in a given territory and in a given period of time. The international work organization, with reference to its sphere of competence, has defined the "informal employment" as a concept in which are included the following types of work: "(i) self-employed in their own enterprises in the informal sector, (ii) employers employed in their own informal sector enterprises, (iii) helps family in the formal or informal sector enterprises, (iv) members of informal producers cooperatives (v) employed have informal jobs in enterprises of the formal sector or informal or as paid domestic workers in the households; (vi) self-employed enrolled in the production of goods exclusively for its final use by their homes, if they are considered employees since production comprises an important contribution to the total consumption of households". And these effects is considered that employees have informal jobs if their employment relationships are not subject, legally or in practice, to national labour legislation, income taxation, social protection or access to certain benefits of employment (such as advance notice of dismissal, severance pay, payment on an annual basis or illness allowance)

#### Keywords

Irregular or informal employment; tax and employment fraud; decent work; Social protection; Social Security

<sup>1</sup> Este trabajo es una síntesis actualizada de una investigación realizada por el autor por encargo del Instituto Belisario Domínguez, del Senado de la República, Dirección General de Investigaciones Estratégicas, Desarrollo Económico y Sustentabilidad

## 1. CONTEXTO TEÓRICO

Como cualquier otro fenómeno económico su análisis está condicionado por el enfoque teórico que adopta el investigador a la hora de esbozar una interpretación del mismo. De forma muy sintética y con carácter general se podría afirmar que dos con los grandes enfoques teóricos que agrupan las múltiples interpretaciones desarrolladas sobre el fenómeno de la economía informal o sumergida, que difieren de forma notable en sus premisas básicas y, por tanto, generan diagnósticos y recomendaciones para la acción política claramente enfrentadas.

### 1.1. El enfoque neoclásico

Las restricciones regulatorias al libre funcionamiento de los mercados provocan la expansión de la economía informal/sumergida, que constituye una expresión del dinamismo de los agentes económicos frente a las restricciones de la intervención pública.

Esta corriente del pensamiento tiende a establecer una relación positiva entre ambos vertientes de la economía de un país: regular e irregular. Interpretando que la expansión de la economía informal es una fuente de dinamismo empresarial para el conjunto del tejido productivo (Soto, 1986), lo que “puede llevar a más competencia y a una mayor eficiencia, poniendo límites y fronteras más estrictas a las actividades gubernamentales” (Schneider and Klinglmair, 2003).

### 1.2. El enfoque de la Economía Política

Alternativamente, se registran formulaciones en sentido contrario, estableciendo una relación inversa, en tanto la expansión de las actividades informales reduciría la base fiscal de la economía en cuestión y disminuiría el potencial de producción de servicios e inversión pública necesarios para el crecimiento (Loayza, 1996).

Desde esta perspectiva, la caída de ingresos fiscales que conlleva el trasvase de actividad desde lo formal a lo informal, significaría la pérdida de uno de los elementos básicos para el desarrollo.

Algunos autores señalan que este último tipo de relación es más identificable en los países menos desarrollados o emergentes, dada la ineludible necesidad de los recursos públicos para generar las inversiones (de infraestructura, servicios básicos, etc.) imprescindibles para que los procesos de desarrollo económico despeguen y se consoliden.

Bajo este enfoque, crítico con los postulados de la economía neoclásica, se contempla la existencia de una multiplicidad de motivaciones para la presencia de informalidad en las economías, entre las que se puede contemplar la voluntariedad de ocultación, pero sobre todo otros aspectos tales como el desconocimiento de normativas, la presencia de determinadas restricciones políticas, técnicas y físicas frente a la acción fiscalizadora del Estado o las propias limitaciones de los aparatos estadísticos.

En general, bajo este enfoque, y pensando en realidades latinoamericanas, la informalidad tiene más un carácter de subsistencia, de actividades que no reúnen condiciones para competir en mercados abiertos. En este sentido, se ha apuntado que “el empleo informal

es más una actividad de último recurso para la población en ausencia de recursos vitales alternativos, más que una elección voluntaria, como asegura el enfoque neoliberal” (William & Yousef, 2014:8).

En la perspectiva de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), “las diversas interpretaciones acerca de la informalidad laboral se sustentan en concepciones teóricas diferentes, en los que algunas toman como marco de referencia realidades socioeconómicas ajenas a la realidad de la región, o hacen referencia a fenómenos distintos bajo la misma denominación, como sucede con las economías subterráneas (extralegales)” (CEPAL, 1993). Y bajo esta perspectiva distingue entre los siguientes enfoques a la hora de interpretar de forma global el fenómeno: estructuralista, ortodoxo y nuevas formas de organización del trabajo.

## **2. ALGUNOS CONCEPTOS RELATIVOS A LA INFORMALIDAD EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA**

Antes de iniciarnos en la práctica internacional en la lucha contra este fenómeno, en un intento de emerger estas actividades a la escena de la formalidad, conviene detenerse, siquiera brevemente, en la presencia en la literatura de multitud de términos que se refieren al fenómeno en estudio pero que difieren, no solo semánticamente sino también en sus contenidos precisos. Hablamos como si fueran conceptos semejantes de *economía sumergida* o de *economía informal*, o de *dinero negro*, o de *empleo irregular*, o de *empleo informal*. La precisión del concepto que estamos utilizando en cada momento es fundamental, de un lado, para definir las pertinentes metodologías de estimación cuantitativa del fenómeno, pero también, y de otro, para adecuar las medidas que se arbitren para la emersión o la reducción del espacio de difusión del mismo. Vamos a precisar algunos de los conceptos manejados a tales efectos.

### **2.1. Economía informal versus economía sumergida**

A efectos de entendernos cuando hablamos de economía sumergida (u otros términos literarios semejantes aunque no analíticamente, equivalentes), convendría precisar, siquiera de forma breve, a qué nos referimos y cuáles son los perfiles básicos del fenómeno.

El debate conceptual sobre la definición de economía sumergida tiene ya un largo recorrido en el mundo académico, desde que en la década de los setenta del siglo pasado el estudio de la economía sumergida adquiriera entidad y se expandiera entre los investigadores sociales de los países desarrollados. Así la OCDE hablaba hace ya algunas décadas, de “Producción Legal no Declarada” como concepto definitorio de la economía oculta, con el fin de proceder a su estimación.

En este sentido, se ha indicado que no es conveniente identificar el fenómeno de la ocultación de la actividad económica tal como se manifiesta entre los países desarrollados y las formas de expresión del mismo en los países en desarrollo o emergentes (denominada aquí, habitualmente, “economía informal”). El contexto económico y político-institucional es notablemente diferente e incluso el instrumental de análisis a utilizar y, por tanto, habría de diferir el modo de abordarlo, de forma sustancial, para una u otra agrupación de países.

Por otro lado, Víctor Tokman (2001b:157) recuerda que “el concepto de sector informal se introdujo en 1972 en el informe de la OIT sobre Kenia inspirado, a su vez, en un artículo previo de Hart (de 1970). El aporte conceptual consistió en llamar la atención acerca de que, en países de menor desarrollo relativo, el problema de empleo se concentra no tanto el desempleo [típico en los países desarrollados] sino, principalmente, en aquellos que estando ocupados reciben ingresos insuficientes”. Definiendo así el fenómeno con perfiles diferenciados en los países de bajo índice de desarrollo frente al que se identifica en los más desarrollados.

Por ello, respecto a los perfiles básico del fenómeno en análisis, conviene precisar, que cuando se habla de economía sumergida, se hace referencia, de forma genérica, al conjunto de actividades productivas “no contabilizadas” en los instrumentos convencionales que se utilizan para medir la producción de bienes y servicios de un determinado territorio y en un periodo de tiempo dado.

Ahora bien, el flujo económico que se origina en dicha producción genera, a su vez, un flujo de rentas que alimenta otro de consumo. Si contáramos con algún mecanismo de estimación de cada uno de estos flujos, de forma independiente, comprobaríamos que no necesariamente coinciden en valor, es decir que la producción “oculta” no tiene por qué coincidir con las rentas homónimas que, a su vez, acaban en consumo o ahorro, ocultos o no.

En la práctica real de la actividad económica, lo “regular” y lo “irregular” no constituyen compartimentos estancos en cada unidad productiva o agente económico. Es decir, un productor puede generar al mismo tiempo bienes o servicios sumergidos o emergidos, un receptor de rentas obtener ingresos formales o informales en un mismo periodo de tiempo y un consumidor gastar de forma simultánea en el tiempo en comercios regulares o irregulares. La línea de demarcación entre lo uno y otro lado del sistema, económicamente hablando, no está claramente identificada con algún sujeto económico en exclusiva, sino que más bien todos (o muchos) participan en algún momento de ambos.

## **2.2. Economía informal/sumergida versus dinero negro**

La actividad financiera, que se alimenta del ahorro, pero con capacidad propia para expandir su valor, a través de los productos financieros circulando de forma autónoma, con respecto a la producción de bienes y servicios, también puede incluir en su seno una determinada partida de “dinero negro” no coincidente en su cuantía exacta y para un periodo concreto, con los flujos irregulares de actividad real. Es decir, a efectos de análisis y sobre todo de cálculo de lo que se denomina genéricamente economía sumergida, tendríamos que precisar *a priori* de qué flujo estamos hablando.

En suma, desde un punto de vista contable, los flujos de producción, renta y consumo son equivalentes para el conjunto de la economía pero no necesariamente en cada una de las dos partes en las que la hemos considerado subdividida, “negra” y “blanca”. Como tampoco lo son el flujo de dinero que procede de actividades no declaradas (dinero negro) y el valor de la producción o del consumo no declarados

### 2.3. Economía informal/sumergida y/o dinero negro versus fraude fiscal

Por otro lado, conviene tener presente también que la definición aplicada al concepto de sumergido, en la práctica de las economías desarrolladas, se acerca, cuantitativa y cualitativamente, aunque no necesariamente con absoluta precisión, al concepto de fraude fiscal. En la praxis académica son numerosos los trabajos que han tratado de estimar el volumen de la economía sumergida para un periodo dado a través del cálculo del fraude fiscal habido en tal tiempo (Tanzi, 1980 y 1982), que se supone deriva de la práctica de la informalidad y, es, a su vez, el *leiv motiv* de esta. Y viceversa, estimar el volumen de fraude fiscal a partir de cálculos previos de la economía sumergida (Schneider).

Es decir, se asume que lo “sumergido” conlleva cierto grado de voluntariedad en el sujeto económico que lo practica en un contexto donde la fiscalización del Estado alcanza a todos y a cada uno de los agentes económicos (por el lado de la producción, de las rentas o del consumo). Por tanto, no ha lugar a considerar que lo sumergido es debido a un acto involuntario o simplemente a lagunas en la fiscalización/contabilización de la actividad.

En los países desarrollados nada escapa a la contabilización de los mecanismos fiscalizadores (salvo error u omisión). Otra cosa es que las convenciones contables (internacionales) excluyan del cálculo de los flujos económicos a ciertas actividades a las que se considera ilegales (prohibidas), tal como la producción y distribución de drogas no legales, la prostitución o el proxenetismo, el contrabando, la corrupción, etc., según las legislaciones, o a aquellas otras que producen bienes y servicios que no transitan por el mercado (producción doméstica, producción agrícola para el autoconsumo, etc.). Actividades que generan rentas y cuyos bienes o servicios se consumen, dando lugar, en el caso de las ilegales, a un importante flujo “dinero negro”, no concordante con partida alguna de la Contabilidad Nacional, que por imperativo legal, no estima estas actividades, aunque pudiera (Tanzi 1999).

En suma, no todo lo que se produce, las rentas generadas o el consumo realizado, se contabiliza. Y, sin embargo, aunque una parte de ello no se contabilice, sí utiliza dinero en su circulación —excepto en la producción doméstica o en el autoconsumo— y, por tanto, aumenta la demanda de este medio de pago, contribuyendo a expandir su oferta.

Finalmente, conviene señalar, en este sentido, que “la realidad es, sin embargo, más matizada. Ni el sector formal opera absolutamente “en negro”, ni su opuesto el sector moderno, lo hace con un irrestricto apego a la legalidad. Predominan en cambio las llamadas áreas grises, caracterizadas por el cumplimiento parcial de ciertos requisitos legales o procesales, incluyendo la legalidad absoluta, pero también la legalidad plena (Tokman&Klein, 1996).

### 2.4. Empleo irregular o informal versus trabajo decente

Recientemente la Organización Internacional del trabajo, con referencia a su ámbito de competencia, ha definido el “empleo informal” como un concepto en el que se incluyen los siguientes tipos de trabajo: “(i) autoempleados en sus propias empresas del sector informal, (ii) empleadores empleados en sus propias empresas del sector informal, (iii) ayudas familiares en empresas del sector formal o informal, (iv) miembros de cooperativas

de productores informales, (v) empleados que tienen empleos informales en empresas del sector formal o informal o como trabajadores domésticos retribuidos en los hogares; (vi) autoempleados enrolados en la producción de bienes exclusivamente para su uso final por sus hogares, si ellos son considerados empleados dado que la producción comprende una contribución importante al total del consumo de los hogares”. Y a estos efectos se considera que los empleados tienen trabajos informales si sus relaciones laborales no están sujetas, legalmente o en la práctica, a la legislación laboral nacional, la fiscalidad de la renta, la protección social o el acceso a ciertos beneficios del empleo (tales como el aviso anticipado del despido, la indemnización por despido, el pago en cómputo anual o la prestación por enfermedad)” (ILO, 2012).

Frente a definiciones anteriores más antiguas, en las que la conceptualización del empleo informal resultaba más lasa (empleos del sector informal, comprendiendo todos aquellos que existen en empresas con una dimensión de menos de 10 trabajadores), ahora se opta por una definición de carácter legal, que tipifica a los asalariados, según la legalidad de su vínculo y a los no asalariados, según la declaración o no del resultado de sus actividades.

Pero, al mismo tiempo este organismo introduce el concepto de “trabajo decente”, que según su definición no incluiría a ciertas formas de prestación laboral aunque se realizarán en condiciones legales. Por lo que dejaría fuera del ámbito del “trabajo decente” a todo el trabajo informal, pero también a parte del formal. Constituyendo así el “trabajo indecente” un espacio más amplio que el del empleo informal.

## 2.5. Metodologías de estimación

Una última cuestión a considerar, que enlaza con las consideraciones anteriores, se centra en la dificultad de estimar el fenómeno en análisis. Cualesquiera de los flujos posibles, producción, renta o consumo, o la circulación monetaria, no declarados, resultan sumamente difíciles de estimar, entre otras cosas, porque no se ubican en compartimentos estancos y fluyen desde lo “negro” a lo “blanco” (y viceversa) de modo continuo, como se ha señalado con anterioridad.

De forma directa, resulta complicada su estimación, dado que el investigador se enfrenta a la voluntariedad de ocultación o a la ignorancia de su estatus por parte de los sujetos que actúan en el ámbito informal y que, por tanto, no lo van a reconocer ante cualquier estimador o evaluador ajeno. Y, cuando se trata de evaluarlo de forma indirecta, que es el modo en el que en la mayor parte de los casos se está estimando este fenómeno, nos enfrentamos a notables dificultades conceptuales y metodológicas para obtener resultados con ciertas dosis de verosimilitud, que además no son susceptibles de ser contrastadas empíricamente.

De ahí que, ante estas limitaciones en las metodologías de estimación desarrolladas, no resulte factible comprobar, por ejemplo, con datos verosímiles en la mano, el carácter anticíclico o no del fenómeno socioeconómico que estamos analizando, aspecto de singular interés sociopolítico y sujeto a un intenso debate.

Bajo estas premisas, y como cabría esperar, no existe acuerdo entre los especialistas sobre cómo evolucionará la economía sumergida durante los próximos años, ni sobre cómo

lo ha hecho al compás del desarrollo de la crisis actual. Tanto a escala del análisis microeconómico (sobre el comportamiento de los agentes económicos) como en el análisis macro nos movemos en un conjunto de conjeturas, con frecuencia contradictorias entre sí, que no facilitan una comprensión unívoca de la estética del fenómeno ni tampoco de su dinámica.

Y a pesar de que la reducción de la economía sumergida se considera un indicador de modernización, en la opinión de los especialistas, lo que más pesa sobre la evolución del fenómeno es la incertidumbre. La ambigüedad de su trayectoria expresa el conflicto entre los procesos y comportamientos que tienden a reducir la economía informal y los que impulsan su dinámica con respecto al conjunto del sistema económico.

### **3. MICROECONOMÍA DE LA ACTIVIDAD SUMERGIDA**

Abordar el análisis de las medidas implementadas para la lucha contra la informalidad requiere, de un lado, un conocimiento detallado de los agentes que en ella participan y su comportamiento económico (nivel microeconómico) y, de otro, establecer algunas hipótesis sobre el funcionamiento de la economía en su conjunto y en presencia de actividades no declaradas y, por extensión de empleo irregular o informal.

Pero, adicionalmente, y como resulta obvio, es imprescindible contar con la voluntad política suficiente y expresa por parte de las autoridades públicas para poder no solo diseñar tales medidas sino para su implementación, seguimiento y evaluación. Analicemos estos dos primeros aspectos antes de introducirnos en el estudio de los lineamientos internacionales, en particular, en Europa y América Latina, sobre tales tipos de medidas.

Una parte importante del análisis del fenómeno se ha centrado en la definición de modelos “causales” que han servido de base a la elaboración de metodologías de estimación cuantitativa bajo diversos supuestos. Desde los trabajos pioneros de Frey&Pommerehne (1982 y 1984) hasta los más recientes de Schneider (Schneider, 2005 y 2012) se han desarrollado numerosos análisis causales de la economía sumergida que han dado pie a diferentes interpretaciones teóricas, así como los consiguientes trabajos empíricos, tratando de ratificar las hipótesis insertas en el marco teórico.

De un lado, sobre los factores explicativos del mismo y su relación con él, y de otro, sobre el impacto de este fenómeno y su dinámica en la marcha del equilibrio macroeconómico, en general y en sus diferentes componentes, y en el discurrir del propio crecimiento de la economía globalmente considerada.

Son más escasos los trabajos que tratan de mostrar una visión más integral considerando los comportamientos de los agentes económicos ante determinados contextos, considerando los factores que inducen o que inhiben, según el caso, a la praxis de la ocultación de las actividades económicas (productivas, de consumo o financieras).

Es decir, estableciendo una especie de balance coste/beneficio, que, en el plano microeconómico, pero con resultado en el ámbito macro, explique hacia donde se inclina la balanza, hacia lo “blanco” o hacia lo “negro”, como caracterización de la actividad en su relación con las regulaciones y normas legales de todo tipo.

Y, sobre este hecho, habremos de considerar no sólo los aspectos relacionados con los determinantes de la dinámica del fenómeno, sino que es de singular importancia tener en cuenta las actitudes de los diferentes agentes económicos y sociales y sus posibles trayectorias evolutivas. Ello condicionará la determinación de variables tan importantes como la moralidad fiscal de los ciudadanos y la eficacia de los instrumentos de control y sanción de los comportamientos fraudulentos, por ejemplo.

Hagamos un ejercicio conceptual de definición de los beneficios que puede obtener alguien que sumerge su actividad (la oculta) y los costes que ello puede generarle al mismo tiempo. Pensemos en actividades productivas y desde la perspectiva del empresario o gestor que toma la decisión de sumergirse. Conviene diferenciar, a los efectos de este ejercicio, entre diferentes sujetos económicos, particularmente entre empresarios y autónomos y asalariados, debido a la diferente función socioeconómica que cada uno de ellos juega en los mercados y, por tanto, el rango jerárquico que ostentan a la hora de tomar decisiones de ocultación de su actividad.

La presencia de un elevado número de autónomos entre los activos en la economía informal le confiere una especial relevancia a esta figura. En principio, en la función de costes-beneficios individual que aquí se desarrolla, se le confiere una capacidad de decisión propia, lo que en la realidad de muchas economías emergentes no deja de ser una ficción, ya que en la práctica se desenvuelven en una situación de subsistencia, y su estatus ocupacional es más debido a la exclusión del mercado formal que a una decisión propia. Si es así, la decisión de ocultarse más que voluntaria es sobrevenida y, sus posibles vías de emersión pasarían más por un puesto de trabajo como asalariado que como autónomo formal. No obstante, la definición de los costes y beneficios de la ocultación tiene un valor conceptual para entender genéricamente estas situaciones.

### 1) Beneficios de la ocultación

- Menor o nula carga fiscal sobre transacciones y/o rentas generadas (incluyendo cotizaciones a la Seguridad Social), así como compras, en su caso.
- Se mantiene el beneficio de uso de bienes públicos y de algunas prestaciones sociales sin contribuir a su financiación, es decir sin coste adicional (sanidad universal, por ejemplo). Cuanto mayor sea la eficiencia del sector público en la provisión de tales servicios, menor es el coste de oportunidad en el que se incurre por mantenerse en la vertiente informal de la economía, atendiendo a esta provisión de servicios.
- Menores costes derivados de las cargas que supone la regulación administrativa de todo orden (normas sanitarias, laborales, de ordenación urbanística, etc.). Aquí es importante tener en cuenta el tiempo empleado en atender a requerimientos burocráticos de todo orden.
- Mayor flexibilidad: en la vertiente de organización y en la productiva (mayor flexibilidad laboral, interna y externa), en consecuencia, menor coste laboral. A mayor rigidez en la vertiente formal de la economía, el coste de oportunidad de la ocultación disminuye (lo que significa aumento de beneficio).

Luego, la economía sumergida tenderá a incrementarse en un contexto donde, en principio, la carga fiscal sea mayor, los servicios públicos (de provisión universal o gratuitos) sean más abundantes, las normas que regulan la actividad productiva sean más intensas o el manejo que de ellas hacen las Administraciones Públicas, sea en mayor medida ineficiente –especialmente en lo que se refiere a instituciones fiscalizadoras– y, además el entorno regulatorio en el que se desenvuelve la actividad productiva puede ser muy rígido.

Pero, de forma simultánea, quien decide sumergir toda o parte de su actividad productiva, asume unos riesgos, enfrentándose a determinadas dificultades, que inciden real o potencialmente en su estructura de costes. Así pues el coste de la ocultación a efectos de una actividad productiva del tipo que sea, para empresarios o autónomos, vendrá determinado por, al menos, las siguientes situaciones o variables:

## 2) Costes de la ocultación

- Posibilidad de penalización por incumplimiento de normas:
  - Económicas (sanciones, recargos, etc.)
  - Penales (cárcel, inhabilitación, etc.)

La estimación de estos costes estaría en relación con lo que se ha denominado “fuerza de la regulación” (Loayza&Rigolini, 2006:5), que comprendería aspectos como:

- a) Rango o intensidad de las penalizaciones en la normativa (formas, cuantía, etc.)
- b) Eficacia en el funcionamiento de los mecanismos de inspección y sanción, lo que determina, en parte, la probabilidad de detección de la situación irregular (a mayor eficacia, mayor coste para lo sumergido).
- c) Moralidad fiscal, que deviene en una mayor o menor reprobación del entorno social y afecta, de un lado, a la eficacia de los organismos de inspección y, de otro, introduce un coste variable de orden moral (subjetivo), no mensurable pero incidental en esa dinámica del fenómeno.
  - Menor accesibilidad a beneficios sociales (subvenciones, etc...).
  - Posible menor productividad, particularmente por:
    - a) Menor capitalización (mayores dificultades de acceso a mercados de capitales y tecnológicos).
    - b) Menor rendimiento del trabajo (a causa de peores condiciones laborales en la informalidad, aunque pueden ser compensadas por mayores incentivos pecuniarios).
    - c) Pérdida de economías de escala (por menor dimensión).
  - Mayor dificultad de acceso a mercados extra locales (freno a la movilidad del producto y suministros más caros).
  - Mayor dificultad de acceso a financiación externa (costes financieros más elevados).
  - Costes de ocultación física (instalaciones específicas, asesorías más especializadas, pagos a funcionarios corruptos –mordidas, en la jerga mexicana–, etc.).

Los sujetos productores de bienes y servicios adoptarán la decisión de "sumergir" (total o parcialmente) la actividad que desarrollan, según el resultado de esta función de

costes-beneficios para cada uno en particular. Como resulta obvio, las decisiones individuales no se adoptan tras una estimación cuantitativa precisa de esta función (que incluye variables de difícil evaluación) sino tras una aproximación, probablemente más intuitiva (y, por lo tanto, subjetiva), considerando todas o alguna de las variables contempladas (e incluso otras posibles).

Algunos de los beneficios obtenibles con la informalidad por empresarios y autónomos pueden considerarse costes para los asalariados y viceversa. Por ello podemos entender que para éstos su función de coste/beneficio vendrá determinada por factores diferenciados respecto a la figura empresarial.

### 1) Beneficios de la ocultación

- Menor o nula carga fiscal sobre rentas obtenidas.
- Se mantiene el beneficio de uso de bienes públicos y de algunas prestaciones sociales sin contribuir a su financiación, es decir sin coste adicional (sanidad universal, por ejemplo). Cuanto mayor sea la eficiencia del sector público en la provisión de tales servicios, menor es el coste de oportunidad en el que se incurre por mantenerse en la vertiente informal de la economía, atendiendo a esta provisión de servicios.

### 2) Costes de la ocultación

- Mayor flexibilidad: en la vertiente de organización y en la productiva (mayor flexibilidad laboral, interna y externa), en consecuencia, menor retribución salarial.
  - Posibilidad de penalización por incumplimiento de normas bien con sanciones económicas (multas, recargos, etc.) o bien con sanciones penales (cárcel, inhabilitación, etc.) o de otro orden, aunque, en general, enmarcadas en un menor grado de responsabilidad en la existencia y continuación de la ocultación en la que participe.
- La estimación de estos costes estaría, como en el caso anterior, en relación con lo que se ha denominado “fuerza de la regulación”.
- Menor rendimiento del trabajo (a causa de peores condiciones laborales en la informalidad, aunque pueden ser compensadas por mayores incentivos pecuniarios) y, en consecuencia, menor productividad, particularmente por puestos de trabajo menos tecnificados (menor inversión) y con carencias de formación, lo que redundaría en menores ingresos unitarios (salario hora)
- Mayores dificultades para el acceso a financiación externa (hipotecas, créditos al consumo, etc.) por falta de avales o garantías y mayores riesgos económicos y penales, lo que significaría mayores gastos financieros.
- Pérdida o disminución de cuantías de o en las prestaciones sociales vinculadas a relación laboral formal (subsidio de desempleo, pensiones, etc.).

Pero en la toma de este tipo de decisión hay que contemplar una doble dimensión de la subjetividad del agente económico que decide:

- a) La valoración que el sujeto concede a las anteriores variables, muchas de ellas de difícil estimación cuantitativa,

- b) la determinación del rendimiento “asumible” o “razonable” (beneficio) derivado de su actividad productiva y que, si bien puede venir influido por la existencia de unos estándares generalmente admitidos en cada rama o actividad productiva, también incluye elementos de tipo subjetivo; dicha rentabilidad se contrasta con el nivel alcanzable en el marco de la economía regular, variable según el ciclo económico.
- c) Si tales rendimientos se alcanzasen sin dificultad en el ámbito regular, el incentivo a sumergirse disminuye, sin duda, de forma notable y
- d) el comportamiento del resto de agentes económicos y sociales que interactúan con el sujeto que se sumerge (es decir, su entorno económico, psicosocial y social):
  - o Su propio entorno familiar y social, que hará más o menos compleja la decisión de sumergirse desde un punto de vista socio-moral e incluso afectará a la probabilidad de detección por parte de los servicios de fiscalización correspondientes. Todo ello, en relación con la cultura social y fiscal de dicho entorno, que obviamente varía de país a país y de región a región y con relación a variables sociodemográficas (edad, estado civil, nivel de estudios, ocupación, etc.).
  - o La plantilla que trabaje en las empresas irregulares o informales, puede aceptar en mayor o menor grado la situación de “trabajo negro” en la que se vería inmersa, según su situación sociolaboral, su propia función de costes-beneficios –interactuando con la de la empresa– y, finalmente, su valoración moral del fenómeno.

En el mayor o menor nivel de rechazo a las prácticas de ocultación por los trabajadores incide:

- a) el tipo de relación laboral establecida (más o menos autoritarismo o prevalencia de la decisión del empresario en la toma de decisiones),
- b) la tipología empresarial al uso (sociedades, empresas individuales, cooperativas, etc.),
- c) la presencia y actitud de organizaciones sindicales o de otro cariz (ONGs, etc.) en el seno y en el entorno de la empresa y, finalmente,
- d) las formas de acceso a las prestaciones sociales establecidas y sus propias características.

Cuestiones todas ellas de sumo interés a la hora de pensar en mecanismos e instrumentos eficientes y eficaces para facilitar la formalización de las actividades sumergidas, como se verá más adelante.

Es preciso, no obstante, tener también en cuenta que la decisión de ocultarse o no corresponde, en general, al empresario o gestor empresarial, siendo la consideración de los asalariados hacia la ocultación un factor secundario, que no obstante puede incidir en los costes de ocultación.

Los asalariados sometidos a situación de ocultación definirán su actitud hacia el fenómeno también, dibujando su respectiva función de coste/beneficio, aunque eso sí no tomen parte en la decisión, o solo de forma excepcional.

Y, adicionalmente, resulta fundamental también, en la toma de decisión de la ocultación, total o parcial, por parte de las empresas:

- El entorno socioeconómico de clientes y proveedores, con sus propias funciones de costes-beneficio, que interactúan con la del empresario que contrata y las condiciones socio-morales de dicho entorno (que pueden diferir respecto a otros entornos, como ocurre al comparar, por ejemplo, esta condición en unos países con respecto a otros).
- La actitud de las diferentes Administraciones Públicas ante el fenómeno, que puede oscilar entre la oposición radical y la tolerancia y, en algunos casos, la complicidad o connivencia, dependiendo de variables cíclicas (coyuntura económica) y de variables socioestructurales que caracterizan de forma colectiva (o mayoritaria) a la sociedad en la que se inserta el ocultador.

Lo cual afecta a la actitud de reguladores y fiscalizadores y sus posibles alteraciones a lo largo del tiempo (indicativo de la moralidad fiscal colectiva, la tolerancia social al fraude y la corrupción, etc.), además de, como es obvio, su propia idiosincrasia política e ideológica que conforman, ya “a priori”, una determinada valoración del fenómeno de la economía sumergida.

Todo este conjunto de elementos puede ser afectado en una u otra dirección como resultado de la situación económica en la que se vive. Afectación que, necesariamente, habrá de ser intensa en los momentos de fuerte depresión económica, como el vivido durante la Gran Recesión pasada, de 2008-2014.

#### **4. ENFOQUE MESOECONÓMICO**

Desde una perspectiva agregada, veamos ahora los elementos que entran en juego en cada una de las variables analizadas en esta hipotética función de costes-beneficios de la economía sumergida como resultado de la depresión financiera y económica actual (análisis válido para cualquier otra situación depresiva) y en qué dirección evolucionaría la función de costes-beneficios agregada a partir de la suma de comportamientos individuales sobre la que nos estamos apoyando para interpretar la dimensión y evolución de la economía sumergida o informal en diferentes escenarios socioeconómicos.

Analicemos, en primer lugar, cuáles son los posibles impactos a considerar a los efectos de una situación depresiva, tal como la Gran Recesión de 2007-2014 –según países–, sobre los productores de bienes y servicios, en general y como, en una primera instancia, afectarían dichos impactos a la función de costes-beneficios de la ocultación. En la tabla 1, se indica, en la columna de la izquierda, algunas de las situaciones derivadas de la depresión económica y las actuaciones políticas desarrolladas para atajarlas; en las casillas se ha representado el posible impacto relativo de tales situaciones sobre la función coste beneficio que explicaría una mayor o menor propensión a la ocultación.

De este modo, cabe esperar que las situaciones derivadas de la depresión puedan contribuir a incrementar o disminuir los beneficios de la ocultación o, de igual modo, los costes (en relación con la situación anterior a la depresión), lo que se trata de reflejar en las casillas marcadas con una X en la tabla 1.

**Tabla 1.** Cambios relativos en la función Coste/Beneficio de la ocultación como resultado de una depresión económica y/o financiera.

SITUACIONES DERIVADAS DE UNA DEPRESIÓN ECONOMICA	AUMENTAN LOS COSTES DE LA OCULTACION	DISMINUYEN LOS BENEFICIOS DE LA OCULTACION	DISMINUYEN LOS COSTES DE LA OCULTACION	AUMENTAN LOS BENEFICIOS DE LA OCULTACION
Escasez de crédito			X	
Descenso del empleo formal, incremento del desempleo			X	
Déficit público (recorte gasto público)		X		
Déficit público (incremento tributación)				X
Deflación		X		
Reducción de rentas de las familias				X
Caída de la demanda agregada			X	X
Tolerancia en el entorno (aumenta situaciones de "riesgo moral")			X	
Reformas estructurales	X	X		
Tolerancia en las administraciones			X	
Campañas antifraude	X			

Fuente: Ruesga, Carballo &amp; Pérez (2013)

Como efectos de la crisis se pueden producir, por tanto, una serie de situaciones que aumentarían los beneficios relativos o reducirían, también en términos relativos, los costes de producción como posible resultado de:

- Una mayor disponibilidad de oferta de trabajo* (que presionaría los salarios a la baja, aunque probablemente con mayor intensidad que en el sector formal).
- La escasez generalizada de crédito* empeoraría la situación ventajosa relativa que, en este terreno, gozaba la economía regular en la fase expansiva, dadas las dificultades de la actividad irregular para acceder al crédito formal y tener que acudir o bien a capital propio o bien a fuentes informales de financiación, en general, más costosas.
- El *elevado déficit público* y las *políticas adoptadas para su reducción y equilibrio (políticas de austeridad)*, tendrían un efecto ambiguo en cuanto a la expansión o contracción de la economía sumergida. Por un lado, la menor dotación de servicios públicos y, posiblemente, su menor calidad, como resultado de recortes en el gasto, redundaría en que uno de los beneficios obtenibles con la ocultación (Maloney, 2004), –servicios públicos a coste cero o menor, en términos relativos–, disminuiría. Por otro lado, en sentido contrario, operaría el posible aumento de la carga fiscal, también para compensar el déficit que, dependiendo de en quien recaiga la carga en mayor o menor cuantía relativa (productor, consumidor), tendría un mayor o menor efecto contractivo sobre la economía formal y posiblemente expansivo sobre la informal.

- d) Por otro lado, de la depresión se deriva un proceso de *deflación* más o menos acusado, vinculado a la caída de la demanda y relacionado con la deflación salarial que se deriva de las políticas económicas adoptadas frecuentemente adoptadas en los periodos de crisis (políticas de austeridad, como se ha señalado más arriba); en la medida en la que existiera, con anterioridad a la depresión, un diferencial de inflación entre ambos lados de la economía favorable a la vertiente informal, esta situación deflacionaria tendería a reducir las ventajas de estar en el lado oculto de la actividad, pues ya no jugaría con una ventaja competitiva vía precios tan destacada, respecto a la producción regular.
- e) *Caída de la demanda agregada*. En principio, la contracción de la demanda agregada podría afectar a ambos lados de la economía, pero en función de cómo evolucionen el resto de las situaciones contempladas, se podría producir un cierto desplazamiento de la demanda (cambio en las preferencias de los consumidores, que se pueden volver más tolerantes con la infracción, buscando bienes y servicios más baratos para mejorar su renta disponible) hacia el lado informal lo que favorecería un aumento de la oferta en el mismo, a expensas de la producción en la vertiente regular.
- f) *Reducción de rentas de las familias*. Lo que afectaría negativamente a la ya adversa evolución de la demanda agregada, al tiempo que se produciría un aumento de la oferta potencial de mano de obra para cualquier tipo de empleo (incluido los informales). De igual modo se produce el ascenso de los buscadores de renta que puede afectar al nivel de fraude y a los diversos mecanismos de prestación social o transferencia de rentas públicas hacia las familias.
- g) *Tolerancia en el entorno*. Todo ello, en relación con un posible aumento de la tolerancia hacia actuaciones irregulares. Esta situación reduciría notablemente la efectividad de los mecanismos de fiscalización y reduciría, por tanto, la probabilidad de detección de las irregularidades. Esta posible evolución de las actitudes sociales, asimismo, podría producir un cierto impulso sobre la base lo reflejado en el punto siguiente. Adicionalmente, este posible cambio de aptitud en el entorno favorece también la relajación del sentido de culpa en el propio sujeto que practica la ocultación, reduciendo, sin duda, las barreras morales a la expansión de la economía sumergida. Esta tolerancia del entorno socioeconómico hacia los “sumergidos” puede incluso intensificarse, cuando se trata del propio ámbito empresarial, no exento también de contradicciones. En un plano más general, se adopta un tono exculpatorio frente a dicho fenómeno, interpretando su existencia como resultado de la *excesiva y opresiva* intervención de las administraciones en la vida económica, particularmente en lo que respecta a la presión fiscal. Pero, “simultánea y contradictoriamente, cuando se plantea la forma de emerger estas actividades, en parte se clama por la intervención de las Administraciones en forma de ayudas diversas” (Ruesga Benito, 2000:78-79).
- h) *Tolerancia en las Administraciones Públicas*.  
En relación con lo anterior y sobre todo en aquellos niveles más bajos de la Administración, con mayor cercanía al ciudadano y a sus problemas derivados de la depresión, puede desarrollarse una aptitud de cierta connivencia con las prácticas informales en la producción y comercialización de bienes y servicios que disminuyen el coste de la informalidad al reducir la probabilidad de su detección.

Esta “comprensión” por parte del entorno político-administrativo del sujeto que oculta su actividad reduciría, en definitiva, la presión para el cumplimiento de la norma, rebajando el coste de transición o permanencia en la irregularidad.

Algo similar cabría interpretar que ocurriría en el entorno laboral de la actividad oculta; los trabajadores en ella inmersos bien por miedo al desempleo o bien por “comprensión” de la situación serían menos proclives a denunciar las transgresiones a la normativa laboral.

Podría ser extensible este comportamiento, incluso a determinadas asociaciones de trabajadores que no se enfrentarían a la posible connivencia de sus afiliados con la irregularidad.

- i) *Reformas estructurales*. Como reacción a los efectos de la crisis y en el contexto de las políticas implementadas se pueden estar alterando los estímulos implícitos en la normativa a la ocultación; así, por ejemplo, podría ocurrir que determinado tipo de reformas orientadas a dotar de mayor flexibilidad al marco laboral disminuirían el atractivo de la informalidad, ya que las diferencias entre uno y otro lado de la actividad en materia de flexibilidad laboral se verían reducidas de una manera más o menos intenso. De este modo la actividad informal perdería atractivo, relativamente, pues su beneficio diferencial se vería reducido para el sujeto que se sumerge en ella.
- j) En sentido contrario, podrían operar otro tipo de reformas, como algunas de las llevadas a cabo en el ámbito financiero, pues introduciendo mayores controles a la práctica bancaria se estaría dificultando el acceso de la informalidad al crédito, con respecto a situaciones anteriores.
- k) El resultado sería pues ambiguo, dependiendo del tipo de reformas realizadas y de la dirección de las mismas, de su mayor o menor flexibilidad o de su mayor o menor grado de regulación o de control.
- l) Campañas antifraude. En ese contexto de crisis, es posible que los gobiernos reaccionen ante la fuerte caída de ingresos públicos, estimulando los mecanismos administrativos y jurídicos de detección y represión del fraude fiscal, laboral, etc. De generalizarse esta actitud, el coste de ocultación se incrementaría y ello redundaría en una menor expansión del ámbito de la irregularidad que en ausencia de tales medidas. Pero, también pueden reaccionar las Administraciones en sentido contrario, con medidas de “amnistía fiscal”, con la pretendida intencionalidad de aumentar los ingresos fiscales y regularizar situaciones de actividad y/o patrimonios ocultos.

Es decir, el análisis aquí realizado no permite afirmar el carácter claramente anticíclico de la economía sumergida. Algunas de las situaciones derivadas de las depresiones favorecerían su expansión (relativamente menos costes o más beneficio para la ocultación), mientras que otras operarían en sentido contrario. La estimación del balance cuantitativo de estos procesos o tendencias está por realizar y lo más que nos atrevemos a afirmar aquí es que cualquier conclusión contundente al respecto, está sujeta a múltiples dudas metodológicas, cuando menos.

## 5. ENFOQUE MACROECONÓMICO

Pero no necesariamente las conclusiones a las que se llegue después de un análisis de tipo micro-meso-económico, como el desarrollado en los dos epígrafes anteriores, son

trasladables al conjunto de una economía, en cuanto a comportamiento agregado de la vertiente sumergida se refiere.

CORRELACIÓN	AUTOR	EXPLICACIÓN
POSITIVA	Asea 1996	Economía informal provee de un gran potencial para el crecimiento de la economía global
POSITIVA	Adam & Ginsburgh, 1985	Bajo ciertos supuestos (bajos costes de entrada en la EI, debido una baja probabilidad de hacer cumplir las normas). La política fiscales un estímulo positivo para ambas, informal y formal.
NEGATIVA	Loayza (1996)	Una reducción sustancial en la EI lleva a un significativo incremento de los ingresos fiscales y por tanto a una mayor cantidad y calidad de bienes y servicios públicos que, en ultima instancia, pueden estimular el crecimiento económico. Un incremento de la EI reduce el crecimiento de la ER en economías donde: 1) La carga fiscal legal es mayor que el óptimo de carga fiscal y 2) la ejecución del cumplimiento de las normas es débil.
AMBIGUA: POSITIVA	Schneider, 2006	En los países desarrollados, si los consumidores o los empresarios soportan una alta tasa de presión fiscal y de regulación, la economía sumergida estimula/incrementa la oficial al crear un valor añadido adicional y rentas adicionales en la economía informal que se gastan en consumo formal.
AMBIGUA: NEGATIVA	Schneider, 2006	En los países en vías de desarrollo un incremento de la EI lleva a una considerable erosión de la base fiscal con la consecuencia de una menor provisión de infraestructuras públicas y de servicios públicos básicos y con la consecuencia final de un menor crecimiento.

Tabla 2. Relación entre economía irregular (EI)/regular (ER) y el crecimiento económico, según diversos autores  
Fuente: Elaboración propia sobre fuentes citadas. (Tomado de Ruesga, Carbajo y Pérez 2013)

La agregación de comportamientos individuales hasta llegar a conformar un sistema económico está tamizada por el entorno institucional que regula y modula el funcionamiento global de una economía dada.

Es en este terreno donde la investigación socioeconómica es más abundante, sujeta, en la mayoría de los casos, a la elaboración de hipótesis teóricas que tratan de interpretar la marcha de una economía dual, con dos ámbitos, el regular y el irregular, que interactúan entre sí, o a la elaboración de modelos econométricos que, definiendo un conjunto de relaciones causales para explicar la existencia de actividades sumergidas, tratan de estimar el volumen de éstas y, en algunos casos, de cuantificar su relación con determinados parámetros del equilibrio económico o con la propia dinámica de la vertiente regular de los sistemas económicos en análisis.

En este sentido, se ha señalado que “en los países latinoamericanos con una extensa economía no regulada o “informal”, /.../ la tasa de desempleo es contracíclica, porque la salida del trabajo de los trabajadores informales se incrementa dramáticamente en las recesiones. Segundo, la proporción de empleo formal en una economía es contracíclica a

causa de la dificultad de alcanzar un empleo formal desde la inactividad, el desempleo o de los empleos informales durante la recesión, más que nada por el incremento de los ceses desde el sector formal.” (Bosch and Maloney, 2008).

Diferencias en el entramado institucional, en la cultura económica o en la propia estructura productiva de los países también dan pie a relaciones matizadamente distintas entre la economía irregular y el crecimiento económico. Según Loayza&Rigolini (2006), el sector informal se comporta, en general, de forma contracíclica, pero, “*ceteris paribus*”;

- a) Es menos anticíclica:
  - I. En aquellos países donde la economía irregular es más extensa,
  - II. La productividad total es más elevada
  - III. El control ejercido por las normas de todo tipo es más elevado y
  - IV. Existe una mejor provisión de servicios públicos
- b) Y, por el contrario, el efecto anticíclico es más intenso en los países donde se registra una regulación más intensa.

Dos factores son fundamentales para entender un aspecto básico de la relación formalidad-informalidad, la vinculación entre la evolución de las actividades irregulares y la dinámica general de crecimiento económico. Tales factores son el multiplicador del gasto público y el diferencial de productividad (dinámica) entre una vertiente y otra de la economía.

Ello podría explicar que, incluso con un hipotético comportamiento contracíclico de la economía sumergida, su contribución al crecimiento global no sería compensatoria de la caída de las actividades formales.

La incidencia del multiplicador del gasto público en fases depresivas, parece que tiende ser superior al nivel que alcanzaría en periodos expansivos y, desde luego, es muy superior a lo que los organismos oficiales internacionales han venido estimando en el marco de la Gran Recesión.

El análisis teórico y empírico de tal cuestión es ya antiguo en el pensamiento keynesiano, pero se ha puesto de relevancia en el debate público sobre cuestiones económicas en relación con la Gran Recesión que se inicia en el año 2008.

Los enfoques de carácter nekeynesiano ponen en cuestión las políticas de fuertes recortes de gasto público (políticas de austeridad) en fases recesivas, dado que frenan el crecimiento minusvaloran el impacto de la contracción fiscal en la tasa de crecimiento económico (Ruesga, 2013).

Si esto es así, la traslación desde la formalidad a la informalidad de la actividad productiva significaría un impacto adicional negativo sobre la dinámica de crecimiento económico, en tanto que el avance de la informalidad contribuiría a disminuir con más intensidad el volumen de ingresos fiscales, lo que llevaría a reducciones del gasto público y, por extensión, a un impacto aún mayor en la tasa de variación del PIB.

De ahí que, dicho sea de paso, las políticas económicas habilitadas en el marco de la Unión Europea, desde el año 2010, han intensificado en valor y alargado en el tiempo los impactos recesivos sobre la economía de los Estados miembros.

Y, junto a ello, es preciso tener en cuenta que el hipotético trasvase de actividad formal hacia la irregularidad supone una caída en la tasa media de productividad, dado que por diferentes razones ya señaladas, los rendimientos del trabajo y del capital (y su evolución) son inferiores entre los informales que entre los formales.

Estos dos aspectos nos llevan a la conclusión de que, si bien la literatura económica y nuestras propias conjeturas, micro y macroeconómicas, nos permiten identificar una relación contracíclica entre las dos vertientes de un sistema económico, el formal y el informal, el resultado de una expansión de la vertiente sumergida no siempre habría de compensar, cuantitativamente hablando, el valor de la caída de la actividad global que se deriva de la ocultación de parte de la actividad regular, lo que podría significar que, a pesar del avance de lo oculto, el PIB global estimado seguiría decreciendo.

Ahora bien, es preciso no olvidar que junto a los elementos del funcionamiento de los sistemas económicos (actuación de los mercados) que inciden sobre esta dinámica del sector informal y su interacción con el formal, también lo hacen las políticas económicas aplicadas en el transcurso del ciclo. Particularmente, en los momentos depresivos, los ajustes aplicados, dependiendo de sus características específicas, cargan sobre el empleo en los segmentos productivos del sector formal donde éste goza de mayor estabilidad, sector público y grandes empresas, generando así incentivos para la expansión de la informalidad. Es lo que ha ocurrido en el ámbito de la Unión Europea a partir del año 2010, como reacción a las políticas de austeridad aplicadas para enfrentarse a los efectos de la Gran Recesión iniciada en 2008 o tras los ajustes realizados en Latinoamérica, del mismo cariz, en desarrollo del programa de reformas contenido en el denominado “Consenso de Washington”, durante las últimos dos décadas del pasado siglo.

## **6. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ENFOQUE DE LA FISCALIDAD EN PRESENCIA DE ECONOMÍA SUMERGIDA**

La existencia de diferentes sistemas fiscales tiene sin duda incidencia en la mayor o menor extensión de la economía informal. En un plano teórico, en la perspectiva del enfoque ortodoxo de la disciplina económica, se interpreta, con carácter genérico, que un incremento de la presión fiscal habría de llevar, en todo lugar y situación, a una ampliación de las actividades informales. De modo que, y a fuer de ser simplista, cabría interpretar que a mayor presión fiscal el espacio de la economía sumergida sería más amplio. O, con mayor precisión, tras un incremento de la presión fiscal (y viceversa), en la forma que se manifieste, hay que esperar un ascenso (descenso) de valor de las actividades informales (al menos de su ponderación sobre el total del valor de la producción). Así, bajo este prisma interpretativo, cualquier actuación orientada a reducir el espacio de la ocultación que significará un aumento de la carga tributaria tendría efectos contrarios a lo esperado, impulsando a nuevas actividades y los agentes económicos que las realicen al “lado oscuro” del sistema económico.

No obstante, en esta perspectiva, Willian&Yousef (2014:8) tratando de verificar tal hipótesis señalan que “no se identifica relación alguna entre los gastos del gobierno como

porcentaje del PIB, que es una proxy del grado en el que los gobiernos intervienen en el trabajo y en los acuerdos sociales, y el nivel de empleo informal". Y, sin embargo, a "sensu contrario", sí "se encuentra una asociación estadísticamente significativa, al nivel del 0,05, entre las variaciones, en un análisis transversal entre naciones, de la fuerza de trabajo en el empleo informal y la generosidad del conjunto de la protección social., tal como se mide por el Banco Mundial" (Ibidem.) Así, de este modo, estos autores –y con ellos una corriente extensa de la literatura económica sobre el fenómeno en cuestión, - concluyen que "estos descubrimientos tienen dos implicaciones: teórica y política. Comenzando con la implicación teórica, se deduce que hay serias dudas sobre si los elevados niveles de empleo informal son derivados de la presencia de elevados impuestos, corrupción e interferencias del estado en la forma antedicha. Por el contrario, estas conclusiones apoyan, tentativamente, las explicaciones del *enfoque de la modernización* que encuentra que elevados niveles de informalidad en el empleo están más bien asociados a la infrarregulación o la explicación que ofrece el enfoque la política económica que argumenta que elevados niveles de informalidad son el resultado de la infrarregulación (y no de la sobrerregulación) y de la ausencia de intervenciones del estado para proteger a los trabajadores de la pobreza" (Idem:10).

A los efectos de considerar la incidencia que sobre la dinámica de la informalidad tienen los diferentes regímenes fiscales y de seguridad social, conviene tener en cuenta varias cuestiones previas, que nos permitan identificar como impactan tales regímenes sobre el comportamiento de los agentes económicos.

Las variedades de sistemas fiscales y de sistemas de seguridad social introducen incentivos distintos (con costes y beneficios diferenciados, en la jerga analítica que aquí se viene utilizando) a la ocultación, en función de los comportamientos que inducen entre los diferentes agentes sociales.

Y aquí, conviene tener en cuenta no solo el contenido de los sistemas tributarios, que con diferentes figuras fiscales proyectan una mayor o menor carga de obligaciones sobre los agentes económicos, sino también, y de modo relevante, es preciso conocer la vertiente del gasto público, que define prestaciones sociales y servicios a la comunidad. A efectos de evaluar las actitudes frente a la informalización la variable relevante es la percepción individualizada de cada sujeto económico que toma decisiones (un a modo de "presión fiscal subjetiva"), de modo tal que una misma carga fiscal se percibe individualmente como más o menos gravosa en función de los retornos que en forma de prestaciones y servicios públicos recibe el contribuyente. De aquí que los comportamientos ante el fenómeno en estudio varíen en función, por ejemplo, de que el sujeto perciba una prestación que es individualizable (una pensión contributiva) u otra de que se obtenga con carácter generalizado para la población o un grupo concreto (que no tiene un valor individualizado, las carreteras, por ejemplo).

Esto significa, en lo que a variedad de sistemas de seguridad social se refiere, y aunque parezca paradójico, que la sustitución de un sistema de prestaciones sociales de tipo contributivo (bismarkiano) por otro de carácter universal (beveriano) puede llevar a incrementar los incentivos a la informalidad. Por ejemplo, el BID (2013:47) cita un estudio (Bosch, Cobacho&Pagés, 2013) que indica como el Seguro Popular, en México, "puede haber impedido que entre 160.000 y 400.000 empleos se vuelvan formales, es decir, aproximadamente entre el 8% y el 20% del número total de empleos formales creados a lo largo de ese periodo".

Tal variedad de sistemas actúa sobre un tejido institucional también variado, que define una mayor (gobiernos fuertes) o menor fortaleza (gobiernos débiles) de las instituciones económicas para forzar el cumplimiento de leyes y regulaciones y que al mismo tiempo va desarrollando una cultura económica que conforma comportamientos y actitudes de todo tipo de los agentes económicos ante las obligaciones fiscales.

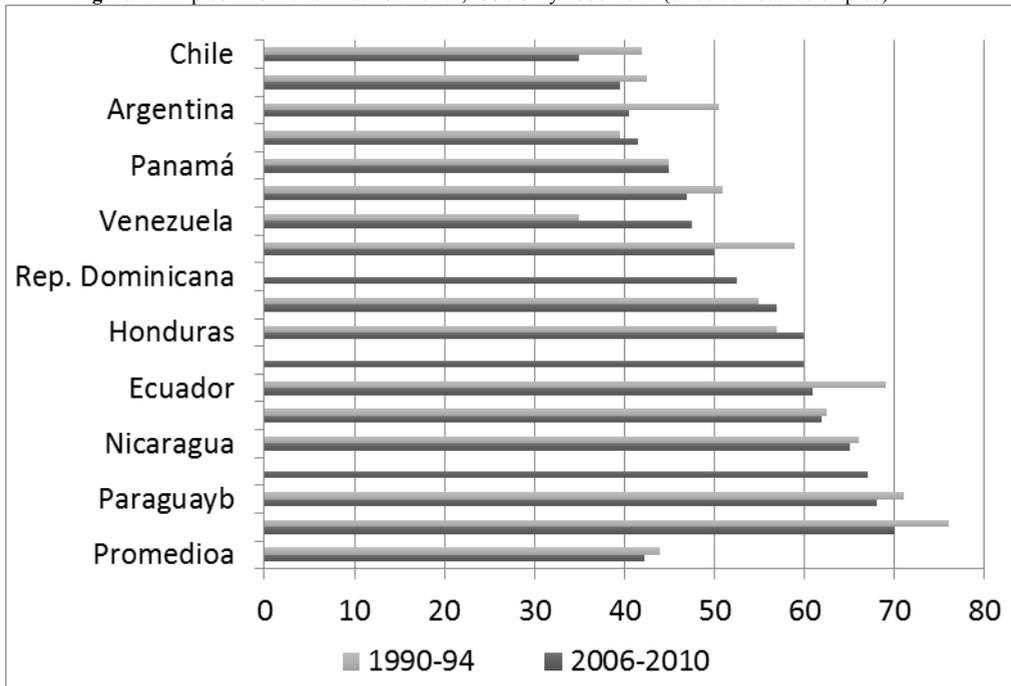
Las diferencias en cuanto a “moralidad fiscal” se refiere, son determinantes para comprender buena parte del porqué de las diferencias en la importancia del fenómeno entre diferentes territorios o grupos sociales.

**Tabla 3.** Diferencias en el valor de la economía sumergida sobre el PIB en países de la UE, para el periodo 2002–2010 (% de economía sumergida sobre PIB observado)

Países	2002*	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Alemania	16.1	14.9	15.1	15.1	17.8	17.4	17.2	18.1	17.4
Austria	9.8	9.4	9.2	8.6	9.4	9.2	8.8	9.2	8.5
Bélgica	22.0	20.3	19.2	18.8	23.1	22.4	21.5	23.9	23.4
España	22.4	22.6	20.5	20.4	19.7	18.9	19.8	22.1	24.7
Francia	15.1	18.1	18.0	17.5	19.9	19.1	18.7	19.5	18.8
Grecia	28.0	27.5	27.8	27.1	27.3	25.2	24.0	28.5	29.6
Italia	26.8	24.8	23.8	23.3	24.5	22.5	22.7	24.8	24.9
Holanda	13.2	12.5	12.6	12.1	13.7	13.4	12.7	13.4	12.7
Luxemburgo	9.8	5.1	5.2	4.8	2.9	2.5	2.3	3.0	2.6
Portugal	22.7	22.6	21.7	23.5	23.0	24.0	24.6	26.0	25.8

Fuente: Tomado de Ruesga&Carbajo (2013)

**Figura 1.** Empleo informal en Latinoamérica, 1990-94 y 2006-2012 (en % del total de empleo)



Fuente: Corbacho, Fretes Cibils&Lora (2013:102)

Otra cuestión de interés a tener en cuenta para interpretar las cuantías diferenciales de la economía sumergida o del empleo informal hace referencia también a la estructura impositiva de cada país, según la distribución de la carga fiscal. Y, en última instancia según también la distribución funcional y/o personal de dicha carga.

De un lado, existen diferencias entre la capacidad recaudatoria de cada figura impositiva, lo que afectará a los ingresos tributarios y, por lo tanto, al valor de la presión fiscal, pero también a las posibilidades de gasto de las Administraciones Públicas. Lo que, sin duda, afectará de modo diferencial a sujetos económicos con funciones económicas y laborales heterogéneas (trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, etc.) y con responsabilidades fiscales también diversas ante cada figura tributaria. Esto ocurre, por ejemplo, en un buen número de países –y no solo en los menos desarrollados– en los que una proporción significativamente elevada de la recaudación fiscal recae sobre las rentas del trabajo (en particular en el asalariado), bien con carácter general o bien en relación con el rendimiento neto de los impuestos que gravan la renta de las personas físicas. Tales situaciones pueden acentuar los incentivos favorables a la ocultación de una manera intensa (en términos relativos) entre los colectivos de perceptores de rentas más gravadas, en conjunto o por alguna figura tributaria específica.

Tales efectos habrán de afectar al rango de la “moralidad fiscal”, con incidencia sobre la propensión individual hacia la participación en el ámbito de la actividad sumergida.

Y, de otro, unas y otras figuras impositivas muestran diferencias, más o menos destacadas, según regulaciones específicas en cuanto a las posibilidades técnicas de control y supervisión del cumplimiento por parte de los sujetos tributarios obligados. Esto afecta a la probabilidad de detección por parte de los organismos fiscalizadores del incumplimiento con cada figura tributaria, ya que, por un lado, las diferentes estructuras impositivas trasladan incentivos diversos a la ocultación o la formalización de actividades económicas y, por otro, redundan en mayores o menores dificultades (o facilidades) para su ocultación.

Finalmente, aunque no en último lugar, conviene también tomar en consideración como algunas medidas orientadas a facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en una o varias figuras impositivas, a determinados colectivos de sujetos físicos o jurídicos, atendiendo a circunstancias específicas, pueden redundar, de forma contradictoria, en efectos contrarios a los esperados o deseados. Ocurre así de hecho con medidas, de amplia difusión, –como se relata más adelante– orientadas a facilitar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) o a las microempresas, a través de formas de tributación simplificadas (para los impuestos sobre la renta o sobre las ganancias) que, en la práctica, facilitan la evasión o elusión total o parcial, de sus obligaciones tributarias, manteniéndose en la informalidad y/o desincentivando su transición hacia la economía formal. Ocurre que con algunas de estas medidas se dificulta la fiscalización por parte de los organismos competentes del cumplimiento o bien se legalizan “de facto” situaciones de informalidad.

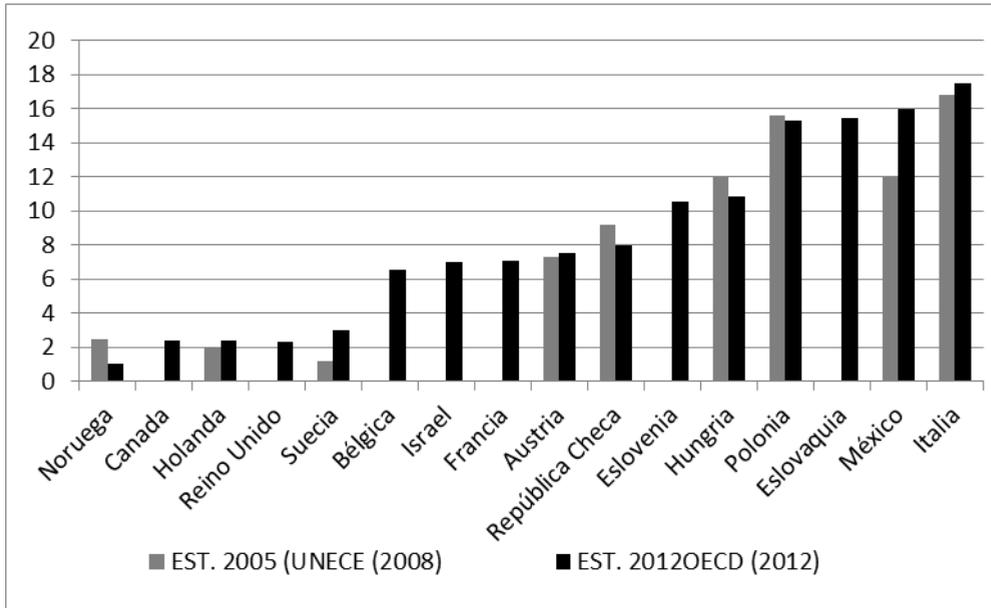


Figura 2. Tamaño de la economía no observada en algunos países de la OECD (2005 Y 2012).

Fuente: Gyomal&Ven (2014).

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOSCH, M., COBACHO, B. & PAGÉS, C. (2013). “Taking Stock of Eight Years of Implementation of Seguro Popular in Mexico”. In M. Frölich, D. Kaplan, C. Pagés, J. Rigolini&D. Robalino, eds., *Social Insurance and Labor Markets: How to Protect Workers while Creating Good Jobs*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- BOSCH, M. & MALONEY, W. (2008). “Cyclical Movements in Unemployment and Informality in Developing Countries”, *IZA Discussion Paper*, No. 3514, May.
- CEPAL (1993). “La informalidad laboral en la modalidades de desarrollo”, *División Social, LC/R*. 1347  
(<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/30204/S9300184es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)
- CORBACHO, A., FRETES CIBILS, V. & LORA E. (editores) (2013). *Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C.
- FREY, B. S. & POMMERAHANE, W. W. (1982): “Measuring the Hidden Economy. Though this Be Madness, there are a Method in it”, en V. Tanzi. *The Underground Economy in the United States and Abroad*, Lexington (Mass.), Lexington.
- FREY, B. S. & POMMERAHANE, W. W. (1984). “The Hidden Economy. State and Prospects for Measurement”, *Review of income and Wealth*, vol. 30, núm. 1
- GYOMAI, G. & VEN, P. VAN DE (2014). *The Non-Observed Economy in the System of National Accounts*, OECD Statistics Brief, No. 18, June

- ILO (2012). *Decent Work Indicators. Concepts and Definitions*, ILO Manuals, May, Genève.
- LOAYZA, N.V. (1996). "The Economics of the Informal Sector: A simple Model and Some Evidence from Latin America", *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 45, pp. 129-62.
- LOAYZA, N.V. & RIGOLINI, L. (2006). "Informality Trends and Cycle", *World Bank Policy Research Working Papers*, 4078, December.
- MALONEY, W. F. (2004): "Informality Revisited", *World Development*, Elsevier, vol. 32(7), pp. 1159-1178, July.
- RUESGA BENITO, S. M. (2000). *La economía sumergida*, Acento, Madrid.
- RUESGA BENITO, S.M. (2013). "Para entender la crisis económica en España. El círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente", *Economía UNAM*, Vol. 10, No 28 (2013)
- RUESGA BENITO, S. M., CARBAJO VASCO, D. & PÉREZ TRUJILLO, M. (2013). "La economía sumergida y el ciclo económico", *Atlantic Review of Economic*, Volumen 2/2013 (Enero-Junio), pp. 1-37.
- SCHNEIDER F. (2006). "Shadow Economies and Corruption All Over the World: What Do We Really Know?", *IZA Discussion Paper* No. 2315, September.
- SCHNEIDER, F. (2005). "Shadow Economy around the World: What do we really know?", *European Journal of Political Economy*, Vol. 21/2, September, pages 598-642.
- SCHNEIDER, F. (2012). "Size and Development of the Shadow Economy of 31 European and 5 other OECD Countries from 2003 to 2012: Some New Facts", *ShadEcEurope31March 2012.doc*.
- SCHNEIDER, F. & KLINGLMAIR, R. (2003). "Shadow Economies Around the World: What Do We Know?", Center for Research in Economics, Management and the Arts (CREMA), Working Paper No. 2004 - 03 ([www.crema-research.ch](http://www.crema-research.ch))
- SOTO, H. DE (1986). *El otro sendero. La revolución Informal*, Editorial El Barranco, Lima.
- TANZI, V. (1980). "The underground economy in the United States: Estimates and implications," *Banca Nazionale del Lavoro*, 135:4, pp. 427-453.
- TANZI, V. (1982) (ed.). *The Underground Economy in the United States and Abroad*, Lexington (Mass.), Lexington.
- TANZI, V. (1999). *Uses and abuses of estimates of the underground economy*, The



Clásicos de la  
Seguridad  
Social

LABORUM



## Carlos Martí Bufill (1915-2001): Los fundamentos éticos y científicos de la Seguridad Social en España

### Carlos Martí Bufill (1915-2001): The ethical foundations and scientists from Social Security in Spain

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

*Carlos Martí Bufill* (Girona 1915 – Madrid 2001), fue Secretario General Técnico del Instituto Nacional de Previsión (en adelante, INP). Ha sido uno de los grandes especialistas de la Seguridad Social en nuestro país y de reconocido prestigio en el ámbito internacional. Fue el primer Presidente la OISS (Organización Iberoamericana de Seguridad Social), con un largo mandato que comprende el periodo 1954-1991. A él le sucederán Adolfo Jiménez Fernández (1991-2014) y posteriormente Gina Magnolia Riaño Barón (a partir de 2014). Martí Bufill fue una persona especialmente reconocida tanto a nivel latinoamericano (no sólo por presidir durante varios años la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, sino también por su condición de asesor de gobiernos como en Bolivia)<sup>1</sup> y europeo (son llamativas las citas de sus obras por autores de gran prestigio de la época como Paul Durand y Augusto Venturi...).

#### 1. CARLOS MARTÍ BUFFIL Y LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

Tras la guerra “(in)civil”<sup>2</sup> se procedió a una reconfiguración del papel de la previsión social en España y se llevó a cabo una reorganización del INP. En el plano ideológico-política la política de previsión social tendría una función integradora y de pacificación de los conflictos sociales. En este sentido, más allá de sus realizaciones prácticas, modestas, la política social de previsión estaba enfocada al servicio del nuevo orden político autoritario y sirvió de propaganda del régimen, el cual ejerció un penetrante control político sobre las instituciones de previsión<sup>3</sup>. La previsión social –y la asistencia social– en el marco de la

<sup>1</sup> Y un gran estudioso de los sistemas latinoamericanos de Seguridad Social. Véase por ejemplo MARTÍ BUFILL, C.: *El Seguro Social en Hispanoamérica*, Madrid, 1949, aparte del excelente –para tu tiempo– *Tratado de Derecho Comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo/INP, 1951; una obra de 586 páginas de referencia ya en su época y en gran medida comparable a las grandes aportaciones de autores relevantes en Francia (Paul Durand) o Italia (Venturi).

<sup>2</sup> La expresión de GONZÁLEZ POSADA, A.: *Fragmentos de mis memorias*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, las aportaciones recogidas en INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: *Ante una ofensiva nacional*, Madrid, Afrodísio Aguado/INP, 1944. El fenómeno no fue distinto en otras experiencias comparadas bajo los sistemas autoritarios, como es el caso de Francia e Italia. Puede consultarse al respecto, HESSE, PH-J. y LE CRON, J.P. (Dirs.): *La protection sociale sous le régime de Vichy*, Rennes, Presses (...)

política social franquista es utilizada como un instrumento de legitimación política; la solidaridad social<sup>4</sup> fue puesta al servicio de una estrategia de legitimadora que pretendía ocultar la realidad de los conflictos y las desigualdades inherentes a la cuestión social y realzar, por el contrario, la idea de armonía y pacificación social. Su idea de justicia social era refractaria respecto al conflicto y el primado de los principios de solidaridad y de igualdad/igualación social. Se presentaba como elemento nuclear en el pretendido tránsito de la sociedad democrática (para la cual el conflicto es inherente a la sociedad y de lo que se trata es de institucionalizarlo y buscar cauces de remoción de las desigualdades sociales) a una *sociedad corporativa autoritaria*, que inicialmente pudo estar inspirada en la experiencia del fascismo corporativista italiano y que después adquiriría las connotaciones propias de la “democracia orgánica” del Estado autoritario para después pasar a una fase “tecnocrática” en la elaboración de las políticas económicas y sociales a partir de 1957, aunque ideológicamente se iba gestando antes<sup>5</sup>. Con este planteamiento la respuesta del Estado respecto a los riesgos sociales fue decididamente intervencionista y llevada a cabo coactivamente “desde arriba” en el marco de una fractura política y social persistente en la postguerra, pero progresivamente se fue creando un marco institucional (Ministerio de Trabajo, Organización del Sindicato Vertical, Sección Femenina, etcétera) que consiguió un cierto consenso entre los destinatarios de las medidas de protección social pública.

En la perspectiva técnica –con ese substrato ideológico– se echaba en falta una planificación general de los seguros sociales (que ya habían planteado el gran fundador de los seguros sociales en España, José Maluquer y Salvador y su discípulo Álvaro Nuñez, y otros grandes artífices de la previsión social como Severino Aznar e Inocencio Jiménez). Los seguros sociales había surgido a lo largo de un proceso histórico aluvional y disgregado, generando una gran complejidad inútil y grandes deficiencias de la protección dispensada, por ello lo que habría que buscar una unificación de los seguros sociales en torno a fines más amplios y ambiciosos<sup>6</sup>. Por ese camino se había andado bastante durante la Dictadura de

---

Universitaires de Rennes, 2001; GIORGI, C.: *La previdenza del regimen. Storia dell' INPS durante il fascismo*, Bolonia, Il Mulino, 2004, pp. 94 y sigs.; GAETA, L.: “L'Italia e lo Stato Sociale. Dall' unità alla seconda guerra mondiale”, parte del Capítulo Final añadido a la obra de RITTER, G. A.: *Storia dello Stato sociales*, Ed. Laterza, 1996, pág. 227 y sigs. Entre nosotros, MOLINERO, C.: *La captación de las masas. Política social y propaganda en el régimen franquista*, Madrid, Ed. Cátedra, 2005, pp. 108 y sigs.

<sup>4</sup> Aunque resulta patente que la concepción de la solidaridad en la doctrina social de la Iglesia tuvo expresiones que no pueden limitarse reductivamente a su instrumentación en los sistemas políticos autoritarios. Véase MONTI, E.: *Alle Fonti della solidarietà. La nozione di solidarietà nella doctrina sociale della Chiesa*, Milano, Edizioni Glossa, 1999, espec., pp. 411 y sigs.

<sup>5</sup> Esa calificación de “tecnócratas” condensa dos características relevantes: por un lado, que los nuevos hombres del régimen no surgen de las tradicionales familias ideológicas del régimen, pues no son militares, no provienen ni de la Falange, ni de la ACNP, y por otro, defienden la primacía de las técnicas de gobierno de la economía y del orden social sobre la política institucional, autocalificándose como “técnicos”. Y, en tal sentido, defienden la preferencia estructural del desarrollo económico-social respecto de la apertura del sistema político institucional establecido, pero sin descuidar la operatividad político-ideológica en el desarrollo político y en implementación de políticas liberalizadoras. Con todo se trata de articular la ética católica y la ética instrumental del capitalismo burocrático y “organizado” contemporáneo. Su influencia en el gobierno nacional se refleja ya desde el gobierno de 1957 en adelante. Puede consultarse, BOTTI, A.: *Cielo y dinero. El nacionalcatolicismo en España 1881-1975*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 2008, pp.177 y sigs., con referencia MOYA, C.: *El poder económico en España (1939-1970)*, Madrid, Ed. Tucur, 1975.

<sup>6</sup> Expresamente, JIMÉNEZ VICENTE, I.: “El seguro social y el privado”, Madrid, PINP, núm. 419 (1934), pág. 7, defendiendo la necesidad de superar una concepción aislada de los riesgos o contingencias y buscar principios de unificación y mecanismos de coordinación (pp. 7 y 29).

Primo de Rivera y ante todo con la Segunda República. Un camino que estaría dirigido hacia la implantación definitiva de la unificación de los seguros sociales<sup>7</sup>.

A finales del período de la Guerra (in)civil y con la consolidación del régimen franquista esa política de unificación técnica prosigue. Esa progresión queda en gran medida facilitada por la continuidad de élites del INP adheridas al nuevo régimen político surgido después de la guerra. José Maluquer y Salvador había imprimido una dinámica que se desplegaría tanto en la Segunda República y bien avanzado la nueva etapa autoritaria<sup>8</sup>. Entre esa élite se encontraban personalidades como Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Luis Jordana de Pozas, José Muñoz, Primitivo de la Quintana y una parte importante del personal técnico procedente del INP. Resulta harto significativa la adscripción de estas élites al ideario del catolicismo social en el marco de la democracia cristiana. Todos ellos muy influidos por las Encíclicas Sociales “*Rerum novarum*” (León XIII) y “*Quadragesimo Anno*” (Pío XII). El nuevo orden podría encontrar cómodamente su fundamentación en la doctrina social católica y su concepción de la justicia social, aunque es evidente que en el INP (desaparecidas por “depuración” las corrientes republicanas y socialistas) estarían también presentes otras ideologías como la falangista (José Antonio Girón de Velasco, y otras figuras más secundarias: Jesús Rivero Meneses, Mercedes Sanz Bachiller, Rafael Cavestany Anduaga, Sebastián Criado del Rey, Agustín Aznar Gener, Buenaventura José Castro Rial, Esteban Pérez González) que adquirió una posición preeminente en el consejo de administración del INP en la nueva andadura. Su posición inicial entronca con la corriente del catolicismo social conservador, es decir, un catolicismo social de tipo conservador pero comprometido con la protección de los trabajadores y personas más vulnerables con pretensiones de garantizar la paz social y la justicia social dentro de una concepción organicista y armónica de la sociedad, de las relaciones sociales de producción y del Estado autoritario. Es la dirección seguida en la época franquista por la figura de Severino Aznar, pero, a su estela, también autores como Luis Jordana de Pozas y Antonio Perpiñá Rodríguez<sup>9</sup>, el cual publicaría varias obras importantes y muy influyentes en la perspectiva sociológica y filosófica: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión Social*<sup>10</sup>. Los escritos de Martí Bufill confirman fácilmente la confluencia de pensamiento con un catolicismo social<sup>11</sup> que luego derivaría posiciones más tecnocráticas. Para ellos –con apoyo

<sup>7</sup> Para la etapa republicana puede consultarse SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

<sup>8</sup> Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, espec., pp. 21 y sigs., y 171 y sigs., y la bibliografía allí citada.

<sup>9</sup> Sobre este tipo de catolicismo social conservador, sus fundamentos y límites, puede consultarse ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo San y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010, especialmente, pp. 68 y sigs. (sobre la política del reformismo social católico y sus límites), 116 y sigs. (sobre la ideología jurídica del catolicismo social conservador y el papel del intervencionismo público), y la amplia bibliografía allí citada; MONTERO, F. y LOUZA, J. (Coords.): *La restauración social católica en el primer franquismo, 1939-1953*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2015, sobre la “restauración” cultural y pastoral en la postguerra mundial (pp. 19 y sigs., y 97 y sigs.).

<sup>10</sup> PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, Madrid, Ministerio de Trabajo/INP, 1952. A esta obra se le otorgó el Premio “Severino Aznar”.

<sup>11</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo /INP, 1951, pág. 129 y sigs., donde a propósito de la fundamentación de la Seguridad Social en la justicia social se apoya explícitamente en las Encíclicas Sociales. Y concluye: “En consecuencia, la Seguridad Social es, para nosotros, un derecho que tiene consideración de valor derivado y concreto de la Justicia social cristiana” (pág. 134). “En este sentido, la Seguridad Social tiene una honda significación política por cuanto conjuga el derecho personal con el bien supremo de la sociedad, pero al mismo tiempo tiene también una profunda raigambre (...)

en los teóricos del catolicismo social (el referente en las Encíclicas papales y otros documentos eclesiásticos es constante) con referencia al Código de Malinas–, la política social y la sociología estudia las manifestaciones de la vida social, tales como deberían ser y “se halla dominada por la exigencia de la moral” (art. 6 del Código de Malinas)<sup>12</sup>. Y, con Pierre Laroque, la colectivización de los riesgos sociales que implica ofrece “el comienzo de la lucha por la distribución de la renta”, y en coherencia ello presupone que la Seguridad Social se entiende como “un fin del Estado”<sup>13</sup>. La Seguridad Social en sentido estricto es tanto como la nacionalización o socialización de los seguros sociales. En la perspectiva jurídica es en el “Derecho social” –como Derecho de naturaleza pública– en el que se clasificaron más tarde todas las disposiciones que regulaban los Seguros Sociales obreros)<sup>14</sup>. Se afirma que la “solidaridad nacional” implica necesariamente la ejecución de un plan completo de Seguridad Social. Afirmaba Pierre Laroque que “la misma noción de indemnización o reparación desaparece y en su lugar se implanta la de servicio público de sanidad y de conservación del nivel de vida”. A lo que Perpiñá añade que “que estas palabras reflejan, más que una simple opinión especulativa, un hecho sociológico ya en plena marcha y que lleva a la eliminación del Seguro contributivo clásico como una necesidad de principio, y paralelamente a la concepción tributaria o fiscal de las cuotas, cuando se conservan. Y hace suya la opinión de la OIT cuando dice expresamente que cuando la Seguridad Social, al extender su campo de aplicación, llega a ser un sistema nacional, es decir, a comprender toda o casi toda la población, el pago de las cotizaciones tiende a tomar el carácter de un impuesto. Y en otro aspecto, pero de la misma idea: “En la Seguridad Social puede decirse

---

católica” (pág. 171, y 171 y sigs.). “Ningún fundamento más sólido pueden buscar los planes de Seguridad Social que las Encíclicas citadas y las de los Pontífices siguientes. Y tanto mayor será su acierto cuanto más fielmente se sigan por todos aquellos a quienes van dirigidas” (pág. 172).

<sup>12</sup> PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, Madrid, Ministerio de Trabajo/INP, 1952, pág. 20. También subrayando la dimensión ética con referencia al art. 136 del Código de Malina, pág. 170; y ampliamente sobre “la concepción ética en la época de la Seguridad Social”, y con referencia a las Encíclicas papales, pp. 249 y sigs., y 266 y sigs.

<sup>13</sup> PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, Madrid, Ministerio de Trabajo/INP, 1952, pp. 266 y sigs., sobre su “justificación como fin del Estado”.

Para Carlos G. Posada, “el Estado tiene como uno de sus fines primordiales en estos momentos de su evolución histórica, garantizar una cierta estabilidad social a quien la necesite, como garantía de un mínimo de instrucción, una administración de justicia, un sistema de defensa, y un sistema de Seguridad Social. Pero es igualmente “viene a representar la Seguridad Social como un derecho más que poder añadir a las declaraciones de fines del siglo XVIII: el derecho de libertad económica de los individuos, complemento indispensable de una efectiva libertad política”. Más exactamente, entiende que “la Seguridad Social es la actividad del Estado encaminada a ofrecer a los individuos una garantía contra la miseria”. Cfr. GONZÁLEZ POSADA, C.: “Seguridad Social y Seguros Sociales”, en *Política social. Suplemento de la Revista de Estudios Políticos*, núm. 6 (1948), pp. 7 y sigs., en particular pp. 7, 10 y 22. Como mínimo “los programas de Seguridad Social suponen, en primer lugar, la *coordinación* de las dos instituciones más conocidas de lucha contra la miseria, como son la asistencia social (sistema perfeccionado del auxilio a los pobres) y el seguro social”. Pero atendiendo a “las recomendaciones aprobadas por la XXVI Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Filadelfia en 1944, y en los programas desarrollados con posterioridad, principalmente en Estados Unidos y Gran Bretaña, hay que reconocer que, por lo menos, un *plan de Seguridad Social* debe comprender, como instrumentos de la misma, a los seguros sociales, a la asistencia, a la colocación y a la asistencia sanitaria (pp. 10-11).

En esa línea de pensamiento, para PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, cit., pp. 266 y sigs., y con contundencia reitera que “el fin de previsión ha de atenderse por el Estado y *sólo o principalmente por él*” (pág. 267). “La Seguridad Social es una expresión del colectivismo”, en el sentido de Hauriou, no de la ideología socialista; esto es, “la Seguridad Social es simplemente un aspecto de la progresiva realización del colectivismo en los Estados económicamente progresivos” (pág. 269).

<sup>14</sup> PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, Madrid, Ministerio de Trabajo/INP, 1952, pp. 137 y sigs., y 266 y sigs.

que la idea de autonomía financiera de uno u otro de los regímenes tiende a desaparecer, para ser sustituida por un examen de conjunto de la capacidad de la Seguridad Social en la economía nacional”. Reflexionando Perpiñá, que “esto último es justamente el *quid* del tránsito de la autonomía actuarial a la heteronomía público-fiscal: en el sistema general de impuestos, reducidos a unidad por el concepto de Fisco como representante de la comunidad económico-política, hallan su compensación y compenetración el total de las cargas a que debe hacer frente la sociedad y el total de sus recursos”<sup>15</sup>.

El Estado de la Dictadura franquista se fue apropiando del INP, el cual iba perdiendo la poca autonomía institucional que todavía conservaba en este período postbélico<sup>16</sup>. La percepción de la derrota de los regímenes fascistas hizo perder poco a poco el peso político del sector falangista del régimen y determinó una mayor aceptación de idearios diversos, pero adictos al mismo en el seno del INP (las “familias del régimen”). Aparte de ello, las élites del INP (señaladamente, Luis Jordana de Pozas) gozan de una preparación técnica de la cual carecían evidentemente los cargos políticos falangistas. Esas élites (se insiste, ya depuradas las corrientes ideológicas republicanas y socialistas presentes en el INP hasta el triunfo del régimen autoritario) permanecían en la tradición de construir una sistema de unificación de los seguros sociales dispersos. Reflejo de esa evolución sería el nombramiento de Pedro de Sangro y Ros de Olano (fundador junto con Severino Aznar del Grupo de la Democracia Cristina y en gran medida discípulo que fuera de Adolfo González Posada)<sup>17</sup> como Presidente del consejo de administración y de la comisión permanente del INP<sup>18</sup>.

El cambio de perspectiva –dentro del margen limitado del régimen autoritario– se reflejaría en la presencia, a instancia de Luis Jordana de Pozas, de William Beveridge en España, impartiendo una serie de conferencias en Madrid entre los días 22 de marzo al 3 de abril de 1946, en el marco de la inauguración de la cátedra de Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad Central<sup>19</sup>. Pero esa presencia y la retórica del régimen no se traducirían en la creación y cristalización institucional de un sistema unificado de seguros sociales en la dirección de construir un sistema de Seguridad Social como estaba surgiendo en los países europeos más avanzados. No se consiguió nada parecido a la implantación tímida de un “Estado providencia” (Alemania; Francia) o “Estado del Bienestar” (en la dirección anglosajona) en el marco de un plan completo de instauración de un sistema de Seguridad Social tal como lo conocemos, aunque partiendo inicialmente de modelos no homogéneos (que estaban presididos por las respectivas tradiciones y culturas de

<sup>15</sup> PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A.: *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la Previsión actual*, cit., pp. 227-228.

<sup>16</sup> El planteamiento de discontinuidad rupturista respecto a la dinámica anterior pluralista y más autónoma del INP se refleja en GIRÓN DE VELASCO, J.A.: *La futura empresa de los Seguros Sociales*, Madrid, Publicaciones del INP, 1943.

<sup>17</sup> Sobre los presupuestos del reformismo social en España en la crisis del Estado de Derecho Liberal, la revisión de la “constitución liberal del trabajo” y el papel decisivo de Adolfo Posada en ese proceso de reforma jurídico-social, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, pp. 131 y sigs., 231 y sigs.; y las obras de referencia doctrinal de MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las Leyes Laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2ª ed., 2009; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Madrid, Ed. Tecnos, 6ª ed., 2002.

<sup>18</sup> Decreto del Ministerio de Trabajo de 2 de noviembre de 1945, BOE, de 10 de noviembre de 1945.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ ROSETE, A.: “Bienvenido Mr. Beveridge: El viaje de William Beveridge a España y la Previsión Social Franquista”, en *International Journal of Iberian Studies*, vol. 17, 2, pp. 107 a 118.

cada país). No es de extrañar, así, el desarrollo tardío en la construcción de un modelo más avanzado que lentamente se va insinuando con la Ley de Bases de Seguridad Social y el desarrollo subsiguiente (Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social; e 1966; Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social; Ley 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social...). Es posible pensar que el desarrollo durante la Segunda República hubiera permitido un avance más similar al que acontecería con otros países europeos de nuestro entorno geopolítico, pues la misma Seguridad Social se enmarcaría en el pacto político constituyente que formalizaría el constitucionalismo democrático-social de la postguerra con la forma política del Estado Social de Derecho y la asimilación inmediata del Derecho internacional de los Derechos Humanos (en el cual la Seguridad Social aparece configurada como un derecho social fundamental)<sup>20</sup>.

## 2. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS MARTÍ BUFILL

En su contexto epocal se partía del ideal de Seguridad Social y de su consideración “como un derecho fundamental llamado a alcanzar reconocimiento universal”. Para él, la Seguridad Social constituye una manifestación del “espíritu de solidaridad social que anima al Cristianismo”. Es igualmente un “nuevo derecho de la personalidad”. Lo cual reflejaría el tránsito de las constituciones políticas a las constituciones sociales. “La Seguridad Social implica una concepción esencialmente renovadora de la sociedad y de los bienes a que tienen derecho sus miembros, su objeto es bien distinto, puede llegar por el camino de la realización de la justicia social, nada menos, que a modificar la estructura económica de las comunidades políticas mediante una redistribución de la Renta Nacional”. Atendiendo a ello, la Seguridad Social constituye una función del Estado (“al Estado incumbe garantizar la realización de esa política de Previsión concretada en el Seguro Total”). El INP “ha de llevar a cabo el objetivo de establecer un Plan Nacional de Seguridad Social, en el que se estructuren con un criterio de unidad cuantos Organismos e Instituciones realizan hoy funciones de previsión”<sup>21</sup>.

Para Martí Bufill, la Seguridad Social constituye el instrumento para defender la armonía y la belleza que forman la conjunción del hombre con la sociedad, el instrumento para defender la vida del hogar, la del núcleo profesional, la del Municipio, la del Estado<sup>22</sup>. Para él España, atendiendo a la tradición precedente, “incorpora la idea social a la acción política y el Caudillo victorioso proclama, aun en plena guerra, la carta de la convivencia

<sup>20</sup> Se hace remisión, por todos, a las contribuciones histórico-críticas de ASHFORD, D.E.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, trad. B. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, espec., pp. 277 y sigs.; BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, trad. S. Pérez Zamora, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, pp. 179 y sigs.; TIMMINS, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado de Bienestar*, trad. S. Borrajo Iniesta, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 85 y sigs., 207 y sigs.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: *La política de Seguridad Social Española y sus realizaciones*, Madrid, INP, 1953, pp. 11-12, 15 y 17.

<sup>22</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Realización de la Seguridad Social en España*, Conferencia pronunciada en la Feria Muestrario Internacional de Valencia, el día 17 de mayo de 1952, en *La política de Seguridad Social Española y sus realizaciones*, Madrid, INP, 1953

social cristiana que todos conocemos con el nombre del Fuero del Trabajo, y se inició el periodo verdaderamente fecundo en que se han intensificado de tal forma los Seguros Sociales en España que con razón puede enorgullecerse el Jefe del Estado y Caudillo de España de afirmar, en la inauguración del I Congreso Iberoamericano de Seguridad Social de Madrid, que la principal característica del Estado Español es la de ser profunda e intensamente social” (*Ibid.*, p. 22). Es obvio que en el plano político, Martí Buñil fue un hombre “del Régimen de Franco”, pero con planteamientos de “neutralidad técnica” (sic.), que se verían acrecentados con el transcurso del tiempo y su implicación directa en la esfera del Derecho Internacional.

Ahora bien, en el plano doctrinal y jurídico (impregnado de catolicismo social) para él “la Seguridad social española se encuentra perfectamente encajada dentro de los moldes modernos de la Seguridad Social. Sus gobernantes tienen una gran preocupación para que la concepción doctrinal esté dominada por un hondo *sentido ético* que sea capaz de orientar realizaciones prácticas de justicia social cristiana”. Y añade, “He aquí porqué se concibe a la Seguridad Social en una doble significación: de un lado, desde el ángulo del propio individuo, la Seguridad Social es un derecho innato que se reconoce en el hombre como atributo divino. *Junto a los derechos cívicos y políticos del individuo, se reconoce así los derechos sociales y entre éstos el específico de Seguridad Social.* Pero no es un derecho absoluto que lo mismo lo disfrute el hombre activo que el vago y el parásito, sino que está condicionado por la cualidad de trabajador” (*Ibid.*, p. 22).

De este modo, para él la Seguridad Social se debe adjetivar de “laboral” o “profesional”, pues afirma, en esa dirección, que “encontramos, pues, la Seguridad Social como un *derecho* reconocido al *trabajador* (las cursivas son del autor), y garantizados por unos Fueros laborales que tiene, desde el punto de vista legal y jurídico, el carácter de Leyes fundamentales del Estado español”. Para Martí Buñil la Seguridad Social es al propio tiempo, como derecho social, tanto un derecho como una obligación del Estado que integra sus fines: Desde otro ángulo –afirma–, “la Seguridad Social española es una acción política del Estado encaminada a reconocer y a servir y hacer tangible y real el derecho que aquellos Fueros proclaman. De esta manera, la Seguridad Social tiene *dos caras*, es al mismo tiempo un derecho en el individuo y una acción política en el Estado. Y aquí surge previamente la diferencia entre Seguro y Seguridad Social desde el punto de vista política. La política de Seguridad Social puede llevarla a cabo el Estado por medio de una técnica contributiva, en la que los propios trabajadores y empresarios cooperan o por medio de una acción estatal no contributiva y sin participación de los interesados. Si emplea lo primero estamos en presencia de una política de Seguridad Social fundada en el Seguro Social; si lo segundo, entonces tenemos la Asistencia Social. Existen países en que la política de Seguridad Social utiliza sólo el Seguro Social, mientras que otros emplean el Seguro y la Asistencia Social para lograr una protección completa. España ha fundado su política de Seguridad Social principalmente en el Seguro Social y todo su afán ha consistido en darle forma jurídica y profundidad práctica” (*Ibid.*, p. 23). Para él parece que “la Seguridad Social hace tabla rasa de las formas anteriores para buscar una acción estatal directa e integral que prescinda de la colaboración de los interesados para lanzarse a formas asistenciales exclusivas”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> MARTÍ BUÑIL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo /INP, 1951, pág. 11 (En el inicio intitulado “Propósito”).

Todos los seguros sociales de carácter nacional son generales y obligatorios. Cuestión distinta es que “complementan el sistema de regímenes de previsión obligatorios un conjunto de seguros voluntarios del más alto interés” (*Ibid.*, pp. 24-26). Haciendo reclamo de las ideas de justicia social y de solidaridad entiende que la Seguridad Social contribuye a resolver desde los orígenes la “cuestión social”: “la ‘cuestión social’ existió primeramente por un incumplimiento de este deber moral que ni la encíclica “*Rerum Novarum*” logró hacer cumplir, esta “cuestión social” se fue agudizando más y más por la incompreensión de la empresa y sólo cuando los Estado han impuesto la *obligatoriedad* y han creado las organizaciones previsoras adecuadas, entonces se ha oído el lamento quejumbroso de la empresa reclamando una libertad y voluntariedad que antes no supo o no quiso utilizar. No, ya no toca a la empresa el papel de dispensador de caridades para hacer frente a necesidades cuya satisfacción en virtud de la justicia social es hoy un verdadero *derecho*” garantizado por el Estado. En este sentido “la Seguridad Social española tendrá el aprecio espiritual y material que merece como de uno de los mejores instrumentos restauradores de la armonía y del equilibrio que la sociedad necesita para desenvolverse en una vida de paz y de justicia” (*Ibid.*, p. 31). De ahí la función política de pacificación de la Seguridad Social al servicio de la estabilización del orden social.

La Seguridad Social es configurada “como un *derecho subjetivo* con cuyo reconocimiento se enriquece la naturaleza humana”<sup>24</sup>. Es un derecho vinculado a la justicia y a una de sus expresiones más relevante: la “justicia social”<sup>25</sup>. Para él existe “un derecho público subjetivo de Seguridad Social”. Entiende que “el derecho de Seguridad Social, en la dogmática jurídica, ya tiene hoy la categoría de aquéllos [derechos públicos subjetivos]”<sup>26</sup>. Y, con Tissebaum, que se trata en realidad de un “derecho de existencia”, tal como le llamara Menger, que es esencial y básico para poder desarrollar los otros derechos: que son su consecuencia” (los tradicionales derechos civiles y políticos)<sup>27</sup>. Por lo demás, es un derecho subjetivo público caracterizado por su generalidad y por su carácter irrenunciable<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo /INP, 1951, pág. 11 (En la inicio intitulado “Propósito”), y Segunda Parte, “La Seguridad Social como Derecho”, pp. 103 y sigs.

<sup>25</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 121 y sigs.

<sup>26</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 140 y sigs.

<sup>27</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 141. Y afirma en esa dirección que: “La Conferencia Internacional de Trabajo de Filadelfia en 1944 también afirma que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad en todas partes; y que la lucha contra la necesidad debe emprenderse con incesante energía dentro de cada nación mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en pie de igualdad con los representantes de los Gobiernos, participen en. discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común” (pág. 142).

<sup>28</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 189: “Sí en el punto anterior veíamos los grandes objetivos de la política básica de Seguridad, ¿cuáles serán sus características? La norma que emane del Estado con la preocupación de servir al derecho de Seguridad Social no puede dejar a merced de la voluntad de cada uno el hecho mismo de encuadrarse en el sistema que se establezca y, en su consecuencia, ha de implicar, no sólo la obligatoriedad, sino también la irrenunciabilidad. Obligatoriedad para convertirse en un socio activo del sistema, en virtud de la cual no tenga más remedio que contribuir con su esfuerzo para que el resultado sea el más eficaz posible. Irrenunciabilidad, porque la curación de sus enfermedades, la constante atención de su salud, la prestación económica cuando le falte el salario, etc., no son factores que beneficien o perjudiquen sólo al interesado, sino que afectan poderosamente a los demás miembros de la familia y hasta de la sociedad entera. Por consiguiente, la norma legislativa establece la protección con carácter irrenunciable. Como es natural, característica específica de la política básica de Seguridad Social será también la generalidad, es

(...)

Piensa Martí Bufill la Seguridad Social es también “una política”. Existe una “política de Seguridad Social”. En efecto, la Seguridad Social es, ante todo, un derecho subjetivo vinculado e impreso en la naturaleza humana. Pero, como es lógico, no tiene una plasmación positiva y práctica hasta que la acción política del Estado efectúa su reconocimiento y señala, además, la forma y el grado en que aquella comunidad efectúa el reconocimiento. En consecuencia, existe política de Seguridad Social, puesto que nos hallamos en presencia de una acción positiva de realizaciones por parte del Estado, encaminadas a hacer realidad el derecho de Seguridad Social<sup>29</sup>. Para Martí Bufill los principios fundamentales de la Seguridad Social son, principalmente, cinco principios: universalidad (aunque no opera con un carácter absoluto, sino como una ley de tendencia)<sup>30</sup>, integridad<sup>31</sup>, solidaridad<sup>32</sup>, unidad<sup>33</sup>

decir, la tendencia a que el beneficio alcance a toda la población, aunque se piense que los beneficiarios más inmediatos serán tales o cuáles personas. Y, por último, en las medidas económicas han de procurar que el derecho de Seguridad Social sea mínimo, es decir, que asegure un mínimo vital suficiente para atender las necesidades más elementales de la familia” (pág. 189).

<sup>29</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 165 y sigs., y pág. 169.

<sup>30</sup> Recuerda que: “Ya en los principios doctrinales emanados de la Conferencia Internacional del Trabajo de Filadelfia en 1944 se dijo que “la universalidad del campo de aplicación es la esencia del concepto moderno del Seguro Social” y que “sólo alcanzando esta universalidad es posible crear un régimen de Seguro Social en el que los ciudadanos, como trabajadores, obtengan el carácter de socios activos en la sociedad, contribuyendo con sus cuotas al fondo común y recibiendo en recompensa del Estado la oportunidad para el trabajo y la manutención cuando no puedan trabajar”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 233.

<sup>31</sup> Se puede enunciar «el principio de integridad diciendo que es aquel por el cual se debe a las personas protegidas por los Seguros Sociales, todo lo necesario para lograr la cobertura de los infortunios y necesidades sociales, o sea, medidas preventivas, curativas y «educativas de la salud, medios económicos que compensen necesidades familiares y medidas de reeducación profesional y colocación de incapacitados. El principio de integridad implica, pues, dos consecuencias fundamentales: de un lado, exige que todas las prestaciones obedezcan a una consideración global por considerar que las medidas contra todos los infortunios constituyen un todo orgánico que cuida íntegramente la salud y las vicisitudes de la familia; la otra consecuencia es que la protección ha de ser también integral o sea suficiente para asegurar el mínimo vital para la subsistencia. Si no fuera suficiente para cubrir este mínimo vital, el derecho de seguridad que proclama el principio de universalidad quedaría incumplido y sería puramente ilusorio. O se cubre la necesidad derivada del infortunio o no cabe hablar de derecho”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 215. “El principio de integridad supone que los medios de seguridad social han de ser tales y de tal naturaleza que cubran las consecuencias de los infortunios y necesidades sociales en la medida suficiente para que la protección resulte eficaz. Comprende, por tanto, dos aspectos: el cualitativo (necesidades que debe atender) y cuantitativo (grado material en que se las debe atender)” (pág. 279).

<sup>32</sup> Para él, “el principio de solidaridad nacional que se considera premisa lógica para la Seguridad Social ha de fundarse en aquel otro más amplio, más importante y eminentemente cristiano de la redistribución de la riqueza, que ha de inspirar toda la proyección futura de la política social”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 218-219. Entiende que “la Seguridad Social es un factor importantísimo de la economía nacional y que los recursos para hacerle frente tienen todo el aspecto de una gran redistribución de riqueza. En su valoración económica, actuarial y financiera ya no se puede partir de seguros inconexos, sino de una consideración global de riesgos y necesidades” (pág. 388).

<sup>33</sup> En su opinión, “el principio de unidad significa, más que nada, unidad de responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 221; CARLOS MARTÍ BUFILL: «La unificación del campo de aplicación en los Seguros Sociales», *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 7-8. Julio-Agosto, de 1948. En su opinión, La Seguridad Social ha dado rango político a la concepción unitaria de la protección contra los infortunios sociales desde el momento en que, superando los viejos moldes del criterio de económicamente débiles, ha proclamado la universalidad protectora en los miembros de la sociedad. Y la totalización de medidas encaminadas a hacer realidad aquel derecho de Seguridad Social, fundadas sobre el otro gran principio de solidaridad nacional, han puesto también de manifiesto la necesidad de responsabilizar en una autoridad unitaria el sistema gestor de la Seguridad Social”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 426-427.

e internacionalidad<sup>34</sup>. Más allá del derecho subjetivo público y de la función típica de la Seguridad Social cabe un espacio para la acción complementaria de los sujetos privados<sup>35</sup>.

Según él, existe una conexión inescindible entre la Seguridad Social y el Empleo total<sup>36</sup>. Martí Bufill recoge la idea de que el empleo total sería una política social amplia y coordinada con la Economía, dentro de la cual la Seguridad Social sería uno de sus factores importantes, pero que requeriría de los demás factores para mantener su capacidad protectora. Si de la pura teoría pasamos a la práctica, comprobaremos en seguida que el empleo total implica, en primer lugar, un control riguroso de toda la Economía por parte del Estado, realizado en forma de planificación, y en segundo lugar, que mientras ello es posible en un país donde su capacidad productora tiene amplios mercados y recursos humanos proporcionados, falla por completo en países donde hay la capacidad productiva limitada y unos recursos humanos excesivos<sup>37</sup>.

Observa Martí Bufill que el Seguro Social encarnará la política básica de Seguridad Social, o sea, aquella que comprenda a la generalidad de los miembros de la sociedad que ennoblecen su vida con el trabajo. Los sistemas asistenciales pueden quedar como servicios puramente residuales que formen parte de la política complementaria de la Seguridad Social. La política de Seguridad Social española se apoya en la previsión, utiliza su forma más

---

<sup>34</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 212 y sigs. Entiende que “Si el derecho de Seguridad Social es un atributo humano, es lógico que no pueda quedar desposeído del mismo aquel trabajador que se traslada de un país a otro” (pág. 222).

<sup>35</sup> “Quienes confunden la política de Seguridad Social con una acción estatal absorbente y destructora de las fuerzas voluntarias y de la iniciativa privada, no han llegado a comprender todavía el sentido de la Seguridad Social”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 491. “La Seguridad Social tiende a garantizar el mínimo vital según necesidades y nivel, de vida. Por consiguiente, queda al arbitrio de la voluntad de cada uno —el procurarse, por sus medios particulares o por colectividad profesional, el margen diferencial para que el nivel de vida de la familia no sufra merma en caso de los infortunios sociales. Este es el margen diferencial que queda entre el mínimo a donde la acción de la solidaridad nacional obligatoria llega y el tope máximo de los ingresos conseguidos. Y este margen es, a nuestro juicio, el campo en que ha de moverse toda la acción individual para conseguir una plena seguridad en el ámbito de la previsión. He ahí por qué consideramos que si la Seguridad Social ha de ser de plena responsabilidad del Estado, campo del derecho público vedado al negocio y al lucro particular, no— con ello agotamos o anulamos la esfera de la acción individual... La acción individual no sólo, pues, no— ha de sucumbir a la acción pública sino que ha de complementarla en un doble sentido: ético y económico.” (pág. 492). En gran medida esas tendencias evolutivas de carácter expansivo e integrador (unificada o coordinada) de la Seguridad Social coincidían con las formuladas por Carlos González Posada. Véase GONZÁLEZ POSADA, C.: “Seguridad Social y Seguros Sociales”, en *Política social. Suplemento de la Revista de Estudios Políticos*, núm. 6 (1948), pp. 7 y sigs., en particular pp. 13 a 22, que lo apreciaba en todos los aspectos: en relación con los riesgos; en relación con el campo de aplicación; en relación con las prestaciones; en relación al origen de los recursos; en relación a la gestión administrativa.

<sup>36</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 180 y sigs. “el empleo total sería una política social amplia y coordinada con la Economía, dentro de la cual la Seguridad Social sería uno de sus factores importantes, pero que requeriría de los demás factores para mantener su capacidad protectora” (pág. 181).

<sup>37</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 181-182. “En suma, concluye, la preocupación por el “empleo total” la entendemos nosotros como una apertura de fuentes, de riqueza nuevas que ofrezcan, oportunidades, laborales, ya que la elevación de los bajos niveles de vida no se pueden lograr con paros, endémicos ni es posible que la defensa de estos niveles contra las adversidades (Seguridad Social) sea efectiva mientras los recursos humanos no se hallan a pleno rendimiento. Por ello, en todos los programas económicos llamados de pleno empleo o empleo total, la Seguridad Social es al mismo tiempo un factor y una consecuencia de los mismos” (pág. 183).

importante, que es el Seguro Social, y persigue el doble objetivo de valorización social del hombre y el bienestar de la sociedad<sup>38</sup>.

Martí Bufill iría acentuando su concepción más técnica (incluso tecnocrática, como ahora se indicará) e internacionalista (Basta reparar en su condición de Presidente de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social durante largos años) de la Seguridad Social. En esa fase más evolucionada de su pensamiento y de su quehacer práctico, importa destacar su consideración de la Seguridad Social “como factor de promoción en el desarrollo económico” y de realización, al mismo tiempo, de la “*justicia social*”. Subraya que la Seguridad Social ha adquirido la condición de derecho humano fundamental en las normas internacionales y que su ratificación por los Estados implica que estos tienen la obligación de instaurarla conforme a sus previsiones: los Organismos internacionales tuvieron que buscar la vía de los Convenios Internacionales para conseguir compromisos de actuación<sup>39</sup>. A finales de la Guerra Mundial, “los dirigentes aliados, Churchill y Roosevelt, le dieron al fenómeno tal importancia, que reunidos a bordo del yate Augusta, en pleno océano, lanzaron la famosa Carta del Atlántico, que es el primer documento internacional programático que recoge las aspiraciones económicas bajo fórmulas más concretas de justicia social y redistribución de riqueza. Las expresiones de “prosperidad económica” y “seguridad social”, como elementos dogmáticos de una nueva estructura de la sociedad sobre bases eminentemente sociales suponen, de entrada, las primeras bases de partida para una acción decisiva en la etapa que nos toca vivir” (*Ibid.*, p. 159).

Para él, la aparición de la Seguridad Social como una última evolución de aquellas medidas iniciales de Previsión Social contra los riesgos sociales en que se vio sumido el trabajador<sup>40</sup>.

En este contexto, en orden a Seguridad Social lo importante es que, por de pronto, cambia el signo de los Seguros Sociales clásicos. *De facultad del Estado se convierte en un derecho del individuo*. Para el Estado el reconocimiento del derecho, implica una obligación insoslayable de hacerlo realidad práctica para sus trabajadores. Pero no sólo se trata de su consagración jurídica al más alto nivel (Normas internacionales, Constituciones y Leyes Fundamentales), sino de afirmar su sentido ético como “derecho natural” conforme a los postulados del catolicismo social: “Y en esta línea –afirma–, fundándose en lo que el Papa Juan XXIII, en su Encíclica “Paz en la tierra”, llamó “derecho natural”, va configurándose la Seguridad Social como una doctrina nueva, sugestiva y apasionante para la sociedad y uno de los instrumentos más fuertes de la política social y de gran incidencia en la política económica”. Ahora bien, para él “el derecho de Seguridad Social no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino relativo. En potencia lo tendrá todo el mundo; pero, en la práctica se concreta por la condición de miembro activo de la sociedad. Los parásitos no deben ser “tonificados” para sacudirles el parasitismo”. En esta dirección de activación condicionante hace suya la concepción de Gaspar Bayón Chacón (“Este condicionamiento a ser miembro

<sup>38</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp.200-201.

<sup>39</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *La Seguridad Social es un factor de promoción en el desarrollo económico*, Madrid, Studium, 1947, Disponible también en <https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/catalogo.../grupo.cmd?...>, pág. 159.

<sup>40</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo /INP, 1951, pág. 11 (En el inicio intitulado “Propósito”).

activo de la sociedad permite al Profesor Bayón, la construcción de su interesante teoría de que la Seguridad Social debe basarse y servir al “principio de Comunidad”<sup>41</sup>).

Pese a todo, en la dinámica de la Seguridad Social se aprecia una tendencia expansiva que va más allá de la protección de los trabajadores –asalariados y autónomos– en la dirección de otorgar “una cobertura nacional en orden a personas protegidas” al menos en algunas de sus ramas prestacionales<sup>42</sup>. Por tanto, la consecuencia es evidente. No estamos en presencia de una diversidad de criterios sino de un *principio dinámico de universalidad* que, como un motor, empuja rápidamente las legislaciones hacia la mayor protegibilidad posible al ritmo y en función de las posibilidades económicas, políticas, sociales y técnicas de cada país. Esa tendencia expansiva se opera igualmente en materia de prestaciones de Seguridad Social, tanto por lo que se refiere a las prestaciones técnicas (señaladamente, las prestaciones sanitarias) como a las prestaciones económicas<sup>43</sup>.

La nueva doctrina de la Seguridad Social incide también, y de modo inevitable, en la financiación: “En la financiación de la Seguridad Social los criterios doctrinales básicos en relación con los Seguros Sociales clásicos, también van rápidamente cambiando. En los Seguros Sociales clásicos, la aportación se basaba en la idea de responsabilidad. Para determinar la cuota había que buscar al culpable”, pues presidía la “idea de responsabilidad”. Sin embargo, “la nueva doctrina de la Seguridad Social va abandonando definitivamente en este punto la teoría de la responsabilidad para irse centrando en la *teoría de la solidaridad*”. Realza que “el primer golpe lo sufrió de entrada, cuando en el famoso *plan de Seguridad social* inglés, la financiación del régimen de accidentes de trabajo se articuló sobre la base de cuota patronal y obrera. La razón es que el derecho de Seguridad Social implica una *garantía contra contingencias sociales en las que no hay responsabilidades específicas sino necesidades que deben ser cubiertas en proporciones lógicas y cuyo coste debe ser*

<sup>41</sup> MARTÍ BUFILL, C.: “La Seguridad Social es un factor de promoción en el desarrollo económico”, pág. 160.

<sup>42</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pág. 160. Más adelante, añade, que “sí el derecho de Seguridad Social lo tiene en principio toda la población, pudiera parecer lógico que la correspondiente política tuviera un carácter general y completo. Pero mientras el primero es un hecho que sólo existe y se reconoce por un escueto precepto programático de carácter fundamental (Constitución o Ley fundamental), la efectividad de tal derecho sólo es posible por una concienzuda elaboración legislativa que pondere las necesidades y las posibilidades. Sin embargo, se observa claramente que existe en todos los países la preocupación por conseguir el nivel mínimo de Seguridad Social, con el que se logre, de una parte, el total mejoramiento sanitario de la población, y de otra, los medios económicos necesarios para sostener un nivel medio de vida en las familias cuando éstas se vean alteradas o impendidos sus ingresos. Esta preocupación no se refiere a un sector ni a otro de la sociedad, sino a la población entera. La diferencia entre la antigua política de Seguro Social de económicamente débiles y la moderna de Seguridad está precisamente en que mientras la primera se ocupaba tan sólo de organizar una protección más o menos suficiente para el sector más necesitado de los trabajadores, la política de Seguridad Social llama a la totalidad de la población a organizarse para que, estrechamente unidos, se pueda hacer efectivo el derecho de Seguridad Social donde la necesidad lo requiera... Hoy la acción política de Seguridad Social es mucho más ambiciosa por cuanto pretende canalizar el movimiento social de forma que se asegure a la población contra los infortunios, al mismo tiempo que se efectúa una redistribución de riqueza y una mejora en la salud pública que sean capaces de cooperar a una sociedad más segura y más organizada. Cuando la acción política no mira, pues, únicamente los estrechos moldes de una reparación de infortunios en uno o en otro sector, sino que persigue garantías de salud y medios económicos sobre un ámbito completamente nacional con vistas a cambiar la fisonomía de la sociedad actual, entonces podemos decir que nos movemos dentro de una política estatal básica de Seguridad Social”. Cfr. MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 188.

<sup>43</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 160 y sigs. Igualmente, MARTÍ BUFILL, C.: *Presente y futuro del Seguro Social*, Madrid, 1947.

*soportado por los afectados (empresarios, trabajadores y Estado), de acuerdo con un principio de solidaridad que debe mantenerse con sentido de equidad, variando, como es natural, las fórmulas de aplicación cuando así lo exijan los cambios de estructura social que se vayan produciendo*". Es así que, en base a ello, "la financiación tendrá que hacer frente con nuevas fórmulas para asegurar una aportación patronal distribuida con equidad, según su producción y su beneficio, al mismo tiempo *que abandona rápidamente el sistema de capitalización para dejar paso al de reparto con naturales fondos de cobertura*".

Con todo, la política de Seguridad Social requiere una planificación que se haga cargo de su condición de un "sistema de servicio público": "En materia de gestión la doctrina adquiere elasticidad operativa, dentro de un sistema de servicio público, pero con claros criterios de planificación orgánica de gestión que haga compatible la economía, la simplicidad y la agilidad operativa sin menoscabo del sentido humano que debe presidir todas su actuaciones"<sup>44</sup>.

Considera Martí Bufill que a partir de la postguerra mundial se aprecia una aspiración por hacer realidad una seguridad social económica, que unifique, en su opinión, la doble aspiración a la seguridad social ya la seguridad económica, coordinándolas<sup>45</sup>. El proceso de planificación del desarrollo y de la seguridad económica fue más tardío que el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social. En la Europa de la postguerra los Estados "tuvieron que arbitrar sistemas que combinaran los distintos elementos de la economía, en forma de planificación de desarrollo. La planificación de la Seguridad Social y la organización de la economía se han convertido en inseparables. Esa planificación conjunta trasciende del ámbito de las geografías nacionales. La planificación cristaliza técnicamente en la forma instrumental de "planes", y políticamente, en la forma de tarea colectiva canalizadora de esfuerzos públicos y privados. Martí Bufill, se apoya en los planteamientos tecnocráticos de López Rodó<sup>46</sup>, y recoge al respecto el objetivo a perseguir: hacer realidad la "Empresa nacional solidaria". La ordenación de la economía (seguridad económica en la expresión del autor) y de la Seguridad Social es, pues, obra de planificación. Y su "objetivo central es la garantía de una vida digna y "la posibilidad de una mejora de nivel de vida no sólo en el sentido económico sino también, y muy especialmente, en el orden humano y espiritual"<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 164-166.

<sup>45</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 158 y 166 sigs.

<sup>46</sup> Un economista miembro del *Opus Dei* (fundada el 2 de octubre de 1928 por Josemaría Escrivá de Balaguer, sacerdote español canonizado en 2002 por Juan Pablo II), que tendría entonces un papel relevante que alcanza a la época de la transición política y a los primeros años de la instauración de la democracia en España; el *Opus Dei* penetraría en importantes instituciones políticas y culturales, señaladamente en las universidades; Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE); Centro Superior de Investigaciones Científicas (CISC). Progresivamente, como es sabido, el *Opus Dei* iría desplazando a la corriente hasta entonces dominante del nacionalcatolicismo. Personalidades de la "Obra", comprometidos con el franquismo, asumirían los postulados del "desarrollismo" y la ulterior elaboración del Plan de Estabilización Económica. Véase ARTIGUES, D.: *El "Opus Dei" en España (1928-1962)*, París, Ed. Ruedo Ibérico, 1971, y en una perspectiva general BOTTI, A.: *Cielo y dinero. El nacionalcatolicismo en España 1881-1975*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 2008, pp. 160 y sigs. Sobre el Plan de estabilización final del franquismo (1959-1975), véase MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las Leyes Laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Tromson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009, pp. 481 y sigs.

<sup>47</sup> MARTÍ BUFILL, C.: *Tratado de Derecho comparado de Seguridad Social*, cit., pp. 166-167.

Las ventajas y los efectos positivos inmediatos de esta planificación del orden económico-social que se obtienen los recoge de López Rodó, a saber: a) Impulsar los procesos económico; b) Movilizar prácticamente los recursos ya disponibles y los recursos hasta entonces latentes, tanto público como privados, humanos y materiales, internos y exteriores, conexos con la economía nacional; c) Suscitar esfuerzos enérgicos y solidarios en los sectores activos de la población; d) Tendencia a lograr un aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles. Más allá de ello, hace notar que “en último término, como los Planes de Desarrollo Económico tienen carácter “instrumental”, requieren de factores específicos para su desenvolvimiento. Así se habla de que son factores básicos “el equilibrio monetario externo e interno”, para evitar la inflación destructora del ahorro, y “el *equilibrio de pleno empleo*” que conjugue los crecimientos de población y las transferencias de la misma a los lugares adecuados”. Martí Bufill (por entonces Secretario General Técnico del INP) añade significativamente “que *uno de los factores de extraordinaria importancia para la promoción y el desarrollo económico es la Seguridad Social*. Y para demostrarlo –observamos basta sólo con recordar las conocidas implicaciones recíprocas de Seguridad Social y economía y señalar el hecho histórico de que al desarrollo económico le va precediendo y preparando el camino el desarrollo de la Seguridad Social” (*Ibid.*, pp. 167-168).

Para evidenciar esas “implicaciones recíprocas de la Seguridad Social y la Economía” despliega una argumentación que en gran medida conecta con las teorías más avanzada de su tiempo (No sólo Beveridge en el Reino Unido, sino de manera más comprometida Pierre Laroque o Paul Durand en Francia). Era la época del optimismo y de la consolidación de los Estados del Bienestar de la postguerra mundial, con un amplio consenso europeo y americano sobre la construcción del Estado del Bienestar y las bases de un emergente sistema de Seguridad Social<sup>48</sup>. Clima político-social y cultura que influiría también en nuestro país. Para él su la época es la del, «momento de planificaciones», y en un sentido donde se profundice no sólo en el hecho de la interdependencia innegable, sino también en la sincronización que debe existir entre el desarrollo económico y el desarrollo de la Seguridad Social”. Martí Bufill observa que “por lo pronto, la Seguridad Social le proporciona al desarrollo económico un conjunto de elementos con los que éste tiene que contar. Por las prestaciones económicas le asegura una capacidad vital de consumo a un conjunto humano que no lo tendría, porque no debemos olvidar, como dice Pierre Laroque, que el presupuesto de la Seguridad Social en este sentido es «el presupuesto de la población involuntariamente inactiva, es decir, es el presupuesto que asegura, en gran parte al menos, la subsistencia de niños, ancianos, enfermos e inválidos»”. También, añádase desempleados involuntarios o parados forzosos. Dicha “capacidad de consumo –señala nuestro autor–, modesta individualmente, pero gigantesca en conjunto, produce una demanda de artículos de primera necesidad, que no sólo estimula la producción, sino que equilibra al mismo tiempo la proporción entre bienes de primera necesidad y bienes de lujo” (*Ibid.*, p. 168). Con ello, sin explicitarlo, Martí Bufill hace referencia al concepto de demanda agregada aportado por la teoría de Keynes (que sirvió de base a la planificación de la Seguridad Social beveridgiana)<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Puede consultarse, TIMMINS, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado de Bienestar*, trad. S. Borrajo Iniesta, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 85 y sigs., 207 y sigs.

<sup>49</sup> KEYNES, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero (1936)*, trad. E. Hornedo, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1993; BEVERIDGE, S.W.: *Pleno empleo en una sociedad libre: Informe de Lord Beveridge* (...)

En este orden de ideas asume la reflexión de Pierre Laroque, según la cual: “es un hecho que los regímenes de previsión libre jamás han conocido mayor prosperidad, sino después que se han desarrollado los regímenes de Seguridad Social obligatoria”, y ello explica –según él– los regímenes complementarios que se han desarrollado en Francia en el curso del último período. La razón es clara, la apreciación de las ventajas de previsión obligatoria estimula y educa el esfuerzo de la previsión individual para defender niveles de vida, alcanzados con esfuerzos y sacrificios de toda índole, que la Seguridad Social, protege siempre en términos limitados. En estas circunstancias con objetivos que cada vez van quedando más delimitados, le conviene al seguro privado perfeccionar el suyo y trabajar para la preparación de su propio y específico plan de desarrollo”. Por otra parte, destaca que “la Seguridad Social proporciona capitales a la economía y constituye siempre un factor de inversión que será mayor o menor, según el sistema financiero que se adopte, pero en todos los casos será factor de gran importancia práctica para toda la política de inversiones. Por último, desde el ángulo de recaudación de fondos la Seguridad Social es indiscutiblemente un poderoso instrumento público de redistribución de renta nacional, y cuya orientación vendrá siempre marcada por la transformación de estructuras que promueva, estimule, o simplemente, ocasione cualquier plan de desarrollo económico” (*Ibid.*, pp. 169-170)<sup>50</sup>.

En cuanto al coste de la Seguridad Social, entiende que “la evolución de las estructuras sociales producidas por el desarrollo económico, determinan la revisión de los criterios clásicos para buscar en todo momento, y en cada sector, el sistema más adecuado para *garantizar el principio de solidaridad*”. Ciertamente, “dentro de un *concepto de solidaridad nacional*, es muy conveniente distribuir los costos de la Seguridad Social equitativamente entre los diversos elementos económicos interesados. La contribución clásica del presupuesto de gastos de la Seguridad Social es en proporción con la nómina de salarios y sueldos; de esta manera se grava excesivamente la estructura laboral de “Servicios” que requiere un alto nivel de mano de obra”. Ahora bien: “Al orientarse la Seguridad Social en un *Servicio Público*, los recursos para su financiación deben de recaer sobre otros diversos conceptos de la economía nacional para desgravar en lo posible la parte repercutible en el sector de «Servicios»” (*Ibid.*, pp. 170-171).

Para Martí Bufill las recíprocas implicaciones de Seguridad Social y Economía confirman, pues, que la Seguridad Social es uno de los factores básicos para la promoción del desarrollo económico. Para él, insiste, “los planes de extensión de la Seguridad Social preceden y preparan el camino a los planes de desarrollo económico. Tanto en España como respecto a otros países europeos se constata que “cronológicamente” “la dinámica de la Seguridad Social se ha desarrollado antes de que entrase en acción la dinámica del desarrollo económico”. Martí Bufill encuentra la explicación en razones humanistas de preocupación preponderante sobre las necesidades humanas. De ahí su elevación a derecho y a su materialización como servicio público: se desarrolla la Seguridad Social como poderoso instrumento de servicio público. El mismo “Mercado Común Europeo” y la consiguiente

II, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4 (2015), pp. 279 y sigs., y la bibliografía allí citada.

<sup>50</sup> Para el influyente pensamiento de Pierre Laroque desde la fase fundacional de las modernas políticas y sistemas de Seguridad Social, puede consultarse LAROQUE, P.: “Del Seguro Social a la Seguridad Social”, en *Revista Internacional de Trabajo*, junio 1948.

interconexión económica ha exigido la elaboración de “una serie de Convenios de Seguridad Social con principios nuevos, entre los que destaca, la “prorrata temporis”, que poco a poco van constituyendo una red protectora del trabajador migrante, que dentro de las proyecciones del Mercado Común Europeo, lo que confirma la precedencia cronológica de la Seguridad Social como unidad de vanguardia y apoyo del desarrollo económico. En Iberoamérica el fenómeno es igual... en el área iberoamericana la dinámica de la Seguridad Social está precediendo también a la dinámica del desarrollo económico” (*Ibid.*, pp. 171 ss.). En su opinión, la experiencia histórica confirma que la Seguridad Social resulta una primera inversión necesaria para poner en marcha la dinámica del desarrollo económico y el porcentaje de la Renta Nacional dedicada a Seguridad Social es un termómetro eficaz para medir los resultados en la mejora del nivel de vida en el marco de una política de distribución de la renta nacional. Es así, que en la simbiosis de Seguridad Social y desarrollo económico, nos encontramos con que aquélla tiene que servir adecuadamente los cambios de estructuras sociales que este último determina.

De esta manera, la Seguridad Social no puede ser un instrumento rígido en sus formas y en sus métodos de actuación. La sociedad le tiene que exigir el mantenimiento de sus principios de garantía y eficacia en las prestaciones y de solidaridad contributiva entre las fuerzas económicas que las sostienen; pero, se lo exige con sistemas y fórmulas que irán variando en función de los cambios estructurales que viva la sociedad impulsada por el desarrollo económico. De lo que se trata, en suma, es de la “adecuación de medios técnicos a las nuevas exigencias estructurales para mantener los principios del derecho de Seguridad Social”. Y es que se está ante un proceso de cambio complejo consistente en el traspaso del Seguro Social clásico al gran servicio público de la Seguridad Social de nuestra era, y en consideración a que la Seguridad Social sea un factor verdadero de promoción del desarrollo económico y de la justicia social (*Ibid.*, pp. 174-175).

Martí Bufill era plenamente consciente de la entidad de las transformaciones en curso: “estamos caminando hacia una nueva Sociedad, que vivimos el tránsito de una Sociedad que desaparece y nos asomamos a otra que empieza a organizarse. Todavía no sabemos cómo será. Pero, de lo que sí tenemos conciencia clara es de que *la Sociedad futura será de signo eminentemente social*. Y lo que es evidente es que el camino está abierto y que lo estamos recorriendo y ya estamos configurando nuevas estructuras para que sirvan con eficacia la Sociedad de signo social que ya percibimos. *No pongamos obstáculos a la evolución social*. Es como un río cuyo caudal tenemos que aprovechar. Si taponamos el río, llegará un día en que el caudal destruirá el dique y en lugar de fertilizar destruirá cuanto encuentre a su paso. Lo mismo ocurre con los avances sociales. No pueden detenerse. Canalicemos el río de lo social, cabalgueemos sobre el cauce conduciéndolo hacia donde sea necesario para apagar la sed de las contingencias sociales y fertilizar el terreno para conquistar el mejor nivel económico posible. Así contribuiremos a la *justicia social*, y por supuesto, a la paz y a la convivencia que el mundo en que vivimos tanto necesita” (*Ibid.*, p. 175).

Descubrimos a un pensador y hombre de acción social que se inclina por favorecer la integración social y el desarrollo económico sobre la base de la justicia social y la “canalización” político jurídica de los problemas sociales. Y ello en una perspectiva ciertamente optimista respecto a la “sociedad futura” que sólo podrá ser “eminente social”, donde el progreso económico va unido al progreso social. Posiblemente también al proceso de democratización del sistema político.

# REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

## INFORMACIÓN GENERAL

Revista: *Revista de Derecho de la Seguridad Social (REVSEGSOC)*

Editor: Ediciones Laborum, S.L.

ISSN: 2386-7191

ISSNe: 2387-0370

Inicio de Publicación: 2014

Periodicidad: Trimestral

Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

## NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

### 1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección [revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es) o bien mediante la plataforma de envío en <http://revista.laborum.es>.

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

#### Secciones abiertas a la publicación

ED (Estudios Doctrinales);

EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

REC (Recensiones)

**Por ejemplo:** ORTIZ CASTILLO-ED

### 2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo:** Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

- Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
- Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

**Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 15 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábica (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

- Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).
- Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).
- Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior: 2,50 cm	Izquierda: 3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior: 2,50 cm	Derecha: 3,00 cm	Pie de página: 1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). 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.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativa o judiciales 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, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, , etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 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.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

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, pp. 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.

### 3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimiento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* <http://revista.laborum.es/equipoeditorial> o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.
- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* <http://revista.laborum.es>). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.
- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.
- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

#### 4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

- a) Originalidad.
- b) Actualidad y novedad.
- c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
- d) Significación para el avance del conocimiento científico.
- e) Calidad metodológica contrastada.
- f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

**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](http://www.aesss.org)

Colaboran:

---



MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL



# 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 Monereo 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 Uguina. 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 Monereo 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 Ferrero. 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 Aviñes. 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 Monereo Pérez. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Vocales:

Dra. D. Paola Bozzao. 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 Monereo 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 Bozzao. Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Roma "La Sapienza".

Presenta: Dr. D. José Luis Monereo 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](http://www.aesss.org)

Colaboran:

